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

АРБИТРАЖ НА РУБЕЖЕ ПЕРЕМЕН: традиции, технологии, тренды

«Турар»
Бишкек 2022

УДК 341
ББК 67.93
А 79

Ответственный редактор:
Алёнкина Н.Б.

Редакционная коллегия:
Арабаев Ч.И. - академик, директор Центра политологических исследований и экспертиз НАН КР*; Иманова С.С.* - генеральный директор по правовым вопросам ЗАО «Чаарат ЗААВ», к.п.н.*; Исмаилов Н.А.* - заведующий кафедрой юриспруденции Международного Университета «Ала-Тоо», к.ю.н.*; Майчиев Ш.Ю.* - председатель Международного Третейского суда при ТПП КР*; Мусабекова Ч.А.* - доцент кафедры теории и истории государства и права КРСУ, к.ю.н.*; Ниязова А.Н.* - заведующая кафедрой гражданского права и процесса КРСУ, д.ю.н.*; Сатаркулова И.С.* - магистр международного права (LLM,США), к.ю.н.

А 79 **Арбитраж на рубеже перемен: традиции, технологии, тренды.** – Б.: Турар, 2022. –352с.

ISBN 978-9967-35-122-6

В сборнике статей освещаются актуальные теоретические и прикладные вопросы современного третейского разбирательства и медиации в Кыргызской Республике и за рубежом. Среди авторов статей ведущие отечественные и зарубежные эксперты в области арбитража и внешнеэкономических споров, большинство из которых являются 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

Опубликовано при поддержке Программы «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-я фаза». Программа софинансируется 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.

ISBN 978-9967-35-122-6

УДК 341
ББК 67.93

© Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, 2022

СОДЕРЖАНИЕ

Список использованных сокращений 5

Приветственное слово председателя МТС ТПП Майчиева Ш. Ю. 7

Правила этики для представителей сторон в международном арбитраже
Галина Жукова, Виктория Ивасечко 12

Привела ли пандемия к дегуманизации арбитража?
Петр Новачик 51

Техники проактивного кейс-менеджмента и содействие достижению мирового соглашения в современном коммерческом арбитраже
Джеймс Менц, Дарья Шилова 59

О подготовительных работах к рассмотрению налоговых споров в третейском суде
Татьяна Ким, Сергей Сабко 74

Перспективы развития института третейского разрешения налоговых споров в Кыргызской Республике
Бакыт Карабаев 83

Рассмотрение налоговых споров в третейских судах: можно ли приступать?
Константин Милащенко 110

Возможности использования досудебного разрешения споров в налоговых вопросах
Талайбек Койчуманов, Толкун Шакеев, Азамат Акенеев 117

Рассмотрение споров в сфере защиты прав интеллектуальной собственности в третейском суде
Жениш Саргалдакова 127

Возможность рассмотрения индивидуальных трудовых споров в третейском суде
Фатима Якупбаева 138

Особое мнение об «особом мнении» и «конфликте интересов» в третейском разбирательстве
Сагын Омуралиев 147

Доказательства в третейском разбирательстве
Асель Шербото 165

Арбитраж «ad hoc», или так называемый неинституциональный арбитраж
Чолпон Джумабаева 181

Государственные стратегии защиты в международных инвестиционных спорах
Индира Сатаркулова 189

Есть ли баланс между инвестициями и устойчивым развитием?Актуальность пересмотра двухсторонних инвестиционных соглашений Кыргызской Республики для обеспечения защиты общественных интересов
Жылдыз Тегизбекова, Азамат Сулейманов 216

Регулирование финансирования третьими лицами разбирательств в инвестиционном арбитраже: за и против
Салтанат Иманова 239

Международные арбитражи и третейские суды государств ЕАЭС: сходства и отличия
Светлана Борцова 255

Отдельные вопросы отмены арбитражных решений по законодательству Республики Казахстан
Майдан Сулейменов, Асель Дуйсенова 272

Recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Slovenia
Aleš Galič 298

I, Robot
Begaim Kaibyldaeva, Abubakr Inomov 320

Роли юристов в медиации: практические аспекты и возможности
Фидана Алиева 333

Медиация
Анастасия Фольц (Волосатова) 345

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ СОКРАЩЕНИЙ

АПК КР	Арбитражный процессуальный кодекс Кыргызской Республики
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
НК КР	Налоговый кодекс Кыргызской Республики
Регламент МТС ТПП	Регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 22 ноября 2019 года

Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже
Ускоренный регламент МТС ТПП	Ускоренный регламент Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики, утверждённый Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики от 22 ноября 2019 года

ПРИВЕТСТВЕННОЕ СЛОВО ПРЕДСЕДАТЕЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ТРЕТЕЙСКОГО СУДА ПРИ ТОРГОВО-ПРОМЫШЛЕННОЙ ПАЛАТЕ КР МАЙЧИЕВА Ш. Ю.

Уважаемый читатель!

Вы держите в руках уже пятый Ежегодный сборник статей Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

Настоящий сборник издаётся в год 20-летнего юбилея МТС ТПП. Первый вышел в 2017 году и был приурочен к 15-летию Международного третейского суда.

Почему для нас важно ежегодно выпускать сборник?

Прежде всего хочу подчеркнуть, что регулярная подготовка и выпуск такого издания улучшают качество выносимых решений. Это и обобщение собственной практики Международного третейского суда, и обмен опытом, знаниями ведущих отечественных и иностранных специалистов в сфере арбитража.

Возможность выпускать подобное издание на постоянной основе также является одним из признаков устойчивости нашей организации.

В сборнике Международного Третейского суда публикуются статьи не только наших, но и иностранных арбитров как из стран СНГ, так и из дальнего зарубежья, таких как

Апостолос Антимос из Греции, Эллисон Торлайн из Англии, Гэвэвн Гриффит из Австралии, Майдан Сулейменов из Казахстана, Константин-Ади Гаврила из Румынии, Отахонов Фозилжон из Узбекистана, Дениз Ките Гюнер из Турции, Димитрий Юлер из Швейцарии, а также многих арбитров и медиаторов из других государств.

Пользуясь моментом, хочу поблагодарить Программу «Верховенство права в Кыргызской Республике – 2-я фаза», финансируемую Европейским союзом и Министерством экономического сотрудничества и развития Германии в лице Стафаноса Карекласа, Радости Тофтисовой Матерон, Виктора Кеслера, Динары Идирисовой, Рустама Мадалиева, Залины Абдулхафизовой, Сажиды Батировой за поддержку в издании сборника.

Также огромная благодарность всем авторам, редакционной коллегии, и отдельная благодарность главному редактору Наталье Алёнкиной за большую и кропотливую работу в подготовке сборника, и Анаре Носиновой за организацию издания сборника.

Изменения, произошедшие за последние двадцать лет в нашем обществе, увеличивают потребности людей, бизнеса в разнообразии альтернативных способов рассмотрения споров. Соответственно, потребители сегодня предъявляют особые требования к качеству предоставляемых услуг по разрешению споров.

На протяжении 20 лет мы последовательно выстраиваем альтернативную систему разрешения споров по всему Кыргызстану. Предоставляем возможность международного арбитража иностранным компаниям и гражданам.

За эти годы Международный Третейский суд рассмотрел более 1 400 дел.

Если посмотреть географию дел по Кыргызстану, то сторонами (истцами и ответчиками) по нашим делам выступили

представители всех районов Кыргызстана – Бишкека, Оша, Джалал-Абада, Каракола, Нарына, Таласа, Ала-Буки, Узгена и так далее, кроме, пожалуй, Чоң-Алайского района.

В МТС ТПП рассмотрено 92 арбитражных дела с участием иностранных предпринимателей из 23 стран.

Ещё один важный момент – более 13 иностранных арбитров из Китая, Польши, России, Украины, Казахстана, Латвии, Узбекистана, Америки, Литвы участвовали в составе арбитров Международного Третейского суда.

В Международном Третейском суде при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики в 2022 году впервые был сформирован состав арбитров Малого жюри в соответствии с регламентом Малого жюри Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

Согласно Регламенту Малого жюри, истец предлагает арбитра из списка арбитров МТС ТПП и предлагает в качестве второго арбитра любое лицо, которому доверяет и которое соответствует требованиям закона «О третейских судах в Кыргызской Республике».

Ответчик также избирает арбитра из списка арбитров МТС ТПП и вторым арбитром избирает любое лицо, которое соответствует требованиям закона «О третейских судах в Кыргызской Республике».

Четверо предложенных сторонами арбитров избирают председательствующего в составе арбитров Малого жюри. Тем самым состав арбитража состоит из пятерых арбитров.

Это нестандартное решение сторон перейти к Малому жюри стало возможным вследствие неоднократного заявления ответчика по делу о недоверии к единоличному арбитру.

Когда стороне предложили изменить регламент - из единоличного состава арбитража перейти к многосоставному Малому жюри - стороны согласились изменить выбор регламента и рассмотреть спор по Регламенту Малого жюри.

Такой состав Малого жюри имеет свои преимущества:

– Во-первых, к работе Международного третейского суда подключаются лица не из списка арбитров МТС ТПП. К процессу арбитрирования присоединяется большее количество юристов, преподавателей, адвокатов, специалистов не юристов. Арбитражная практика очень сильно повышает профессиональную квалификацию всех.

– Во-вторых, уменьшаются сомнения в пристрастности арбитров при разрешении спора. Повышается доверие к составу арбитров.

– В-третьих, повышается правовая культура как сторон, так и арбитров. В свою очередь, задействованные в арбитрировании лица будут способствовать повсеместному, сознательному, добровольному заключению третейских оговорок между гражданами, организациями, предпринимателями.

– В-четвертых, если стороны уже судятся по гражданскому и экономическому делу, законодательство Кыргызстана позволяет заключать третейское соглашение между сторонами и продолжать рассмотрение спора в Международном третейском суде, в том числе в составе арбитров Малого жюри.

В марте 2022 года Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики подписал соглашение с Институтом транснационального арбитража (ИТА) при Центре американского и международного права о публикации решений Международного Третейского суда в глобальном образовательном онлайн ресурсе для всего международного арбитражного и юридического сообщества Kluwer Law International. Для МТС ТПП это настоящий

прорыв в работе. Публикация деперсонифицированных решений арбитража, несомненно, повысит их качество и расширит узнаваемость Международного Третейского суда.

В январе 2022 года в Налоговый кодекс Кыргызской Республики были внесены дополнения о возможности передачи налоговых споров на рассмотрение третейского суда по выбору истца. Тем самым признана компетенция третейских судов и усилился авторитет альтернативного способа разрешения споров.

Конечно, на нашем пути возникают определённые вызовы и проблемы и будут возникать сложности в будущем, но, несмотря на это, мы убеждены в перспективе развития арбитража в Кыргызстане.

В девиз юбилейного года мы вынесли несколько принципов, на которых мы строим деятельность нашего арбитража:

«Мы работаем:

- для человека,

- в интересах общества,

- во благо Кыргызстана!»

С уважением,

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

ПРАВИЛА ЭТИКИ ДЛЯ ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ СТОРОН В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ

Галина Жукова[1*],
Виктория Ивасечко[2**]

I. Вступление

A. Истоки регулирования этики в международном арбитраже

1. Сказать, что тема этики в международном арбитраже – это явление последних лет или даже десятилетий, будет изначально неверным. Ведь этика – это что? Это учение о морали и нравственности. Не именно ли эти качества люди искали в арбитрах уже в древнем мире? Например, в Древнем Риме необходимым качеством «разрешителя спора» было быть «*bonus vir*», т.е. быть хорошим человеком.[13]Поэтому ещё с давних времён развитие арбитража было неразрывно связано с формированием этического портрета арбитра.
2. В современном мире положения о поведении арбитров уже встречались в ранних редакци-

* Д.ю.н., партнёр-учредитель ZUKOVA Legal (Париж); ассоциированный профессор версальского Университета Париж-Сакле и Рижской высшей школы права (Рига); с автором можно связаться по электронной почте: galina@zukova.legal.

** Командированный сотрудник в ZUKOVA Legal (Париж); старший юрист в Redcliffe Partners (Киев).

1 См. Derek Roebuck & Bruno de Loynes de Fumichon, «*Roman Arbitration*», Holo Books, The Arbitration Press, Oxford (2004), стр. 51-52.

ях арбитражных регламентов и национальных арбитражных законов[1], а также в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (англ.: *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*; далее – «Типовой закон ЮНСИТРАЛ») 1985 года.[2] Например, Регламент по примирению и арбитражу Международной торговой палаты (англ.: *International Chamber of Commerce*; далее – «ICC», а в отношении регламента – «Арбитражный регламент ICC») уже в 1975 году[3] предусматривал, что арбитр должен быть независимым, начиная с 1988 года[4] – что он должен сообщать о любых фактах или обстоятельствах, которые могут поставить под сомнение его независимость в глазах сторон, а начиная с 2012 года[5] было чётко прописано и (ранее уже презюмированное) требование беспристрастности арбитра. Согласно английскому Закону об арбитраже 1950 года (англ.: *Arbitration Act 1950*), ненадлежащее поведение (англ.: *misconduct*) арбитра могло составить основание для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения[6]. А Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 года закрепил

1 В отношении развития этического регулирования арбитров см. также Галина Жукова, *«Арбитражные институты: правовой статус, создание, обязательные требования, надзор за деятельностью»* (2016), доступ по ссылке: https://arbitration.ru/press-centr/arbitration_reform/arbitrazhnye-instituty-rossiyskiy-i-zarubezhnyy-opyt/.

2 Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г., ст. 12, доступ по ссылке: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/mal_rus.pdf.

3 Арбитражный регламент ICC 1975 г., ст. 2 (4), доступ по ссылке: https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/1975-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf.

4 Арбитражный регламент ICC 1988 г., ст. 2 (7), доступ по ссылке: https://www.iaa-network.com/wp-content/uploads/2018/09/1988-ICC-Rules-of-Arbitration-English.pdf; доступ к редакции, которая вступила в силу 01.01.2021 г., по ссылке: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/.

5 Арбитражный регламент ICC 2012 г., ст. 11 (1-3), доступ по ссылке: https://www.international-arbitration-attorney.com/icc-rules-of-arbitration-2012/.

6 Английский Закон об арбитраже 1950 г., ст. 23, доступ по ссылке: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1950/27/pdfs/ukpga_19500027_en.pdf.

обязательство арбитра с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства сообщать о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Наличие таких сомнений было определено как одно из двух[1] оснований для заявления отвода арбитру.

3. Со временем принималось всё больше сводов правил, регламентирующих поведение арбитров, как, например: (**i**) Правила этики для международных арбитров 1987 г. Международной ассоциации юристов (англ.: *International Bar Association*; далее – IBA)[2]; (**ii**) Руководящие принципы IBA относительно конфликтов интересов в международном арбитраже 2004 г. (в последний раз пересмотренные в 2014 г.)[3]; (**iii**) Кодекс профессионального и этического поведения для членов Королевского института арбитров (англ.: *Chartered Institute of Arbitrators*; далее – CIArb) 2009 г.[4]; (**iv**) Руководство CIArb 1 «Собеседования с потенциальными арбитрами» 2016 г.[5]; (**v**) Руководство CIArb 2 «Условия назначения, включая вознаграждение» 2016 г.[6]; и (**vi**) кодексы этики арбитров,

1 Второе основание - если арбитр не соответствует требованиям, предъявляемым в соглашении сторон.

2 Правила этики для международных арбитров IBA 1987 г, доступ по ссылке: https://www.trans-lex.org/701100/_/iba-rules-of-ethics-for-international-arbitrators-1987/.

3 Руководящие принципы IBA относительно конфликтов интересов в международном арбитраже в редакции 2014 г., доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=601BFA34-F5E6-4CD8-A4C1-D1C0BDF4CEBE.

4 Кодекс профессионального и этического поведения для членов CIArb 2009 г., доступ по ссылке: ciarb- code-of-professional-and-ethical-conduct-october-2009.pdf.

5 Руководство CIArb 1 «Собеседования с потенциальными арбитрами» 2016 г., доступ по ссылке: https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf.

6 Руководство CIArb 2 «Условия назначения, включая вознаграждение» 2016 г., доступ по ссылке: https://www.ciarb.org/media/4190/guideline-2-terms-of-appointment-including-remuneration-2015.pdf.

принятые рядом арбитражных институтов[1].

1 См., напр.: Кодекс поведения для арбитров 1993 г. в редакции 1994 г. Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (англ.: *China International Economic and Trade Arbitration Commission*; сокр.: *CIETAC*), доступ по ссылке: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/icsid_code_of_codes_and_ethics_part_1.pdf; доступ к актуальной редакции 2021 г. по ссылке: http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=113&l=en; Правила оценивания поведения арбитров CIETAC 2021 г., доступ по ссылке: http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=112&l=en;

Кодекс этики арбитров 2004 г. Миланской палаты национального и международного арбитража (англ.: *Milan Chamber of National and International Arbitration*; актуальное название: *Milan Chamber of Arbitration*; далее – «CAM»), доступ по ссылке: http://www.jus.uio.no/lm/milan.chamber.of.commerce.international.arbitration.rules.2004/; доступ к актуальной редакции по ссылке: https://www.camera-arbitrale.it/en/arbitration/arbitration-rules/code-of-ethics.php?id=104;

Руководство для арбитров в отношении обмена информацией 2008 г. Международного центра разрешения споров (англ.: *International Centre for Dispute Resolution*; сокр.: *ICDR*), доступ по ссылке: https://wcart.files.wordpress.com/2012/07/icdr-guidelines-for-arbitrators-concerning-exchanges-of-information.pdf;

Кодекс этики арбитра 2009 г. Сингапурского международного арбитражного центра (англ.: *Singapore International Arbitration Centre*; далее – SIAC), доступ по ссылке: https://www.siac.org.sg/61-our-rules/293-code-of-ethics-for-an-arbitrator-old; доступ к актуальной редакции 2015 г. по ссылке: https://www.siac.org.sg/our-rules/code-of-ethics-for-an-arbitrator; Практическая заметка SIAC о поведении арбитра в делах, включающих внешнее финансирование, 2017 г., доступ по ссылке: https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf;

Практическая заметка по отводу арбитра 2013 г. в редакции 2014 г. Гонконгского международного арбитражного центра (англ.: *Hong Kong International Arbitration Centre*; далее – "HKIAC"), доступ по ссылке: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/4_Practice%20Note_2014_0.pdf; Практическая заметка HKIAC по отводу арбитра 2019 г., доступ по ссылке: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/20190311_Practice_Note_on_Challenges_of_Arbitrators-newlogo.pdf; Кодекс этического поведения HKIAC, доступ по ссылке: https://www.hkiac.org/arbitration/arbitrators/code-of-ethical-conduct;

Руководящие принципы для арбитра 2015 г. Люблянского арбитражного центра при Торгово-промышленной палате Словении (англ.: *Ljubljana Arbitration Centre at the Chamber of Commerce and Industry of Slovenia*), доступ по ссылке: http://www.sloarbitration.eu/Portals/en-EN/Arbitrator%E2%80%99s%20Guidelines/The%20LAC%20Arbitrator%E2%80%99s%20Guidelines%202015.pdf;

Заметки для арбитров 2017 г. Лондонского международного третейского суда (англ.: *London Court of International Arbitration*; далее – LCIA), доступ по ссылке: https://www.lcia.org/adr-services/lcia-notes-for-arbitrators.aspx;

Руководство по этике арбитров JAMS, доступ по ссылке: https://www.jamsadr.com/arbitrators-ethics/;

4. Отдельного внимания заслуживает пересмотр в 2004 году Кодекса этики арбитров в коммерческих спорах Американской арбитражной ассоциации (англ.: *American Arbitration Association*; далее – AAA) и Американской ассоциации юристов (англ.: *American Bar Association*; далее – ABA) 1977 года, а также Регламента коммерческого арбитража AAA. Эти изменения устанавливали одинаковое этическое обязательство нейтральности для всех арбитров (включая боковых арбитров)[1] на замену прежним возможностям назначать арбитров, не являющихся нейтральными сторонами.
5. Динамичное развитие этических правил для арбитров позволило им достичь достаточно высокой универсальности и широкого применения.

B. Предпосылки для регулирования этики представителей сторон в международном арбитраже

6. Помимо этики арбитров, в последние десятилетия в международном арбитраже всё острее встаёт вопрос этики представителей сторон и третьих лиц, в особенности экспертов и финансирующих организаций.
7. На личном опыте одна из авторов этой статьи столкнулась с проблематикой этики представителей

Кодекс этики Арбитражного суда при Торговой палате Польши в Варшаве (англ.: *Court of Arbitration at the Polish Chamber of Commerce in Warsaw*), доступ по ссылке: https://sakig.pl/en/arbitration/the-basic-legal-regulations-on-the-courts-of-arbitration/code-of-ethics;

Правила о беспристрастности и независимости арбитров, утверждённые Приказом ТПП РФ №110 от 30.09.2021 г. и в силе с 01.11.2021 г., доступ по ссылке: https://mkas.tpprf.ru/upload/iblock/7d4/7d4c71f84827189586797fcde748df0c.pdf.

1 Если только стороны не договорились об обратном. Доступ по ссылке: https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators.pdf.

сторон в конце 2000-х годов, в бытность её работы советником в суде ICC. Представитель стороны из Южной Европы вёл себя агрессивно, раздражительно и неуважительно не только по отношению к представителям другой стороны и составу арбитража, но также и к секретариату и руководству суда ICC. Очевидной целью такого поведения было не допустить продолжения арбитражного разбирательства и воспрепятствовать приведению в исполнение будущего арбитражного решения. Никакие попытки угомонить разбушевавшегося представителя ни к чему не приводили. Каково же было удивление и, надо сказать, восхищение автора, когда президент суда ICC призвал представителя стороны к порядку от своего личного имени, указав, что в противном случае обратится в коллегию адвокатов, членом которой представитель стороны являлся – неслыханная мера на тот момент времени. Письмо возымело мгновенное действие.

8. К сожалению, далеко не все схожие ситуации разрешаются так же эффективно. В большинстве случаев камнем преткновения становится неприспособленность этического регулирования представителей сторон, в первую очередь, адвокатов, к специфике международного арбитража.

9. В некотором роде международный арбитраж является жертвой собственного успеха. Его популярность привела к тому, что всё более широкие круги юристов принимают участие в арбитражных производствах. В то же время представительство в международном арбитраже может регулироваться разнообразными и потенциально противоречащими национальными правилами. Последние могут включать право страны представителя, право страны места арбитража и право страны места физиче-

ского проведения слушаний[1]. Такое нормативное многообразие не только не справляется с реалиями современного арбитража, но и запутывает, а часто и ставит под угрозу (например, дисциплинарной или уголовной ответственности) его пользователей[2].

10. Во-первых, зачастую в одном арбитражном производстве могут принимать участие представители сторон из разных юрисдикций. Более того, многие представители допущены к практике не в одной, а сразу нескольких юрисдикциях. Легко представить ситуацию, когда каждая из сторон международного

1 Опрос, проведённый целевой группой IBA по поведению представителей сторон, выявил отсутствие уверенности среди представителей в отношении того, какие правила регулируют их поведение в международных арбитражных разбирательствах. 63% опрошенных сообщили, что, по их мнению, они подчиняются правилам своей юрисдикции; 27% не были уверены, но следовали правилам своей юрисдикции для большей осторожности; 10% либо не имели мнения по этому поводу, либо не верили, что на них распространяются правила их юрисдикции. Приблизительно 56% респондентов считали, что их поведение в международном арбитраже также может регулироваться этическими нормами, отличными от правил их юрисдикции. Наконец, в общей сложности 87% респондентов указали, что они либо никогда не уверены, либо лишь иногда уверены в том, какие этические нормы регулируют поведение представителя их противоположной стороны. См. IBA Task Force on Counsel Conduct in Arbitration Survey (сентябрь 2010 г.). См. также Robert W. Wachter, «*Ethical Standards in International Arbitration: Considering Solutions to Level the Playing Field*», 24 Geo. J. Legal Ethics 1143, 1143 (2011), доступ по ссылке: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/geojlege24&div=54&id=&page=.

2 Например, немецкий адвокат в Лондоне попал в тюрьму, когда из-за обязательства конфиденциальности согласно немецким нормам он отказался выполнить приказ английского суда о раскрытии определённой информации, которую суд счёл относящейся к делу о похищении ребёнка. См. Hans-Jürgen Hellwig, «*At the Intersection of Legal Ethics and Globalization: International Conflicts of Law in Lawyer Regulation*», 27 Penn St. Int'l L. Rev. (2008), 399, доступ по ссылке: https://elibrary.law.psu.edu/psilr/vol27/iss2/6/.

В 2007 году адвокат с американской лицензией, являющийся гражданином Франции и работавший в юридической фирме США, был осуждён по уголовному делу и приговорён к уплате штрафа в размере 10 000 евро во Франции за допрос свидетеля во Франции с целью получения информации для судебного разбирательства в США в нарушение французского законодательства. См. Апелляционный суд Парижа, дело № 06/06272, решение от 28 марта 2007 г. См. также Catherine A. Rogers, «*Ethics in International Arbitration*», Oxford University Press (2014), п. 3.20, стр. 107.

арбитражного процесса представлена адвокатами из разных юрисдикций, включая и целые мультиюрисдикционные команды с каждой стороны. Правила национальных профессиональных ассоциаций часто расходятся в процессуальных вопросах[1]. Как следствие, то, что в одной правовой системе будет надлежащим и, более того, ожидаемым или требуемым поведением, в иной может считаться партизанской тактикой. Таким образом, представители сторон могут попадать под действие противоречащих, но равно обязательных этических норм из разных юрисдикций.

11. При отсутствии взвешенного регулирования такая ситуация имеет тупиковый потенциал. С одной стороны, если каждый представитель будет подчиняться этическим правилам своей юрисдикции, это в большинстве случаев приведёт к процессуальному неравенству. С другой стороны, если состав арбитража обяжет представителя действовать в соответствии с правилами, которые противоречат этическим правилам его юрисдикции, последний окажется в ситуации, когда любое его действие приведёт к нарушению.

12. Во-вторых, достаточно часто этическое регулирование не способно охватить всех представителей сторон. Так, адвокаты, как правило, должны следовать этическим правилам адвокатской коллегии, членами которой они являются. В то же время далеко не все представители сторон в международном арбитраже являются адвокатами. Следовательно, правила национальных профессиональных ассоциаций на таких представителей не распространяются.

---

1 Такие расхождения часто касаются, среди прочего, общения со свидетелями до дачи показаний, конфликта интересов, обязательств по конфиденциальности, обязательств по предоставлению документов, обязательств, связанных с открытостью перед составом арбитража.

13. В-третьих, первичная нормативная база по вопросам юридической этики не охватывает все аспекты арбитража как метода разрешения споров. Например, Международный кодекс этики IBA 1956 года[1], Перуджийская декларация о принципах профессионального поведения адвокатских и юридических обществ Европейского общества Совета адвокатских и юридических обществ Европы 1977 года (англ.: *Council of Bars and Law Societies of Europe*; далее – CCBE[2]), Постановление о регулировании юридической профессии IBA 1998 года[3], Заявление IBA об общих принципах применительно к открытию практики иностранных юристов и регулированию в их отношении 1998 года[4] являются достаточно общими и не дают содержательных ориентиров для международного арбитража. Кодекс этики европейских юристов CCBE 1988 года[5] также не решает ключевые этические вопросы арбитражной практики[6]. Гаагские принципы Ассоциации международного права (англ.: *International Law Association*; далее – ILA) в отношении этических стандартов для пред-

1 Международный кодекс этики IBA 1956 г. в редакции 1988 г., доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=DAD036E7-AF03-4BFC-806B-6A5CA4A0775A.

2 Перуджийская декларация о принципах профессионального поведения адвокатских и юридических обществ Европейского общества CCBE 1977 г., доступ по ссылке: https://www.ccbe.eu/NTCdocument/perugia_enpdf1_1182334218.pdf.

3 Постановление о регулировании юридической профессии IBA 1998 г., доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/document?id=Resolution%20on%20the%20Regulation%20of%20the%20Legal%20Profession%201998.

4 Заявление IBA об общих принципах применительно к открытию практики иностранных юристов и регулированию в их отношении 1998 г., доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=E1E90E65-387D-45AC-9098-66882783A281.

5 Кодекс этики европейских юристов CCBE 1988 г. в редакции 2006 г., доступ по ссылке: https://www.ccbe.eu/NTCdocument/EN_CCBE_CoCpdf1_1382973057.pdf.

6 Например, конфликты между различными национальными этическими режимами, которые могут применяться к поведению представителя.

ставителей, выступающих в международных судах и перед международными составами арбитражей, 2011 года[1] тоже достаточно абстрактны и применяются только к арбитражам, где одной из сторон является государство.

14. Похожая проблема усматривается и в национальной системе координат. Так, нормы, разработанные для национального судебного процесса, могут быть не приспособлены к международному арбитражному разбирательству, так как они разработаны для применения в конкретных правовых культурах и согласованы с установленными национальными процедурами.
15. Более того, национальные правила этики часто не содержат и каких-либо коллизионных норм, положений об экстерриториальном действии либо иных оговорок в отношении международного арбитража, что ещё больше осложняет их применение.
16. Вышеуказанные проблемы существенно активизировали разработку этических правил для представителей сторон в международном арбитраже.

C. Кристаллизация правил этики для представителей сторон в международном арбитраже

17. В определённом смысле спусковым механизмом для разработки правил этики для представителей сторон в международном арбитраже стало дело *Hrvatska Elektroprivreda d.d. против Словении*[2], которое рассма-

1 Гаагские принципы ILA в отношении этических стандартов для представителей, выступающих в международных судах и перед международными составами арбитражей 2011 г., доступ по ссылке: https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/hague_sept2010.pdf.

2 *Hrvatska Elektroprivreda d.d. против Республики Словения*, дело № ARB/05/24 в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров

тривалось в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (англ.: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*; далее – ICSID). За десять дней до слушания этого дела по существу ответчик пытался включить в свою команду представителей барристера-королевского адвоката, который являлся барристером в тех же *Essex Court Chambers*, что и председатель состава арбитража. Истец заявил возражения против участия новозаявленного барристера на том основании, что это могло вызвать у разумного наблюдателя обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости председателя состава арбитража.

18. В ответ, в Приказе в отношении участия представителя[1] состав арбитража определил ряд важных принципов: (**i**) «*обязанность состава арбитража как гаранта легитимности арбитражного процесса состоит в том, чтобы приложить все усилия для обеспечения, чтобы арбитражное решение было обоснованным и не было затронуто процессуальным несовершенством*»[2]; (**ii**) «*несмотря на то, что Ответчик в этом деле был свободен выбирать свою юридическую команду по своему усмотрению до формирования состава арбитража, он не имел права впоследствии изменять состав своей юридической команды таким образом, чтобы поставить под угрозу статус или легитимность состава арбитража*»[3]. Для сохранения целостности (англ.: *integrity*)

(англ.: *International Centre for Settlement of Investment Disputes*; далее – ICSID), доступ к карточке дела по ссылке: https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/05/24.

1 Приказ в отношении участия представителя от 06.05.2008 г. в деле ICSID № ARB/05/24, доступ по ссылке: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C69/DC950_En.pdf.

2 Приказ в отношении участия представителя от 06.05.2008 г. в деле ICSID № ARB/05/24, п. 15 (перевод авторов статьи).

3 Приказ в отношении участия представителя от 06.05.2008 г. в деле ICSID

арбитражного производства и арбитражного решения[1] состав арбитража принял решение, что новозаявленный барристер не может принимать участие в деле в качестве представителя стороны[2].

19. Спустя несколько лет были разработаны различные правила этики для представителей сторон в международном арбитраже как международными, так и национальными профессиональными ассоциациями.[3] Ниже мы упомянем самые интересные и обсуждаемые из этих инициатив.

20. В 2013 году IBA приняла Руководящие принципы относительно представительства сторон в международном арбитраже (далее – Руководящие принципы IBA)[4], которые хоть и вызвали острейшие дискуссии в международном арбитражном сообществе[5], являются важной вехой в развитии этическо-

---

№ ARB/05/24, п. 26 (перевод авторов статьи).

1 Приказ в отношении участия представителя от 06.05.2008 г. в деле ICSID № ARB/05/24, п. 30.

2 Приказ в отношении участия представителя от 06.05.2008 г. в деле ICSID № ARB/05/24, стр. 15.

3 См. Petr Dobiáš, "*Ethical Rules of Conduct in International Arbitration*", Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration, Volume VII, 2017 - Conduct of Arbitration (2017), доступ по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2962916&download=yes.

4 Руководящие принципы IBA относительно представительства сторон в международном арбитраже от 25 мая 2013 г., доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=B080D208-4742-4225-99F2-406DCE66CAD9.

См. также Jeffrey Waincymer, «*IBA Guidelines On Party Representation In International Arbitration*», Kluwer Arbitration Blog (2013), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2013/07/10/iba-guidelines-on-party-representation-in-international-arbitration/.

5 Например, арбитражное сообщество Швейцарии открыто выступало против применения Руководящих принципов IBA. Также Руководящие принципы IBA подвергались критике за их ориентированность на Северную Америку и Европу – из двадцати трёх членов рабочей группы, которой было поручено их составление, только шесть были из стран, не входящих в эту узкую область. Так, взгляды практиков с Ближнего Востока, Дальнего Востока, Китая, Индии и больших участков Южной Америки и Африки не были

го регулирования международного арбитража. Как указано в самих Руководящих принципах IBA[1], они не стремятся заменить национальные правила и не имеют обязательной силы.

21. В 2021 году Международный совет по коммерческому арбитражу (англ.: *International Council for Commercial Arbitration*; далее – ICCA) принял Руководящие принципы относительно стандартов практики в международном арбитраже (далее – Руководящие принципы ICCA)[2].

22. В 2019 году Испанский арбитражный клуб обновил и дополнил Кодекс лучших арбитражных практик (далее – Испанский кодекс)[3]. Тогда как Испанский кодекс 2005 года был предназначен исключительно для арбитражных институтов, его современная редакция содержит рекомендации также для всех профессиональных участников арбитражного про-

представлены в Целевой группе. См., напр., Jane Wessel & Gordon McAllister, «*Towards a Workable Approach to Ethical Regulation in International Arbitration*», 10 CANADIAN INTERNATIONAL LAWYER (2015), доступ по ссылке: https://www.crowell.com/files/Towards-a-Workable-Approach-to-Ethical-Regulation-in-International-Arbitration.pdf.

1 См.: Руководящий принцип IBA 3; Комментарии к Руководящим принципам 1-3.

2 Руководящие принципы ICCA относительно стандартов практики в международном арбитраже, доступ по ссылке: https://www.arbitration-icca.org/icca-reports-no-9-guidelines-standards-practice-international-arbitration.

3 Испанский кодекс, доступ к переводу на русский язык по ссылке: КОДЕКС-ЛУЧШИХ-АРБИТРАЖНЫХ-ПРАКТИК-ИСПАНСКОГО-АРБИТРАЖНОГО-КЛУБА.pdf (clubarbitraje.com).

См.: *Галина Жукова*, Обзор нового Кодекса добросовестной арбитражной практики Испанского арбитражного клуба (англ.: «*Review of the new Code of Good Arbitration Practices of the Spanish Arbitration Club*») на «Arbitration.ru», журнале РАА, август 2019 г., выпуск № 7 (11), стр. 49-56 (часть I) и октябрь 2019 г., выпуск № 9 (13), стр. 32-38 (часть II) (на русском языке). Доступ к части I по ссылке: https://journal.arbitration.ru/analytics/obzor-novogo-kodeksa-dobrosovestnoy-arbitrazhnoy-praktiki-ispanskogo-arbitrazhnogo-kluba-/; Доступ к части II по ссылке: https://journal.arbitration.ru/reviews/obzor-novogo-kodeksa-dobrosovestnoy-arbitrazhnoy-praktiki-ispanskogo-arbitrazhnogo-kluba-chast-vtora/.

цесса: арбитров, адвокатов, экспертов и финансирующих лиц. Как указали разработчики Испанского кодекса, он направлен на кодификацию общих и неотъемлемых ценностей, которые в идеале будут регулировать поведение выступающих в арбитраже адвокатов, независимо от применимых к ним правил этики ассоциаций адвокатов[1].

23. В 2018 году Сингапурский институт арбитров (англ.: *Singapore Institute of Arbitrators*; далее – SIArb) также принял Руководящие принципы относительно этики представителей сторон (далее – Руководящие принципы SIArb)[2]. При их разработке SIArb проанализировал существующие правила и положения адвокатов, а также профессиональные кодексы поведения в судебных разбирательствах в различных юрисдикциях Азиатско-Тихоокеанского региона, правила этики представителей для международного арбитража (например, этические правила IBA и LCIA, другие арбитражные институциональные правила) и соответствующие академические комментарии.

24. Арбитражные институты также продемонстрировали существенный прогресс в регулировании этики для представителей сторон в международном арбитраже. Так, некоторые из них качественно расширили свою нормативную архитектуру за счёт пополнения регламентов прогрессивными положениями, а некоторые – за счёт добавления целых сводов правил поведения участников арбитражного производства. Теперь всё больше арбитражных правил и поясняющих инструментов по их примене-

1 Испанский кодекс, ст. 15.

2 Руководящие принципы SIArb относительно этики представителей сторон 2018 г. (англ.: *Singapore Institute of Arbitrators Guidelines on Party-Representative Ethics*), доступ по ссылке: https://www.siarb.org.sg/images/SIARB_Party-Rep-Ethics_Guidelines_Aprl18.pdf.

нию конкретно адресуют неправомерные действия представителей сторон и расширяют полномочия состава арбитража по контролю за поведением участников арбитражного разбирательства. Особенно здесь следует отметить Приложение к Арбитражному регламенту LCIA - Общее руководство для уполномоченных представителей 2020 года (англ.: *General Guidelines for the Authorised Representatives*; далее – Руководство LCIA)[1] и Заметку ICC для сторон и составов арбитража о проведении арбитражного разбирательства согласно Арбитражному регламенту ICC (англ.: *ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration*; далее – Заметка ICC)[2].

II. Этические стандарты

25. Далее мы рассмотрим, что представляет собой этика представителей сторон в международном арбитраже. Мы остановимся на стандартах: (**A**) добросовестности и уважения; (**B**) эффективности и сотрудничества; (**C**) неприемлемости партизанских тактик; (**D**) идентификации и замены представителя; (**E**) общения *ex parte*; (**F**) заявлений и доказательств; (**G**) сохранения и предоставления документов; (**H**) взаимодействия со свидетелями и экспертами; (**I**) корректирующих мер/санкций.

1 Руководство LCIA, доступ по ссылке: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex. См. также Sapna Jhangiani, «*How Far do the New LCIA Guidelines for Parties' Legal Representatives and the IBA Guidelines on Party Representation go?*», Kluwer Arbitration Blog (2014), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/05/21/how-far-do-the-new-lcia-guidelines-for-parties-legal-representatives-and-the-iba-guidelines-on-party-representation-go/; Maxi Scherer, «*Conduct of Legal Representatives under the 2014 LCIA Arbitration Rules: How to Apply the New Provisions*», Kluwer Arbitration Blog (2015), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/03/23/conduct-of-legal-representatives-under-the-2014-lcia-arbitration-rules-how-to-apply-the-new-provisions/.

2 Заметка ICC в редакции 2021 г., доступ по ссылке: https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/.

26. Прежде чем мы перейдём к этим стандартам, важно обратить внимание на два аспекта. Во-первых, учитывая этическую многогранность международного арбитража, эта статья не претендует на то, чтобы адресовать совершенно все стандарты этики и их источники. Во-вторых, применение того или иного этического стандарта зависит от множества факторов и должно в каждом случае рассматриваться отдельно. Так, национальные этические нормы обычно являются обязательными и не могут быть замещены посредством соглашения либо необязательных правил международных организаций (например, IBA).[1] В то же время свод этических правил международной ассоциации может обрести для сторон обязательную силу, если, например, это предусмотрено применимым процессуальным правом, применимым арбитражным регламентом, соглашением сторон, либо постановлением состава арбитража, как правило, после консультации со сторонами.

A. Добросовестность и уважение

27. Арбитражный процесс не может быть эффективным без порядочного и добросовестного поведения его участников. Так, практически все этические инструменты предусматривают обязательство сторон и их представителей действовать порядочно и добросовестно (англ.: *with integrity and honesty*)[2]. Схожее обязательство также предусмотрено в арбитражных регламентах и пояснениях по их применению[3].

1 Catherine A. Rogers, «*Ethics in International Arbitration*», Oxford University Press (2014), п. 3.39, стр. 115.

2 См., напр., ст. 105 Испанского кодекса; Руководящие принципы SIArb 1 и 2; Руководящий принцип ICCA I.A и Разъяснение к нему; Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II.D.

3 См., напр., пункт 65 Заметки ICC; ст. 32.2 Арбитражного регламента LCIA, до-

28. Помимо вышеизложенного, этические правила обязывают представителей сторон уважать дух арбитражного соглашения[1], объективность (англ.: *integrity*) международного арбитражного разбирательства, включая независимость состава арбитража, его членов, а также потенциальных арбитров[2], и все формы разнообразия (англ.: *diversity*) и культурного происхождения, представленные в международном арбитражном сообществе[3].
29. Обязательство уважать участников арбитражного разбирательства раскрывается через обязательство вежливого и профессионального поведения, а также запрет поведения, цель которого полностью или частично состоит в том, чтобы оскорбить, запугать, унизить другого участника[4]. Последнее включает поведение, которое при разумном рассмотрении может привести к оскорблению, унижению, запугиванию или преследованию, в том числе несмотря на пожелания стороны об обратном. Оскорбительное и/или неуважительное поведение может включать, среди прочего, пренебрежительное отношение по причине личных качеств или приписывание неправомерных мотивов другой стороне/её представителю в заявлениях, за исключением случаев, когда такие вопросы непосредственно обсуждаются[5].

ступ по ссылке: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx; ст. 16 (1) Швейцарского регламента международного арбитража (англ.: *Swiss Rules of International Arbitration*; далее – Швейцарский регламент), доступ по ссылке: https://www.swissarbitration.org/centre/arbitration/arbitration-rules/; ст. 9 (1) Арбитражного регламента CAM, доступ по ссылке: https://www.camera-arbitrale.it/upload/documenti/arbitrato/ARBITRATION%20RULES%202020.pdf.

1 См., напр., ст. 32.2 Арбитражного регламента LCIA.

2 См., напр., Руководящий принцип SIArb 1.

3 См., напр., Руководящий принцип ICCA I. B.

4 См., напр., Руководящий принцип ICCA II. B; Руководящий принцип SIArb 3.1.

5 См., напр., Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II. B.

B. Эффективность и сотрудничество

30. Одним из базовых правил и ожиданий международного арбитража является обязательство его участников действовать эффективно с точки зрения времени и расходов. Его прямо предусматривают и своды этических правил[1], и арбитражные регламенты[2]. Международное сообщество уже наработало методы эффективного участия в арбитражном производстве[3].

31. Эффективность арбитража тесно связана с сотрудничеством его участников. Так, представители сторон должны: (**i**) действовать совместно друг с другом и составом арбитража;[4] (**ii**) стремиться решать процессуальные вопросы между сторонами, когда это практически возможно; и (**iii**) использовать все разумные усилия по выполнению указаний состава арбитража (включая соблюдение процедурного календаря)[5]. Примерами сотрудничества также считаются пунктуальность, отзывчивость, приспособление к языковым, культурным и/или религиозным различиям, а также к разным часовым поясам, уважение и разумное приспособление к расписанию других участников арбитражного разбирательства[6].

---

1 См., напр., Руководящий принцип ICCA I.C; ст. 106 Испанского кодекса.

2 См., напр., ст. 22 (1, 2) Арбитражного регламента ICC; пункты 92-94 Заметки ICC; ст. 27.1 Арбитражного регламента Немецкого Арбитражного Института (англ.: *German Arbitration Institute*; сокр.: *DIS*), доступ по ссылке: https://www.disarb.org/en/tools-for-dis-proceedings/dis-rules#c344.

3 См., напр., Отчёт Арбитражной комиссии ICC о методах контроля времени и затрат в арбитраже (англ.: *ICC Arbitration Commission Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*), доступ по ссылке: https://iccwbo.org/publication/icc-arbitration-commission-report-on-techniques-for-controlling-time-and-costs-in-arbitration/.

4 См., напр., Руководящий принцип ICCA II.A; Комментарий к Руководящему принципу SIArb 1.2.

5 См., напр., Руководящий принцип ICCA II.A.

6 См., напр., Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II.A.

C. Запрет партизанских тактик

32. Одной из наиболее распространённых проблем международного арбитража являются партизанские тактики (англ.: *guerilla tactics*).[1] Из-за мультикультурности арбитража и различий в этических традициях его участников, граница между законной и ненадлежащей тактикой не всегда чёткая. По общему правилу, представители сторон не должны злоупотреблять арбитражным процессом[2]. Так, они не должны без законных оснований совершать действия, направленные на воспрепятствование, задержку или срыв арбитражного процесса или на то, чтобы поставить под угрозу окончательность любого решения[3] или объективность арбитражного разбирательства (включая соответствующее решение)[4].

33. Примерами таких злоупотреблений могут служить, например: (**i**) необоснованные претензии, возражения, обвинения, отводы арбитров; (**ii**) преднамеренно рассчитанные по времени поправки в последнюю минуту; (**iii**) подача претензий, возражений, запросов после вынесения решения без каких-либо добросовестных или серьёзных оснований; (**iv**) консультирование клиентов/сторон об отказе от уплаты аванса по расходам с целью затягивания разбирательства или возложения на контрагента обязательства

1 В опросе 68% респондентов сообщили, что сталкивались с тем, что они считали партизанской тактикой в международном арбитраже. См. Edna Sussman and Solomon Ebere, «*All's Fair in Love and War - Or Is It? Reflections on Ethical Standards for Counsel in International Arbitration*», 22 Am. Rev. Int'l Arb. 612 (2011), доступ по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2372346; Horvath, Gunther J., and Amanda Neil. "*Guerrilla Tactics in International Arbitration*" Asian Disp. Rev. 19 (2017), доступ по ссылке: https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/asidpurv0019&div=33&id=&page=; Catherine A. Rogers, «*Guerilla Tactics and Ethical Regulation*», Kluwer International (2013), доступ по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2260568.

2 См., напр., Руководящий принцип SIArb 1.2.

3 См., напр., Руководящий принцип ICCA II.D; параграф 2 Руководства LCIA.

4 См., напр., Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II.D.

оплатить их; (**v**) необоснованная задержка в представлении доказательств, запрошенных арбитрами; (**vi**) несвоевременное представление возражений, запросов, что приводит к увеличению затрат; (**vii**) задержка или срыв разбирательства таким образом, что это наносит ущерб его справедливому и эффективному завершению; и (**viii**) другие заявления составу арбитража или арбитражному институту, предназначенные исключительно для того, чтобы вызвать ненужную задержку или «желаемое» нарушение арбитражного процесса[1].

34. Особого упоминания здесь заслуживает истребование документов (англ.: *document production*), которое стало настоящим «полем чудес» для процедурных злоупотреблений и наступательных тактик. На первый взгляд может показаться, что «крекс, фекс, пекс» – и сторона предоставит все запрашиваемые документы. Однако культура истребования документов в разных юрисдикциях существенно различается. Так, в ряде юрисдикций действует своего рода досудебное раскрытие информации (англ.: *pre-trial disclosure*) и сформировались связанные с ним этические правила.[2] В большинстве других стран нет аналогично-

1 См., напр., Комментарий к Руководящему принципу SIArb 1.2; Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II.D.

2 См. Catherine A. Rogers, «*Ethics in International Arbitration*», Oxford University Press (2014), п. 3.49, стр. 118.

Например, в Канаде требуется, чтобы юрист объяснил клиенту необходимость полного раскрытия (англ.: *full disclosure*) всех документов, касающихся любого рассматриваемого вопроса, и помогал клиенту в осуществлении такого раскрытия. Английские солиситоры должны предпринимать позитивные меры, чтобы гарантировать, что их клиенты в должной мере осознают не только обязанности раскрытия информации и проверки, но также и важность не уничтожения документов, которые, возможно, придется раскрыть, и обеспечения сохранности документов. В США к представителям сторон применялись санкции за необеспечение соблюдения клиентом требований в отношении раскрытия (англ.: *discovery*) – см., напр., *Play Visions, Inc. против Dollar Tree Stores, Inc., 2011 WL 2292326 (W.D. Wash. 2011)*.

го процессуального механизма и, соответственно, отсутствуют чёткие этические правила в отношении раскрытия документов.[1]

35. В связи с этим, истребование документов достаточно быстро созрело для процедурных злоупотреблений и наступательных тактик. Так, этические нормы запрещают представителям сторон: (**i**) заявлять ходатайство о предоставлении документов или возражение против такого ходатайства в ненадлежащих целях, таких как оказание давления, необоснованное затягивание разбирательства[2], выдвижение заведомо ложных фактов[3]; и (**ii**) возражать на запросы противоположной стороны или обосновывать непредоставление определённых документов, выдвигая заведомо ложные факты[4].

D. Идентификация и замена представителя

36. По общему правилу, представитель стороны должен при первой же возможности идентифицировать себя в качестве такового иным сторонам, составу арбитража и секретариату арбитражного института[5]. В дальнейшем сторона обязана незамедлительно информировать всех указанных участников процесса о любых изменениях в отношении её представителей[6].

1 См. Catherine A. Rogers, «*Ethics in International Arbitration*», Oxford University Press (2014), п. 3.52, стр. 119.

2 См., напр., Разъяснение к Руководящему принципу ICCA II.D; Руководящий принцип IBA 13.

3 См., напр., ст. 125 Испанского кодекса.

4 См., напр., ст. 125 Испанского кодекса.

5 См., напр., ст. 12 Заметки ICC; Руководящий принцип IBA 4; ст. 109 Испанского кодекса.

6 См., напр., ст. 17 (1) Арбитражного регламента ICC; ст. 12 Заметки ICC; Руководящий принцип IBA 4; ст. 18.3 Арбитражного регламента LCIA; ст. 23.2 Арбитражного регламента SIAC, доступ по ссылке: https://siac.org.sg/our-rules; ст. 4.2 Арбитражного регламента Азиатского международного арбитражного цен-

37. После формирования состава арбитража стороны должны воздерживаться от представления нового представителя[1], заключения договоров на оказание юридических услуг с адвокатами/представителями (а представитель – от принятия соответствующего назначения[2]), если между этим представителем и членом состава арбитража существуют отношения, которые влияют или могут повлиять на независимость и беспристрастность арбитра.
38. В противном случае состав арбитража может принять меры, необходимые для обеспечения целостности и объективности (англ.: *integrity*)[3] арбитражного разбирательства, в том числе отказать в утверждении/отстранить нового представителя стороны от участия во всём или части арбитражного разбирательства[4] (именно таким образом и проявляется наследие ранее упомянутого дела *Hrvatska Elektroprivreda*). Золотое правило гласит, что перед этим состав арбитража должен предоставить сторонам возможность высказать свою точку зрения по

тра (англ.: *Asian International Arbitration Centre*; сокр.: *AIAC*), доступ по ссылке: https://admin.aiac.world/uploads/ckupload/ckupload_20210801103608_18.pdf.

1 См., напр., ст. 13 Заметки ICC.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 5. Исключением является, когда ни одна из сторон не возразит против этого после надлежащего раскрытия информации о таких отношениях.

3 См., напр., ст.ст. 111-112 Испанского кодекса. Считается, что целостность процесса нарушается: (i) если сторона, которая заменяет своего представителя, действует с целью затягивания процесса или злоупотребления таковым; или (ii) в случае конфликта интересов между новым представителем и любым из арбитров.

См. также: Fahira Brodlija, «*Counsel Ethics in International Arbitration: The Glass Slipper Still Does Not Fit*», Kluwer Arbitration Blog (2021), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/07/02/counsel-ethics-in-international-arbitration-the-glass-slipper-still-does-not-fit/.

4 См., напр., ст. 17 (2) Арбитражного регламента ICC; ст. 14 Заметки ICC; Руководящий принцип IBA 6; ст. 111 Испанского кодекса; ст. 18.4 Арбитражного регламента LCIA; ст. 16 (4) Швейцарского регламента.

данному вопросу[1].

39. Принимая решение об исключении из разбирательства нового представителя стороны, состав арбитража должен тщательно рассмотреть все соответствующие обстоятельства с целью обеспечения целостности и объективности арбитражного разбирательства, такие как: (**i**) право стороны выбирать своего представителя[2]; (**ii**) способность стороны должным образом представить свою позицию в отсутствие этого представителя[3]; (**iii**) стадия, на которой находится арбитражное разбирательство[4]; (**iv**) время включения в процесс такого новопреставленного представителя стороны; (**v**) возможное прерывание арбитражного разбирательства в результате его продолжающегося участия в случае успешного оспаривания кандидатуры одного или нескольких арбитров[5]; (**vi**) соображения в отношении эффективности сохранения состава арбитража; и (**vii**) напрасные финансовые и временные затраты в результате такого изменения или дополнения[6].

40. Примечательно, что в 2015 году Адвокатский совет Англии и Уэльса (англ.: *Bar Council of England and Wales*) разработал Информационную заметку в отношении барристеров в международном арбитраже (англ.: *Information Note regarding barristers in international arbitration*). Совет отметил, что барристеры должны быть чуткими к возможным пробле-

1 См., напр., Комментарий к Руководящему принципу IBA 6. Сторонам должна быть предоставлена возможность высказать свою точку зрения о: (i) существовании конфликта, (ii) объёме полномочий состава арбитража действовать в отношении такого конфликта; и (iii) последствиях меры, применение которой рассматривается составом арбитража. См., напр., ст. 17 (2) Арбитражного регламента ICC; ст. 14 Заметки ICC; ст. 111 Испанского кодекса.

2 См., напр., ст. 18.4 Арбитражного регламента LCIA.

3 См., напр., ст. 15 Заметки ICC.

4 См., напр., ст. 18.4 Арбитражного регламента LCIA.

5 См., напр., ст. 15 Заметки ICC.

6 См., напр., ст. 18.4 Арбитражного регламента LCIA.

мам клиентов в случаях, когда стороны международных споров могут быть не знакомы с особенностями структуры адвокатуры Англии и Уэльса, и должны предпринимать доступные и должные шаги, чтобы разрешить такие проблемы[1]. Хоть Совет и отметил, что членство барристеров в одной палате (англ.: *chambers*) не порождает конфликт интересов, и, таким образом, барристеры могут выступать друг против друга в одном и том же деле[2], и что сам факт того, что адвокат и арбитр являются членами одной и той же палаты, не даёт основания для оправданного сомнения в беспристрастности арбитра[3] и не служит причиной, по которой барристер должен отказаться действовать в качестве представителя[4], – тем не менее Совет чётко указал, что «*разные типы споров требуют разных подходов, и барристеры должны учитывать различные ожидания, опыт и культуру тех, кто использует арбитраж*»[5].

---

1 Информационная заметка в отношении барристеров в международном арбитраже Адвокатского совета Англии и Уэльса 2015 г., п. 5, доступ по ссылке: https://www.barcouncilethics.co.uk/documents/conflicts-interest-international-arbitration/.

2 Информационная заметка в отношении барристеров в международном арбитраже Адвокатского совета Англии и Уэльса 2015 г., п. 8.

3 Информационная заметка в отношении барристеров в международном арбитраже Адвокатского совета Англии и Уэльса 2015 г., п.п. 12, 15, сноска 2. Тем не менее, в таких случаях те, кто инструктируют барристера, должны незамедлительно раскрыть соответствующую информацию законным представителям другой стороны. Более того, могут быть другие факторы, специфичные для конкретного случая, которые приводят к возникновению таких обоснованных сомнений.

4 Информационная заметка в отношении барристеров в международном арбитраже Адвокатского совета Англии и Уэльса 2015 г., п. 21. Тем не менее, в таких случаях барристер, который может стать представителем стороны, должен сообщить потенциальному клиенту о риске заявления отвода арбитру/представителю, задержек разбирательства, финансовых последствий, а также риске в отношении возможности привести в исполнение арбитражное решение.

5 Информационная заметка в отношении барристеров в международном арбитраже Адвокатского совета Англии и Уэльса 2015 г., п. 6.

E. Общение *ex parte*

41. Если ещё в не столь отдалённом прошлом характер и объём общения *ex parte*, которое допускалось между сторонами и арбитрами, являлись предметом серьёзных разногласий, то сегодня своды этических норм выводят общее правило, согласно которому, если иное не согласовано сторонами, представителю стороны не следует общаться *ex parte* с арбитром по вопросам арбитража[1]. Иногда такой запрет также распространяется на общение с членами арбитражного института, если они вовлечены в процесс принятия решений по административным вопросам по соответствующему делу, как, например, в случае членов Суда ICC и Суда LCIA[2]. Так, за исключением определённых случаев, все заявления/сообщения, представляемые любой из сторон, а также все прилагаемые к ним документы должны направляться каждой стороне, каждому арбитру и (в зависимости от регламента) секретариату арбитражного института[3].

42. Исключением из указанного общего правила являются ситуации, когда представитель стороны общается *ex parte* в целях получения информации[4]:

1 См., напр., Руководящий принцип IBA 7; Руководящий принцип SIArb 1.1; ст. 113 Испанского кодекса; ст. 13.4 Арбитражного регламента LCIA; параграф 6 Руководства LCIA.

2 См., напр., ст. 8 Приложения I "Устав Международного арбитражного суда" Арбитражного регламента ICC; ст. 13.4 Арбитражного регламента LCIA и параграф 6 Руководства LCIA. Однако стороны всегда могут в одностороннем порядке связаться с секретариатом по административным вопросам.

3 См., напр., ст. 3 (1) Арбитражного регламента ICC; ст. 13.3 Арбитражного регламента LCIA; ст. 16 (2) Швейцарского регламента; ст. 12 (1, 2) Арбитражного регламента Международного арбитражного института при Палате экономики Австрии (англ.: *Vienna International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber*; далее – VIAC), доступ по ссылке: https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2021-online; ст. 4.5 Арбитражного регламента DIS; ст. 19.6 Арбитражного регламента SIAC.

4 См., напр., ст. 68 Заметки ICC; Руководящий принцип IBA 8; ст.ст. 88-89 Испанского кодекса; Руководящий принцип SIArb 1.1.

(**i**) с арбитром, который потенциально может быть назначен стороной, в целях получения информации о его опыте, наличии времени, желания принять назначение и наличии потенциальных конфликтов интересов; (**ii**) с арбитром, который потенциально может быть назначен или уже назначен стороной, с целью выбора председателя состава арбитража; или (**iii**) если стороны согласны с тем, что такое общение является допустимым, общаться с потенциальным председателем для того, чтобы определить его опыт, наличие времени, желание принять назначение и наличие потенциальных конфликтов интересов. Также, общение *ex parte* может считаться допустимым, если оно разрешено применимым правом, как например, в случае обращения за получением обеспечительных мер[1], если стороны договорились об этом, или если другая сторона не стала принимать участие в слушании или разбирательстве и не представлена в нём[2].

43. При общении *ex parte* представитель стороны не должен спрашивать мнение потенциального арбитра по существу спора[3]. Содержание общения *ex parte* должно ограничиваться: (**i**) информацией о сторонах, их представителях, свидетелях, экспертах, заинтересованных сторонах; (**ii**) проверкой у кандидата наличия необходимого времени для ведения процесса; (**iii**) консультацией о квалификациях кандидата; (**iv**) информацией о публикациях кандидата, в том числе книгах, статьях и материа-

1 См., напр., Руководящий принцип SIArb 1.1; Комментарий к Руководящим принципам IBA 7-8.

2 См., напр., Комментарии к Руководящим принципам IBA 7-8.

3 См., напр., ст. 68 Заметки ICC; Руководящий принцип IBA 8. Ст. 91 Испанского кодекса более подробно предусматривает, что ни один из участников не может выражать или запрашивать мнение по какому-либо фактическому или юридическому аспекту дела, будь то процессуального характера или по существу.

лах конференций или приглашениях на них; (**v**) информацией о любой деятельности кандидата и его юридической фирмы или организации, в которой он работает, которая может вызвать обоснованные сомнения в независимости или беспристрастности кандидата; (**vi**) информацией об условиях арбитражного соглашения и, в частности, любых соглашениях, касающихся места проведения, языка, применимого законодательства и регламента арбитражного разбирательства; (**vii**) предоставлением кандидату краткого и общего описания дела; и (**viii**) предполагаемым процессуальным расписанием и общим подходом к ведению разбирательства[1].

F. Заявления и доказательства

44. По общему правилу, представитель стороны не должен представлять какое-либо заведомо ложное заявление о фактах или ложное доказательство[2]. Эта обязанность имеет усиленный характер при рассмотрении дела в ускоренном или упрощённом порядке, например, в случае принятия обеспечительных мер или в случае неявки стороны[3]. Если представитель стороны обнаружит, что он предоставил ложное заявление касательно фактов или ложное доказательство, он должен проинформировать участников процесса о создавшейся ситуации и о своём обязательстве исправить её, а также исправить её[4].

1 См., напр., ст. 88 Испанского кодекса; Комментарии к Руководящим принципам IBA 7-8.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 9; ст.ст. 115, 120 Испанского кодекса; Руководящий принцип ICCA II.C; Руководящий принцип SIArb 2.1; параграф 3 Руководства LCIA.

3 См., напр., ст. 116 Испанского кодекса.

4 См., напр., 117, 120-121 Испанского кодекса; Руководящий принцип IBA 10; Руководящий принцип ICCA II.C.

45. Представитель стороны должен также воздерживаться от сотрудничества или участия, прямого или косвенного, в создании или предоставлении ложных доказательств[1]. Так, он не должен предлагать подавать заведомо ложные доказательства и показания, помогать свидетелю или эксперту давать или пытаться повлиять на свидетеля или эксперта в целях подачи ложных доказательств, и подавать показания свидетеля или эксперта, которые, насколько ему известно, являются ложными[2].

46. Если представитель стороны обнаружит, что он представил ложные доказательства, он должен проинформировать другую сторону о создавшейся ситуации и о своём обязательстве исправить её[3]. Если свидетель или эксперт намерен представить/представляет/представил показания, которые, насколько представителю стороны известно, являются ложными, то такой представитель должен незамедлительно уведомить сторону, которую он представляет, о необходимости исправления ситуации и о последствиях неосуществления этого[4].

47. В зависимости от обстоятельств дела и принимая во внимание препятствующие этому факторы конфиденциальности и профессиональной привилегии[5], представителю стороны следует незамедлительно предпринять меры по исправлению ситуации, на-

1 См., напр., ст. 120 Испанского кодекса; Руководящий принцип SIArb 2.1; параграф 4 Руководства LCIA.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 11 и Комментарий к нему; Руководящий принцип SIArb 2.1.

3 См., напр., ст. 121 Испанского кодекса.

4 См., напр., Руководящий принцип IBA 11.

5 Как полезно объясняет русский перевод Руководящих принципов IBA, «*Термин «Профессиональная привилегия» соответствует устоявшемуся в русскоязычной юридической литературе термину «Профессиональная тайна», под которым прежде всего понимается профессиональная тайна адвокатов, но который также включает в себя и иную профессиональную тайну, охраняемую законом (например, врачебную, исповеди и т.д.)*"

пример: (**i**) информировать свидетеля или эксперта о необходимости предоставления правдивых показаний; (**ii**) принять разумные меры для сдерживания свидетеля или эксперта от дачи ложных показаний; (**iii**) убедить свидетеля или эксперта исправить или отозвать ложные показания; (**iv**) исправить или отозвать ложные показания; и вплоть до (**v**) отказа представлять сторону[1].

48. Этическая многокультурность пользователей арбитража породила разные подходы к обоснованности правовых доводов. Если подытожить этические правила по этому вопросу, представитель стороны не должен отстаивать толкования, которые, по его мнению, не являются разумно обоснованными[2], использовать заведомо несуществующие/ложные правовые доводы[3] и искажать их истинное значение посредством неполных или необъективных ссылок, например, преднамеренного неправильного цитирования или искажения содержания прецедента или другого источника права, сознательной ссылки на недействующий, отменённый или изменённый закон[4]. Эта обязанность имеет усиленный характер при рассмотрении дела в ускоренном или упрощённом порядке, например, в отношении принятия обеспечительных мер[5].

G. Сохранение и предоставление документов

49. Развитие международного арбитража существенно усложнило механизм истребования документов – всё более ощутимы юрисдикционные различия и всё сложнее поддерживать баланс между истребовани-

1 См., напр., Руководящий принцип IBA 11.

2 См., напр., Комментарии к Руководящим принципам IBA 9-11.

3 См., напр., ст. 118 Испанского кодекса; Руководящий принцип SIArb 2.2.

4 См., напр., ст. 118 Испанского кодекса; Комментарий к Руководящему принципу SIArb 2.2.

5 См., напр., ст. 119 Испанского кодекса.

ем документов и профессиональной привилегией. В большинстве юрисдикций общего права юрист должен подчиниться запросу об обмене документами от противоположной стороны, несмотря на то, что предоставление таковых может навредить его клиенту. В таких случаях часто возникают вопросы профессиональной привилегии и конфиденциальности[1]. В то же время, большинство юрисдикций гражданского права обязывают сторону предоставлять документы, которые подтверждают её позицию, но умалчивают в отношении запросов о предоставлении документов, которые могут иметь негативное влияние[2]. В таких юрисдикциях вопрос профессиональной привилегии обычно возникает значительно реже[3]. Так, участие в одном арбитражном разбирательстве представителей из юрисдикций общего и гражданского права часто порождает сложности по соблюдению процессуального равенства и справедливости.

50. Согласно современным сводам этических правил, если арбитражное разбирательство предполагает предоставление документов, представителю стороны следует проинформировать клиента о необходимости сохранять и не уничтожать документы, которые потенциально могут иметь отношение к спору[4]. Представитель стороны также должен рекомендовать и помогать стороне, которую он представляет, вести разумную и адекватную систему сбора и про-

1 См. Ulrike Gantenberg, «*Ethical Issues in International Arbitration – Risks and Pitfalls of Ethics in International Arbitration – is there a Need for Further Harmonization?*» в Austrian Yearbook on International Arbitration 2021, стр. 179-180; Elizabeth Metzler, «*Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration procedure, The Tension Between Document Disclosure and Legal Privilege in International Commercial Arbitration – An Austrian Perspective*» в Austrian Yearbook on International Arbitration III A (Christian Klausegger, Peter Klein *et al.* (eds.), Vol 2015).

2 *Id.*

3 См. Ulrike Gantenberg, «*Ethical Issues in International Arbitration – Risks and Pitfalls of Ethics in International Arbitration – is there a Need for Further Harmonization?*» в Austrian Yearbook on International Arbitration 2021, стр. 179-180.

4 См., напр., Руководящий принцип IBA 12; ст. 122 Испанского кодекса.

смотра документов, которые находятся во владении лиц, находящихся под контролем стороны, для того, чтобы выявить документы, которые имеют отношение к арбитражу или которые были запрошены другой стороной, и убедиться, что представитель стороны имеет копии всех таких документов или доступ к ним[1].

51. Исходя из обстоятельств, представителю стороны следует также рекомендовать стороне, которую он представляет, идентифицировать тех лиц, которые находятся под контролем стороны и могли бы владеть документами, потенциально имеющими отношение к спору, уведомить таких лиц о необходимости сохранить и не уничтожать такие документы, и приостановить или иным образом принять меры, исключающие действие любых правил /практики хранения документов или любых других правил/практики, если в силу этого документы, потенциально относящиеся к арбитражу, могут быть уничтожены[2].

52. Общепринято, что представитель должен объяснить стороне, которую он представляет, необходимость предоставления и потенциальные последствия отказа от предоставления любого документа, который сторона обязалась предоставить или который был истребован[3]. Ему следует рекомендовать и содействовать такой стороне в принятии разумных мер, чтобы провести разумный поиск документов, которые сторона обязалась предоставить или которые были истребованы, и предоставить все запрошенные документы, которые не защищены профессиональной привилегией[4].

---

1 См., напр., Комментарии к Руководящим принципам IBA 12-17.

2 См., напр., Комментарии к Руководящим принципам IBA 12-17.

3 См., напр., Руководящий принцип IBA 14; ст. 123 Испанского кодекса.

4 См., напр., Руководящий принцип IBA 15.

53. Представитель должен воздерживаться от участия в сокрытии или уничтожении документов, которые могут иметь отношение к разрешению спора или которые должны быть предоставлены[1]. Если в ходе арбитража представителю стороны становится известно о существовании документа, который должен был, но не был предоставлен, он должен проинформировать своего клиента о необходимости предоставления этого документа и последствиях такого непредоставления[2].

H. Свидетели и эксперты

54. Общение и взаимное сотрудничество в рамках дела представителей сторон со свидетелями и экспертами является остро дискутируемым вопросом. Так, общение со свидетелями до дачи показаний, как правило, запрещено юристам многих европейских юрисдикций и может повлечь серьёзное уголовное наказание за "манипулирование" свидетелями.[3] В то же время американские юристы обучены, что подготовка свидетеля к даче показаний не только является стандартной практикой, но и необходима, чтобы не допустить ненадлежащей практики (англ.: *malpractice*) и даже этического нарушения.[4]

---

1 Включая обязанность не советовать стороне осуществлять такие действия. См., напр., ст. 124 Испанского кодекса; Руководящий принцип SIArb 2.1; Руководящий принцип IBA 16; ст. 5 Руководства LCIA.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 17; ст. 126 Испанского кодекса.

3 См. Mirjan Damaska, «*Presentation of Evidence and Factfinding Precision*», 123 U. Pa. L. Rev. 1083, 1088–9 (1975), доступ по ссылке: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol123/iss5/4/.

4 См. Catherine A. Rogers, «*Ethics in International Arbitration*», Oxford University Press (2014), п. 3.21, стр. 107-108; Catherine A. Rogers, «*The Ethics of Advocacy in International Arbitration*» in Doak Bishop and Edward G. Kehoe (eds.), «*The Art of Advocacy in International Arbitration*», Juris, 2nd ed. (2010), стр. 52; Ulrike Gantenberg, «*Ethical Issues in International Arbitration – Risks and Pitfalls of Ethics in*

55. Несмотря на столь диаметрально разные подходы в национальном процессуальном регулировании, современным этическим нормам в сфере международного арбитража удалось достичь определённого консенсуса в пользу разрешения общения до дачи показаний. Такая практика нашла своё воплощение в Правилах IBA о получении доказательств в международном арбитраже (англ.: *Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*)[1] от 2010 года (которые были пересмотрены в 2020 году) и была утверждена швейцарскими[2] и французскими[3] властями в качестве исключения из применимых в иных случаях национальных этических правил.
56. Так, прежде чем пытаться получить любую информацию от потенциального свидетеля или эксперта, представителю стороны следует идентифицировать себя, сторону, которую он представляет, и причину,

International Arbitration – is there a Need for Further Harmonization?» в Austrian Yearbook on International Arbitration 2021, стр.177-178.

1 Согласно ст. 4(3) Правил IBA о получении доказательств в международном арбитраже: «*Допускается опрос своих свидетелей или потенциальных свидетелей и обсуждение с ними их будущих свидетельских показаний Стороной, её должностными лицами, сотрудниками, юридическими консультантами или другими представителями*». Доступ по ссылке: https://www.ibanet.org/resources.

2 По общему правилу, в Швейцарии запрещается общение со свидетелями до дачи показаний. В то же время ст. 7 Швейцарского кодекса этики (фр.: *Code Suisse de Deontologie*) запрещает адвокатам контактировать со свидетелями, но приостанавливает действие такого запрета в производствах перед арбитражными и супранациональными составами. См. Catherine A. Rogers, «*The Ethics of Advocacy in International Arbitration*» в Doak Bishop and Edward G. Kehoe (eds.), «*The Art of Advocacy in International Arbitration*», Juris, 2nd ed. (2010), стр. 57 и сноска 24.

3 См. *Bulletin du Bâttonnier n. 9 du 4 Mars 2008* (постановление Conseil de l'Ordre de Paris, разрешающее членам парижской адвокатуры готовить свидетелей в международных арбитражных производствах во Франции или за границей в соответствии с применимыми правилами. См. также Catherine A. Rogers, «*The Ethics of Advocacy in International Arbitration*» в Doak Bishop and Edward G. Kehoe (eds.), «*The Art of Advocacy in International Arbitration*», Juris, 2nd ed. (2010), стр. 57 и сноска 24.

по которой запрашивается информация, а также сообщить потенциальному свидетелю, что он имеет право уведомить своего собственного представителя о таковом контакте или привлечь его для целей контакта, прекратив общение со своей стороны[1].

57. Один из основных вопросов здесь состоит в том, могут ли представители сторон помогать свидетелям в подготовке их свидетельских показаний и экспертам в подготовке их экспертных заключений. Ответом на этот вопрос является "да, но" – т.е. таковое общение разрешено, но в установленных рамках[2].

58. Т.е. *да*, представитель стороны может встречаться со свидетелями и экспертами для обсуждения их потенциальных показаний, помогать в подготовке свидетельских показаний или заключения эксперта и в подготовке к даче показаний в прямом и перекрёстном опросе[3]. *Но* такая подготовка не должна влиять на подлинность показаний свидетеля или эксперта. Так, свидетельские показания должны отражать собственное понимание свидетелем соответствующих фактов, событий и обстоятельств, а заключение эксперта – собственный анализ и мнение эксперта[4].

59. Представитель стороны не должен предлагать или подталкивать свидетеля к подаче ложных показаний[5]. К тому же, представитель стороны также должен воздерживаться от представления в ходе арбитражного разбирательства свидетельских показаний или экспертных заключений, которые содержат заведомо ложную информацию, а также от вызова свидетеля или эксперта для защиты своей

1 См., напр., Руководящие принципы IBA 18-19.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 20; ст. 128 Испанского кодекса.

3 См., напр., Руководящие принципы IBA.

4 См., напр., Руководящие принципы IBA 21-22.

5 См., напр., Руководящий принцип IBA 23; Руководящий принцип SIArb 2.1.

позиции, зная о ложности их показаний или экспертного заключения[1].

60. Тем не менее представитель стороны может предлагать оплатить, оплачивать или согласовать оплату расходов, разумно понесённых свидетелем или экспертом при подготовке к даче показаний либо при даче показаний на слушании, разумной компенсации за потерю времени, понесённую свидетелем при даче показаний и подготовке к даче показаний, а также разумного вознаграждения за профессиональные услуги эксперта, назначенного стороной[2]. В то же время гонорары должны быть согласованы заранее с учётом знаний эксперта, усилий и других объективных факторов, но ни в коём случае не должны иметь переменную составляющую, зависящую от исхода арбитража[3].

I. Корректирующие меры, санкции

61. Исследование Лондонского университета королевы Марии «Улучшения и инновации в международном арбитраже» 2015 года[4] показало, что отсутствие эффективных санкций в ходе арбитражного процесса является второй худшей характеристикой международного арбитража. В рамках того же исследования 52% респондентов назвали санкции за оттягивающую тактику сторон или их представителей эффективным нововведением, которое можно было бы включить в арбитражные регламенты и процедуры для контроля временных и финансовых затрат. Начиная с 2015 года, когда было опубликовано это

1 См., напр., ст. 127 Испанского кодекса; Руководящий принцип SIArb 2.1.

2 См., напр., Руководящий принцип IBA 25.

3 См., напр., ст. 151 Испанского кодекса.

4 Исследование «*Improvements and Innovations in International Arbitration*» 2015 г. Queen Mary University of London и White & Case LLP, доступ по ссылке: https://arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/.

исследование, регулирование и санкционирование представителей сторон в арбитраже поднялось на качественно новый уровень.

62. Так, на арбитров возложена прямая обязанность обеспечивать, чтобы все участники арбитражного разбирательства вели себя вежливо и уважительно[1]. Поэтому ряд арбитражных регламентов уже напрямую предусматривают полномочия состава арбитража устанавливать любой процессуальный порядок/принимать любой процессуальный приказ, который он сочтёт целесообразным в отношении справедливого, эффективного и оперативного проведения арбитража[2], а также учитывать ненадлежащее (включая неэффективное) поведение представителя стороны при распределении арбитражных расходов, с указанием, в случае необходимости, как и в какой мере таковое поведение привело состав арбитража к изменению подхода в части распределения арбитражных расходов[3].

63. При соответствующих обстоятельствах состав арбитража может уведомить участников, поведение которых он считает ненадлежащим, и потребовать его немедленного прекращения.

---

1 См., напр., Руководящий принцип ICCA III.B.

2 Напр., ст. 14.5 Арбитражного регламента LCIA; ст. 35 (3) Арбитражного регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (англ.: *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce*; далее – SCC), доступ по ссылке: https://sccinstitute.com/our-services/rules/; ст. 19 (1) Швейцарского регламента; ст. 9 (3) Арбитражного регламента CAM. См. также Margaret Moses, "*The Growth of Arbitrator Power to Control Counsel Conduct*", Kluwer Arbitration Blog (2014), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/11/12/the-growth-of-arbitrator-power-to-control-counsel-conduct/.

3 См., напр., ст. 38 (5) Арбитражного регламента ICC; ст. 28.4 Арбитражного регламента LCIA; ст. 49 (6) Арбитражного регламента SCC; ст. 40 Швейцарского регламента; ст. 38 (2) Арбитражного регламента VIAC; ст. 33.3 Арбитражного регламента DIS; ст. 9 (4) Арбитражного регламента CAM; ст. 39.4 Арбитражного регламента SIAC.

См. также Carlos González-Bueno, «*Arbitral tribunals' decisions on costs sanctioning the parties for counsel behavior: A phenomenon expected to increase?*»,

64. Если же такие позывы не возымели желаемого действия, состав арбитража, при необходимости, может[1] предупредить представителя стороны[2], сделать соответствующие выводы при оценке доказательств, на которые ссылается представитель стороны, или юридических доводов представителя стороны, а также принять любые другие уместные меры для достижения справедливости и объективности разбирательства[3]. Испанский кодекс (на данный момент, единственный в своём роде) включил в свой список и более радикальную меру, как доведение факта ненадлежащего поведения до сведения профессиональных ассоциаций (таких как, например, адвокатские палаты), членом которых является представитель стороны, для обеспечения ответственности согласно применимым правилам профессиональной этики[4].

65. При разрешении вопросов о ненадлежащем поведении составу арбитража следует принимать во внимание: (**i**) задачи обеспечения объективности и справедливости арбитражного разбирательства и исполнимости арбитражного решения; (**ii**) потенци-

Kluwer Arbitration Blog (2014), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/04/16/arbitral-tribunals-decisions-on-costs-sanctioning-the-parties-for-counsel-behavior-a-phenomenon-expected-to-increase/; Stephan Wilske, «*Sanctions Against Counsel in International Arbitration – Possible, Desirable or Conceptual Confusion?*», Contemporary Asia Arbitration Journal, Vol. 8, No. 2, pp. 141-184, ноябрь 2015 г., доступ по ссылке: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476.

1 См., напр., Руководящий принцип IBA 26; ст. 132 Испанского кодекса.

2 См., напр., ст. 18.6 Арбитражного регламента LCIA.

3 Напр., состав арбитража в *Rompetrol Group NV против Румынии* пришёл к выводу, что у него есть неотъемлемые полномочия отстранить адвоката, но такие полномочия могут осуществляться редко и только в непреодолимых обстоятельствах, исходя из наиважнейшей и неоспоримой необходимости защитить объективность всего арбитражного процесса. См. *Rompetrol Group NV против Румынии*, дело ICSID № ARB/06/3, Решение состава арбитража об участии представителя стороны, 14.01.2010 г., доступ к карточке дела по ссылке: https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/06/3, доступ к Решению об участии представителя стороны по ссылке: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C72/DC1370_En.pdf.

4 См., напр., ст. 132 Испанского кодекса.

альный эффект решения о ненадлежащем поведении на права сторон; (**iii**) характер и степень тяжести ненадлежащего поведения, в том числе степень влияния ненадлежащего поведения на ход разбирательства; (**iv**) добросовестность представителя стороны; (**v**) соответствующие соображения касательно профессиональной привилегии и конфиденциальности; а также (**vi**) степень, в которой сторона, представленная представителем стороны, руководила им сама, знала или соучаствовала в ненадлежащем поведении[1].

J. Вместо выводов

66. Учитывая одновременное развитие международного арбитража и множества национальных этических систем, которым подчиняются его участники, современное этическое регулирование представителей сторон представляется достаточно несистематизированным. В то же время усилия международного сообщества по наработке чёткой системы этических координат демонстрируют стремительный и ощутимый прогресс в этой сфере, где как раз проходит этап поиска этических консенсусов и кристаллизации[2]. Вопрос о едином своде правил этики для представителей сторон в международных ар-

1 См., напр., Руководящий принцип IBA 27.

2 См., напр., Michelle Grando, «*Challenges to the Legitimacy of International Arbitration: A Report from the 29th Annual ITA Workshop*», Kluwer Arbitration Blog (2017), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/09/19/challenges-legitimacy-international-arbitration-report-29th-annual-ita-workshop/; Daniel Waldek, «*The Quest for Uniformity in Ethical Standards for Party Representatives in International Arbitration*», Kluwer Arbitration Blog (2017), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/12/26/quest-uniformity-ethical-standards-party-representatives-international-arbitration/; Anne-Carole Cremades, "*The Creation of a Global Arbitration Ethics Council: a Truly Global Solution to a Global Problem*", Kluwer Arbitration Blog (2015), доступ по ссылке: http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/11/24/the-creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-a-truly-global-solution-to-a-global-problem/.

битражных процессах является на данный момент лишь вопросом времени[1]. Пока же все участники этих процессов могут внести свою лепту в развитие таковых правил путём системного применения уже наработанных инструментов.

1 См. Doak Bishop and Margrete Stevens, «*The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy*» в Arbitration Advocacy in Changing Times, ICCA Congress Series No. 15 (2011), доступ по ссылке: https://www.judice-arbitration.com/en/arbitration-texts/The-Compelling-Need-for-a-Code-of-Ethics-in-International-Arbitration-Transparency-Integrity-and/146/.

ПРИВЕЛА ЛИ ПАНДЕМИЯ К ДЕГУМАНИЗАЦИИ АРБИТРАЖА?

Петр Новачик[1*]

Этот текст должен спровоцировать дискуссию, которая может отличаться от общих «ох и ах» на тему «прогресса», к которому арбитраж привёл COVID-19. Автор делится своими сомнениями по поводу новых явлений и, в отличие от многих, обращает внимание на отрицательные стороны предполагаемого прогресса, к которому привела невозможность ведения арбитражного процесса традиционным способом.

Мы живём в интересные времена. Всё меняется на глазах. COVID-19 внёс много изменений. Внезапно арбитражные юристы должны были научиться работать в разных системах: Microsoft Teams, ZOOM, Skype и других, просматривать вложение в айпадах или ноутбуках, составлять виртуальное протоколы разбирательств, включать и выключать микрофон, поднимать руку, задавая вопрос, включать и выключать камеру, если это нужно или не нужно, и, в конце концов, переходить из виртуального зала суда в виртуальную комнату совещаний. Все эти факторы ведут к новой арбитражной действительности: то, что было новшеством в прошлом году, становится теперь нормой.

* Chartered Arbitrator, адвокат, признанный в Варшаве и Париже, бывший член Международного арбитражного суда ICC, бывший председатель Третейского суда при Польской торговой палате, бывший член Консультативного совета VIAC, автором можно связаться по электронной почте: arb@piotrnowaczyk.com

Не все, однако, научились этим новшествам, труднее всего это даётся пожилым. Мы теряем опыт многих арбитров, которые не могут справиться с новой действительностью. Тема этой статьи отличается от моды хвалить изменения, к которым привёл COVID-19. Насколько COVID-19 привёл к дегуманизации альтернативных методов урегулирования споров. Онлайн разбирательствам не отдавали предпочтения ни арбитры, ни уполномоченные представители. Они не предусматривались некоторыми арбитражными институтами. Проблематичным является завершение дел, которые начались до коронавирусной действительности.

Можно, конечно, восхищаться сокращением дистанции/расстояния, экономией денег и времени, тем, что нам не нужно летать далеко, пребывать несколько дней в гостинице, чтобы завершить многодневное разбирательство. В последние годы у меня было достаточно много арбитражных дел, в том числе международных. Я даже участвовал в осмотре на месте, который был проведён при помощи беспилотника.

Возникает вопрос об этой новой нормальности, останется ли она навсегда такой, станет ли она нормой для будущих поколений? Всегда ли мы будем всё делать в онлайн-режиме? И здесь возникают размышления плана философского, исторического, футурологического. Почему происходит так, что мы всегда представляем будущее как усиленную действительность? В конце XIX века были видения XX века, как века дирижаблей, земного шара, охваченного телеграфными проводами или железнодорожными путями, по которым мчались паровозы. К середине XX века мы представляли будущее, как космические полёты, серийное производство космических кораблей, отпуск на Луне и тому подобное. Но как-то из этого ничего не получилось.

Так что же, есть ли у нас основания считать, что решение споров в режиме онлайн останется навсегда, насколько оно будет лучше традиционных методов? Честно говоря,

я не уверен в этом. Чтобы подогреть немножко атмосферу дискуссии, я хотел бы задать несколько провокационных вопросов. Мои сомнения порождены, среди прочего, техническими вопросами, а конкретно техническими провалами и оплошностями. В Интернете много видеоматериалов, доводящих трансляцию до смешного: кто-то заснул, к кому-то ворвались дети в комнату. У юристов тоже в последнее время были смешные ситуации. Один юрист в Техасе не заметил, что дети поставили фильтр в качестве маски кота и когда он включился в ту трансляцию, на экранах у судьи и других участников появлялся кот, а не человек. Конечно, юмористический диалог судьи с этим котом имел рекордное число просмотров на YouTube.

В Австрии был случай с арбитром, который во время разбирательства закатывал глаза. После принятого решения недовольная сторона внесла жалобу, чтобы отменить это решение, потому что арбитр, по их мнению, явным или неконтролируемым способом проявлял нежелание к той стороне. Австрийский суд, конечно, отклонил жалобу. Я также вспомнил другую историю, так называемого спящего арбитра в Германии. Он вроде бы заснул во время разбирательства, а недовольная этим решением сторона требовала отмены решения, но суд, который рассматривал дело, сказал, что ввиду того, что арбитр спал, а сторонам это не мешало, то теперь слишком поздно, чтобы менять это решение.

Онлайн-трансляция даёт больше возможностей таких недоразумений, неконтролируемых жестов, неконтролируемой мимики или разного типа не предусмотренного поведения. По-моему, очень важными являются достоверность и убедительность послания и изображения. Важным является также фон, на котором выступает арбитр, свидетель или докладчик. Недавно у меня был разговор с экспертом, который появился на фоне водопада в каких-то джунглях. Я его спросил, он в отпуске? Он сказал, что у него такие обои

в комнате. Ну что ж, обои, конечно, можно иметь разные, но придают ли они какую-либо солидность или же нет?

В последнее время польское телевидение заинтересовалась случаем некой госпожи прокурор, у которой был конфликт с нашим министром юстиции. Её отстранили от обязанностей, она была дома, а сочувствующий редактор телевидения решил связаться с ней и спросить, как у неё дела. И госпожа прокурор появилась на экране на фоне обоев, которые представляли интерьер американской юридической библиотеки. Каждый из нас, у кого была практика в США, знает более или менее, какие там книги, в какой очередности. Каждая из них стоит по крайней мере 100, 200 или даже 300 долларов. Нет этих книг в Польше ни в какой библиотеке, а госпожа прокурор, по всей вероятности, не видела ни одной из этих книг. Неизвестно, знает ли она вообще английский язык, чтобы читать эти книги. И теперь насколько декорация её частной квартиры помогла усилить убедительность, насколько она усилила послание, которого та хотела достичь?

Существуют другие опасности трансляции онлайн. Технические опасности, которые вытекают из замедленной реакции аппаратуры. Обычно звук опережает изображение. Когда всё записано, есть синхронизация между звуком и движением губ. Но если юрист говорит вживую, то сначала слышно звук, а потом видно изображение. Чем дальше вы находитесь, тем раньше вы услышите звук, и только позже изображение. Так это происходит и иногда приводит к определённым проблемам. Год назад во время конференции я был за границей и наблюдал это на экране. В определённый момент камера наехала на председателя. Я подумал, это хороший момент, чтобы поделиться определёнными размышлениями. Я взял телефон, позвонил ему и в течение 30 секунд передавал ему свои размышления. Всё было нормально.

Я смотрел дальше и более или менее через две минуты я заметил на экране своего компьютера, что господин председатель берёт в руку телефон, говорит с кем-то. По его поведению и продолжительности разговора я понял, что он разговаривал со мной, то, что было, произошло на две минуты раньше, я увидел на две минуты позже. Вроде бы это дело, можно сказать, только смешное, но представьте себе, что между звуком и изображением включится кто-то третий, кто-то перехватит его или будет модифицировать.

Зимние Олимпийские игры в Сочи вроде бы транслировались в прямом эфире. Миллионы зрителей видели и были убеждены, что кто-то именно в этот момент забил гол, кто-то сделал пируэт в фигурном катании; так казалось всем у телевизоров, включая журналистов, которые комментировали эти игры. На самом деле хозяева замедлили ту трансляцию на несколько минут, то есть кто-то сделал пируэт, забил гол, те, кто участвовали непосредственно на трибунах, видели это сразу, а остальные в мире видели это через две-три минуты. Почему? Подумайте! Возможно, никто в мире не заметил бы этого случая, за исключением нас, поляков. Когда поляк получил медаль, на большом экране над катком показалась большая карта Польши, а на этой карте в границах Польши появилась Калининградская область, т.е. часть Российской Федерации. Это вызвало смех у болельщиков на трибунах, но ни в Польше, ни во всём мире никто этого не заметил, также ни один журналист, потому что по ходу это изображение было модифицировано и всем уже показали карту Польши без Калининграда.

Если в международной трансляции, в зависимости от расстояния, можно вводить модификации, то насколько арбитражные процессы являются уязвимыми для такой опасности?

«Большой брат наблюдает!»

Со времён Джорджа Оруэлла мы должны считать, что за нами наблюдает такой «Большой брат». Мы живём среди уличных камер, радаров, беспилотников, летающих над нами. Контролировались и прослушивались разговоры президента Дональда Трампа, вводилась цензура, иногда даже манипулировали его высказываниями. Так что появляются сомнения, насколько международный арбитраж стал безопасным, после того, как он вышел из закрытых залов суда и закрытых комнат совещаний. Является ли он более безопасным?

Уже нет конфиденциальных разговоров во время кофе-брейка или во время совместных ужинов или завтраков. Конечно, никто не отправит шпионского беспилотника и не вломится в такую трансляцию, предметом которой является какой-то неоплаченный инвойс. Но можем ли мы иметь уверенность в таких делах, которые касаются оборонной системы, военной промышленности, споров о назначении государственных границ, как сухопутных, так и водных, споров, касающихся энергетики, которые имеют очень важное значение для стабильности и безопасности народного хозяйства? Не происходит ли так, что подключение камер и микрофонов, которые регистрируют всех участников, даёт возможность прослушивания, записи этого изображения или просто обычного шпионажа? Насколько наши арбитражные институты или мы сами, действующие ad-hoc, можем гарантировать сторонам, что нас не прослушивают спецслужбы, иностранные разведки или агентства, с которыми мы не хотели бы иметь дело?

Арбитраж онлайн даёт ещё другие опасности, о которых мы раньше не знали. Я недавно участвовал в совещании над решением. Мои коллеги практически поссорились. Дело касалось того, что один из них базировался на бумажной версии документов, а другой на электронной версии, которую взял из так называемого облака. Оказалось, что в одной из этих

версий не хватает одной строки, которая была достаточно важной для нас, чтобы достичь соглашения.

Ну что же, я обращаюсь к младшим коллегам. Я хотел бы выразить своё отцовское беспокойство и заботу. Если в течение нескольких ближайших месяцев, а может даже лет, вы получите совершенное умение ведения споров онлайн, то насколько вы справитесь с этим, когда мы вернёмся к традиционным методам, традиционному залу суда, когда, в конце концов, этот проклятый коронавирус перестанет нам угрожать?

От знакомых бизнесменов я всё чаще слышу, что в сделках, которые ведутся в режиме онлайн, очень трудно вести переговоры об условиях. Они жалуются, что не чувствуют через экран эмоции другой стороны. Неизвестно, контрагент блефует или просто боится? Нельзя это прочувствовать ни в трансляции звука, ни изображения. Об этом говорят также английские адвокаты. По их мнению, самой важной во время перекрёстного допроса является тишина (!). Тишина, которая возникает между заданным вопросом и предоставленным ответом. Из этой тишины многое можно считать: зрительный контакт, рассеянный взгляд, тембр голоса, тень сомнения – это ключевые элементы, на основании которых опытный арбитр, судья или адвокат может убедиться, насколько данный свидетель говорит правду, или же обманывает, или делает вид, что он не помнит. После многих лет работы я могу с убеждением сказать, что любой экран, даже самого хорошего компьютера, не устранит эти сомнения.

И в конце несколько слов для медиаторов. Я уже слышал отличную дозу прекрасных размышлений, как хорошо вести медиацию онлайн. Тем не менее я задам простой вопрос: возможно ли достичь истинного примирения без подачи руки? Я специально пишу о примирении, а не о мировом соглашении. Это разные вещи. Мировое соглашение можно подписать для святого спокойствия, чтобы уже не видеть

своего противника ни в суде, ни в частной жизни, а примириться можно без подписания чего-либо. Бумага здесь не нужна, чтобы кому-то что-то простить.

Примером может послужить польский культовый фильм «Все свои». Поясню иностранным читателям. Это история двух фермеров, которые поссорились. Одного зовут Каргуль, другого Павляк. Их отделяет забор - свидетель всех этих сцен и споров. Но важным является то, что они примиряются. Девизом для этого является высказывание «Каргуль, подойди-ка к забору!» Нашим медиаторам я хотел бы представить такой сценарий - Павлак примирился бы с Каргулем, если бы позвал его, говоря: «Каргуль, подойди-ка к скайпу»?

Желаю всем, чтобы эта проклятая пандемия наконец закончилась и арбитраж вернулся к традиционным формам разрешения споров лично, лицом к лицу, рука об руку.

ТЕХНИКИ ПРОАКТИВНОГО КЕЙС-МЕНЕДЖМЕНТА И СОДЕЙСТВИЕ ДОСТИЖЕНИЮ МИРОВОГО СОГЛАШЕНИЯ В СОВРЕМЕННОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Джеймс Менц[*1],
Дарья Шилова[2**]

Введение

В рамках усилий, направленных на увеличение процедурной эффективности, а также сокращение сроков рассмотрения споров в международных арбитражных разбирательствах, различными организациями были разработаны опросы и другие инициативы, целью которых является оценка и изучение результатов, которых стороны могут достичь, прибегнув к неформальным процедурам АРС на определённом этапе разбирательства или параллельно с ним, а также методов, позволяющих арбитрам увеличить процедурную эффективность[1].[3] Не так давно различные

* Партнёр и сооснователь юридического бутика Rothorn Legal, специализирующегося на разрешении международных споров с офисами во Франкфурте (Германия) и Цюрихе (Швейцария); с автором можно связаться по электронной почте: james.menz@rothorn.legal.

** Стажёр Rothorn Legal в Цюрихе, Швейцария; с автором можно связаться по электронной почте: daria.shylova@rothorn.legal.

1 *Вирджи Х. Р.*, Активизация арбитража: четыре принципа DELOS для получения справедливого и эффективного международного арбитража ("Принципы DELOS"), доступно по ссылке: http://delosdr.org/wp-content/uploads/2018/01/Hafez-R-Virjee-Activating-Arbitration-Delos-2017.pdf; Международный Институт Медиации (МИМ), Global Pound Conference Series 2016-17, Рабочая груп-

арбитражные институции[1] обновили свои процедурные регламенты, добавив положения, направленные на имплементацию методик, позволяющих арбитрам принимать более активное участие в ходе разбирательства, а также наделяющие их полномочиями способствовать заключению мирового соглашения между сторонами. Ярким примером является Арбитражный регламент Немецкого института арбитража (ДИС), который был пересмотрен в 2018 году[2]. Статья 26 Регламента ДИС предусматривает, что при отсутствии возражений от одной или обеих сторон, арбитражный суд уполномочен содействовать мировому урегулированию отдельных вопросов или предмета спора в целом на каждом этапе разбирательства. Цель статьи 27 Регламента ДИС – обеспечить проведение разбирательства с минимальными затратами времени и средств. Ею предусматривается, что «*возможность использования медиации или любого другого метода мирового урегулирования спора*[3]*»* должна быть оговорена в ходе предварительного заседания с целью повышения процедурной эффективности. Таким образом, статьи 26 и 27 отражают потребность компаний в более инициативных арбитрах и адаптации разбирательства к конкретному спору.

па № 4 «Техники для арбитров и их (прямое или косвенное) влияние на урегулирование спора», доступно по ссылке: https://imimediation.org/wp-content/uploads/2021/11/WG-4-Arbitrators-and-settlement-16-Nov-2021.pdf; Arbitrator Intelligence, the Arbitrator Perspective Survey, доступно по ссылке: https://arbitratorintell.iad1.qualtrics.com/jfe/form/SV_6lOA2o7fssBqw0m. Неполный перечень процессуальных инструментов, разработанных в последние годы, включает «Каплан опенинг» (Принципы ДЕЛОС (DELOS), стр. 11), «Рид ретрит» (*там же,* стр. 12), промежуточную конференцию (Техники для арбитров и их (прямое или косвенное) влияние на урегулирование спора, стр. 31), раннее рассмотрение (*там же,* стр. 26), бифуркацию, а также методы, описанные в настоящей статье.

1 Регламент МАС (ICC) 2021 г., Приложение IV «Методики кейс-менеджмента», раздел h; Швейцарский арбитражный регламент 2021 г., ст. 19 (1); см. также Пражский регламент 2018 г., ст. 9 «Помощь в мировом соглашении».

2 Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 2018 г., доступен по ссылке: https://www.disarb.org/fileadmin//user_upload/Werkzeuge_und_Tools/2018_DIS-Arbitration-Rules_052022.pdf

3 Там же, ст. 27 (4) (iii).

Настоящая статья посвящена проактивному кейс-менеджменту и техникам содействия мировому урегулированию споров в контексте Арбитражного регламента ДИС 2018 года, а также ключевым вопросам, связанным с данными техниками: процессуальному равенству и соблюдению принципа справедливости, обязанности арбитражных судов утверждать мировые соглашения, а также их исполнению.

Контекст

Международный арбитраж возник и на протяжении долгого времени развивался как менее формальный, более гибкий и удобный метод разрешения споров, ставший альтернативой затяжному судебному разбирательству в национальных судах. Арбитраж принято считать более эффективным в плане временных и финансовых затрат и, следовательно, более подходящим для разрешения трансграничных споров. Тем не менее вот уже несколько лет подряд респонденты крупных опросов называют стоимость и отсутствие оперативности в числе трёх наихудших характеристик международного арбитража[1]. Кроме того, в 2018 году 49% респондентов указали, что арбитраж в сочетании с другими процедурами АРС является, по их мнению, наиболее предпочтительным методом разрешения споров[2]. Опрос также показал, что «процессуальная паранойя» не позволяет арбитражу стать более эффективным[3]. В другом опросе, проведённом в 2021 году, пользователи заявили о готовности отказаться от устных слушаний по юрисдикционным вопросам и затребования документов, а также предложили ограничить длину искового заявления, меморандумов и

1 Обзор международного арбитража 2018 г.: Эволюция международного арбитража, Университет королевы Марии/White & Case, доступно по ссылке: https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF.

2 Там же.

3 Там же.

прочих ходатайств при условии, что это позволит ускорить ход разбирательства и повысить его эффективность[1].

Некоторые из предложенных процедурных инструментов не предполагают прямого участия арбитражного суда. Например, при использовании так называемого окна медиации переговоры сторон остаются строго конфиденциальными и не доводятся до ведома арбитров. Это позволяет продолжать арбитражное разбирательство параллельно с медиацией и избежать задержек, особенно в том случае, если мировое соглашение не будет достигнуто. Кроме того, подобная процедура практически не оставляет возможности для заявления подозрений в предвзятости или нарушении процессуальных норм судом, поскольку арбитры не принимают участия в процедуре медиации.

Следует отметить, что цель некоторых техник кейс-менеджмента, таких как раннее рассмотрение, бифуркация или «Каплан опенинг», заключается не в достижении мирового соглашения (хотя это может оказаться побочным эффектом)[2], а в обеспечении эффективности проводимого разбирательства. В частности, эти инструменты позволяют как арбитрам, так и представителям сторон определить ключевые вопросы, относящиеся к заявленным требованиям, построить стратегию и структурировать аргументы таким образом, который позволит избежать временных и финансовых затрат на подготовку свидетелей или экспертных заключений по вопросам, которые имеют лишь незначительный вес[3].

1 Обзор международного арбитража 2021 г.: Адаптация арбитража к меняющемуся миру, Университет королевы Марии/White & Case, доступно по ссылке https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf.

2 Международный институт медиации (МИМ) Global Pound Conference Series 2016-17, Рабочая группа № 4 «Техники арбитража и их (прямое или потенциальное) влияние на урегулирование», стр. 32.

3 Как свидетельствует следующее наблюдение, не всё, к чему прибегают стороны в ходе изложения своей позиции, может быть полезным суду: «*Иногда меня шокирует тот факт, что когда я пишу решение, хотя нами и было заслушано 25 свидетелей, я ссылаюсь только на двоих, и думаю: «Зачем мы потратили время, а стороны – ресурсы на их подготовку...*» *К. Партасидес,*

Заключение мирового соглашения в ходе арбитражного разбирательства может быть выгодным по ряду причин: сокращение количества затраченных ресурсов, сохранение деловых отношений и коммерческой репутации, снижение риска проиграть спор и большая свобода действий в том случае, если арбитражное соглашение не содержит двухуровневой оговорки.

Несмотря на эти преимущества, практика урегулирования споров с помощью арбитров не применяется повсеместно, так как в этом вопросе существенную роль играет юридическая подготовка и правовая культура. Характерно, что в судах Германии и Швейцарии принято, чтобы судья играл более активную роль, соответственно, у арбитров из этих стран подобная практика не вызывает вопросов и затруднений. Напротив, не в меру инициативный арбитр воспринимается несколько скептически судами и арбитрами из стран общего права[1], и на протяжении долгого времени такой подход не воспринимался позитивно[2]. Однако сейчас дебаты по большей части перешли в плоскость имплементации проактивного подхода к кейс-менеджменту. В то время

С. Весел, Промежуточная конференция или арбитраж в двух актах, 81 Арбитраж: Международный журнал по арбитражу, посредничеству и управлению спорами, 2 (2015), стр. 167.

1 Об этом свидетельствует исследование 2013 г., проведённое Коллегией коммерческих арбитров (ССА) и Институтом разрешения споров Страуса. Из 134 респондентов, все из которых – ведущие арбитры США и члены ССА, более половины (53,91%) указали, что они никогда не занимаются неформальным урегулированием рассматриваемых ими дел. *Т. Стипанович и З. П. Ульрих*, Коммерческий арбитраж и урегулирование: Эмпирические данные о роли, которую играют арбитры, 6 Penn State Yearbook on Arbitration and Mediation 1 (2014), p. 19.

2 По словам проф. С. Крёлля, «каждый раз, когда я выступал на конференциях, лекциях или в делах за более активную роль арбитра в достижении мирового соглашения, реакции, которые я получал от коллег из стран с общей системой права, были в лучшем случае сдержанными. По их мнению, это был [...] не арбитраж, а другая форма разрешения споров». *Стефан М. Крёлль,* Глава 22: Содействие урегулированию споров в арбитраже: Роль арбитра, в П. Л. Шонесси и Ш. Танг (ред.), Полномочия и обязанности арбитра: Liber Amicorum Pierre A. Karrer, Kluwer Law International (2017) стр. 211.

как одни отдают предпочтение процедурному инструменту, предложенному Н. Капланом[1], который является своего рода трейлером к последующим слушаниям, проводимым на ранней стадии разбирательства, другие предложили модификации в виде «промежуточной конференции» - обсуждения под руководством суда предмета спора и дальнейшего хода разбирательства после первого раунда письменных представлений[2]. Хотя некоторые по-прежнему убеждены, что такие обсуждения могут поставить под угрозу надлежащее судопроизводство, большинство согласны с тем, что арбитры не должны бездействовать вплоть до вынесения ими окончательного решения.

Статьи 26 и 27 Арбитражного регламента ДИС

Статьи 26 и 27 Регламента ДИС предоставляют арбитражному суду широкую дискрецию и средства для содействия мировому соглашению в ходе арбитражного разбирательства.

В отношении статьи 26 Регламента следует отметить, что соответствующая статья 32 в предыдущей редакции 1998 года первоначально предусматривала, что арбитражному суду *«стоит стремиться содействовать достижению мирового соглашения»,* в настоящее же время статья 26 гласит, что суд «*должен*» это делать[3]. В то время как статья 26 обновлённого Регламента не предусматривает прямой обязанности арбитров заниматься содействием в урегулировании споров, её формулировка может быть воспринята как рекомендация предпринимать соответствующие попытки.

---

1 *Каплан Н.* Если оно не сломано, не стоит его заменять, 80 Международный журнал арбитража, медиации и управления спорами 2 (2014), стр. 172-175.

2 *Партасидес К., Весел С.*, Промежуточная конференция или арбитраж в двух актах. 81 Арбитраж: Международный журнал по арбитражу, посредничеству и управлению спорами, 2 (2015), стр. 167 - 168.

3 Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 1998 г.*; Г. Флэке-Гиммарко, Ц. Буг, С. Х. Елсинг, Р. Хекель, А. Майер*, Арбитражный Регламент НАИ, Комментарий, Kluwer Law International (2020), с. 414, п. 6.

В то же время статья 26 подчеркивает важность согласия сторон, что означает, что арбитражному суду будет разрешено содействовать мировому урегулированию только при условии, что согласие (зачастую в письменной форме) будет получено от всех сторон. Это соответствует фундаментальному принципу автономии сторон, который является основополагающим для международного арбитража.

Что касается статьи 27, её большая часть является новеллой и не содержится в редакции 1998 года[1] Она соответствует бывшей статье 31, которой было предусмотрено проведение разбирательства без неоправданных задержек и вынесение арбитражного решения в разумные сроки. При пересмотре сфера применения статьи 31 была значительно расширена за счёт включения перечня вопросов, подлежащих обязательному обсуждению во время подготовительного заседания для того, чтобы предоставить суду дополнительную дискрецию и инструменты, необходимые для обеспечения процедурной эффективности на ранних этапах разбирательства. Кроме того, статья 27 теперь предусматривает, что с целью обеспечения эффективности необходимо принимать во внимание «сложность и экономическую важность спора».

Содействие урегулированию (статья 26 Регламента ДИС) и проактивный кейс-менеджмент (статья 27 Регламента ДИС) на практике

Как уже было упомянуто выше, согласие сторон имеет первостепенное значение для целей статьи 26 Регламента ДИС. Поэтому на протяжении всего разбирательства суд остаётся в своей первоначальной роли так называемого частного судьи и может взять на себя дополнительные функции посредника в мировых переговорах только в том случае, если стороны дадут соответствующее согласие.

1 Там же, стр. 427, п. 4.

Кроме того, предоставление согласия является необходимым условием содействия урегулированию, поскольку его стоит воспринимать как отказ от права заявить отвод арбитру на основании предварительных заключений и мнений, высказанных им в ходе процедуры урегулирования[1]. Согласие и отказ от права на ходатайство об отводе необходимо фиксировать в письменном виде[2]. Тем не менее арбитражный суд должен проявлять максимальную осторожность, чтобы не осуществлять чрезмерного давления. Арбитры также не могут принудить стороны к заключению мирового соглашения[3].

В статье 5 (1) Правил КЕДР[4] приводятся некоторые примеры того, какие шаги могут быть предприняты судом в ходе содействия урегулированию:

> *«1. Если иное не согласовано Сторонами в письменной форме, Арбитражный суд может [...] предпринять один или несколько следующих шагов для содействия урегулированию части или всего спора Сторон:*
>
> *1.1. предоставить всем Сторонам предварительные мнения Арбитражного суда по спорным вопросам, а также того, какие доказательства, по мнению Арбитражного суда, должны быть представлены каждой стороной в поддержку её позиции;*

1 Прямо оговорено в ст. 19 (5) Швейцарского арбитражного регламента 2012 г.; ст. 2 (4) (e) Пражского регламента предусматривает, что арбитражный суд может изложить свои предварительные мнения, в частности в отношении исковых требований, но такие мнения не могут служить основанием для дисквалификации.

2 Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 1998 г.; *Г. Флэке-Гиммарко, Ц. Буг, С. Х. Елсинг, Р. Хекель, А. Майер*, Арбитражный Регламент НАИ, Комментарий, Kluwer Law International (2020), с. 417, 11.

3 Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 1998 г.; *Г. Флэке-Гиммарко, Ц. Буг, С. Х. Елсинг, Р. Хекель, А. Майер*, Арбитражный Регламент НАИ, Комментарий, Kluwer Law International (2020), с. 419, 15.

4 Центр эффективного разрешения споров (CEDR), Правила содействия урегулированию споров в международном арбитраже, 2009, ст. 5 (1).

1.2. предоставить всем сторонам предварительные, не имеющие юридической силы заключения касательно права или фактов, относящихся к ключевым вопросам в арбитражном разбирательстве;

1.3. по письменному запросу Сторон предлагать разработанные им пункты мирового соглашения в качестве основы для дальнейших переговоров;

1.4. по письменному запросу Сторон председательствовать на одном или нескольких совещаниях по урегулированию, на которых присутствуют представители Сторон и на которых могут быть согласованы предварительные пункты мирового соглашения».

Вышесказанное подтверждает общепринятую парадигму о договорном характере международного арбитража. Арбитражное соглашение, заключённое сторонами, определяет объём полномочий арбитра. Арбитражный суд, в свою очередь, не может выйти за эти рамки, если только обе стороны не дадут на это прямого согласия.

Как уже говорилось выше, для целей содействия урегулированию суд чаще всего использует один или несколько следующих процедурных инструментов: предварительную оценку оспариваемых фактов и доказательств, представленных в поддержку соответствующих требований, вынесение заключений, не имеющих юридической силы, по вопросам, касающимся юридического толкования и ключевых фактов, предложение пунктов мирового соглашения для обсуждения в ходе дальнейших переговоров либо непосредственно со сторонами, либо в присутствии их представителей[1].

Независимо от выбранного метода, следует акцентировать внимание на предварительном характере высказываемых судом мнений, чтобы не подорвать доверие сторон и сохра-

1 *Стефан М. Крёлль,* Глава 22: Содействие урегулированию споров в арбитра-

нить целостность состава суда в случае невозможности заключить мировое соглашение[1].

Статья 27 Регламента ДИС направлена на то, чтобы арбитражная процедура максимально соответствовала целям и нуждам сторон в конкретном споре. Другими словами, цель статьи - добиться максимального уровня процедурной эффективности, обязывая арбитров учитывать уникальные обстоятельства и потребности сторон в каждом конкретном случае, а не применять стандартизированные и менее гибкие правила. Этот подход нашёл отражение в большинстве пересмотренных институциональных правил: статье 19 Швейцарского регламента (2021), статье 14 Регламента ЛМАС (LCIA) (2020), а также в инструментах так называемого *мягкого права*, таких как статья 2 Пражского регламента (2018).

Статья 27 (4) Регламента ДИС предусматривает, что в ходе подготовительного заседания стороны и суд должны обсудить меры, изложенные в Приложениях 3 и 4 Регламента, касающиеся процедурной эффективности (ограничение длины и количества письменных представлений, бифуркация, вынесение частичных решений и процессуальных постановлений, ограничение объёма представления документов и устных слушаний, представление предварительных заключений и использование информационных технологий), а также ускоренного разбирательства. Если стороны не согласны с применением какой-либо из перечисленных мер процедурной эффективности, арбитражный суд должен решить, насколько целесообразным будет её применение. Эти меры схожи с методами a)-h), предусмотренными

же: Роль арбитра, в П. Л. Шонесси и Ш. Танг (ред.), Полномочия и обязанности арбитра: Liber Amicorum Pierre A. Karrer, Kluwer Law International (2017) стр. 221-23.

1 Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 1998 г.; *Флэке-Гиммарко Г., Буг Ц., Елсинг С. Х., Хекель Р., Майер А.*, Арбитражный Регламент НАИ, Комментарий, Kluwer Law International (2020), с. 419, 14.

Приложением о проактивном кейс-менеджменте обновлённого Регламента МАС (ICC).

Использование методов, перечисленных выше, позволяет арбитражным судам оптимизировать процесс, выявить ключевые вопросы и наиболее важные аспекты, касающиеся релевантных фактов и права на раннем этапе разбирательства, а также кристаллизовать требования сторон, тем самым предотвратив излишние траты и задержки.

Помимо перечня вопросов, которые необходимо обсудить во время подготовительного заседания, статья 27 определяет процессуальную стадию, на которой попытка урегулирования с наибольшей вероятностью завершиться успехом. Хотя суду предоставляется широкая дискреция в определении момента, когда надлежит рассмотреть данный вопрос, чем раньше будут предприняты попытки по достижению мирового соглашения, тем выше вероятность успеха[1].

Хоть это прямо не предусмотрено статьёй 27 (4) (iii), специально уполномоченное лицо может присутствовать на подготовительном слушании с разрешения арбитражного суда в соответствии со статьёй 27 (3) с целью помочь сторонам в выборе процедуры АРС, наиболее подходящей для мирового урегулирования их спора[2]. «Dispute manager» - ещё одна новелла в правилах ДИС[3]. Её задача – помочь сторонам в поиске наиболее подходящего механизма для разрешения спора с тем, чтобы максимально учесть их интересы. Разрешение спора не входит в компетенцию менеджера. Тем не менее, он может помочь сторонам понять друг друга и открыто вести диалог.

1 Там же, стр. 421, п. 19.

2 Там же, стр. 445, п. 80.

3 См. ст. 2 (2)

Разница между arb-med-arb и содействием в урегулировании споров

Арбитраж отличается от медиации с точки зрения процедуры, формальности и результатов. Медиатор не имеет полномочий выносить обязательное и подлежащее к исполнению решение, но берёт на себя роль посредника в переговорах и предлагает различные пути решения спора, чтобы побудить стороны прийти к взаимовыгодному соглашению. Арбитр, напротив, обладает судебными полномочиями и поэтому может вынести обязательное и окончательное решение, подлежащее принудительному исполнению в национальных судах.

Согласно Протоколу СИАК (SIAC), стороны могут инициировать арбитражное разбирательство под эгидой СИАК с возможностью попытаться урегулировать спор в соответствии с правилами Сингапурского центра медиации (SIMC) и впоследствии возобновить арбитражное разбирательство в СИАК в случае неудачи. Арбитры и медиаторы назначаются отдельно и, как правило, являются разными лицами[1]. Это отличает процедуру, разработанную СИАК, от традиционных процедур arb-med-arb, в которых одно и то же лицо на разных этапах разбирательства исполняет роль и медиатора, и арбитра, что может повлечь за собой сомнения в его беспристрастности.

Однако, подход к содействию в урегулировании, применяемый швейцарскими и немецкими судами и содержащийся в Правилах ДИС, принципиально отличается как от традиционного понятия arb-med-arb, так и от процедуры в Протоколе СИАК.

Во-первых, не назначается лицо, ответственное за проведение медиации. Во-вторых, в отличие от медиаторов или арбитров, временно исполняющих обязанности медиато-

1 Протокол Сингапурского международного арбитражного центра - Сингапурского международного центра медиации Arb-Med-Arb, 2014, пп. 4-5.

ров, арбитры, выносящие решения в соответствии с Регламентом ДИС, не обязуются окончательно разрешить спор посредством медиации. Хотя достижение мирового соглашения является желательным, это не является основной целью арбитражного разбирательства. Суд предпримет попытку побудить стороны к урегулированию спора, но лишь в том случае, если они уполномочат арбитров предпринимать соответствующие действия, например, путём предоставления предварительных заключений. В качестве альтернативы суд также может предоставить сторонам возможность попытаться урегулировать спор самостоятельно в рамках «арбитражного окна» и не будет принимать участия в переговорах. Наконец, арбитры зачастую не предлагают условий, на которых должно произойти заключение мирового соглашения. Вместо этого суд утверждает мировое соглашение, заключённое сторонами.

Беспристрастность арбитра

Если арбитражный суд находит целесообразной попытку урегулирования, он должен гарантировать, что любое вынесенное решение, будь то утверждение мирового соглашения или обычное решение, могло быть впоследствии исполнено[1]. Как уже было сказано выше, предварительные мнения, высказанные арбитрами при наличии согласия сторон, не могут являться достаточным основанием для заявления о предвзятости арбитра. Во избежание сомнений, на практике сторонам придётся отказаться от права подавать процессуальные жалобы на основании мнений, высказанных судом в процессе процедуры урегулирования, в том числе при предоставлении предварительных заключений касательно предмета спора и позиций сторон. Однако такой отказ не является универсальной защитой от ходатайств об отводе.

1 Там же, стр. 445, п. 81.

Если арбитр не соблюдает соглашение сторон в ходе содействия урегулированию, ведёт себя таким образом, который даёт основания усомниться в его беспристрастности, оказывает давление на стороны или проводит консультации ex parte без предварительного разрешения, ему может быть заявлен отвод на основании подозрения в предвзятости. В соответствии с положениями статьи V (1) (d) Нью-Йоркской конвенции в исполнении вынесенного решения может быть отказано[1].

Если арбитр не соблюдает общие требования в соответствии с принципом процедурной справедливости, отвод может быть заявлен на основании причин, не связанных с урегулированием спора, что может привести к сопоставимым результатам.

Утверждение судом мировых соглашений

Статья 41 (1) Регламента ДИС предусматривает, что по просьбе сторон арбитражный суд может зафиксировать мировое соглашение в форме арбитражного решения, если не сочтёт, что существуют весомые причины для отказа. Если сторонам удалось прийти к мировому соглашению в ходе арбитражного разбирательства, они могут подать совместное ходатайство об оформлении мирового соглашения в виде арбитражного решения. Стоит отметить, что такое решение будет отражать непосредственно соглашение сторон, а не мнение суда. Тем не менее оно обладает эффектом res judicata и может быть приведено в исполнение или оспорено в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, как и любое другое арбитражное решение[2].

Если предмет мирового соглашения выходит за рамки споров, которые стороны первоначально согласились передать

1 Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, ст. V (1) (d); Регламент Немецкого арбитражного института (ДИС), редакция 1998 г.; *Флэке-Гиммарко Г., Буг Ц., Елсинг С. Х., Хекель Р., Майер А.*, Арбитражный Регламент НАИ, Комментарий, Kluwer Law International (2020), с. 421, 20.

2 Там же, стр. 613, абзац. 1.

на рассмотрение в соответствии с арбитражной оговоркой, считается, что арбитражный суд приобретает компетенцию в отношении этих споров в силу согласия сторон[1].

Арбитражный суд обязан удовлетворить просьбу сторон зафиксировать мировое соглашение в форме решения, но также имеет право отказать, если сочтёт его условия несовместимыми с публичным порядком в том случае, когда соглашение было достигнуто путём нарушения принципа добросовестности, например, но не ограничиваясь, посредством взятки, нарушения антимонопольного законодательства, участия в коррупционных схемах и отмывания денег, обманным путём или по принуждению[2].

Как упоминалось выше, решения по согласию сторон обыкновенно имеют силу res judicata. Для целей оспаривания и приведения в исполнение на них распространяется правовой режим Нью-Йоркской конвенции, но не в тех случаях, когда соглашение было достигнуто до обращения в арбитраж, и задача суда, таким образом, состоит лишь в том, чтобы зафиксировать соглашение в процессуальном порядке.

Заключение

Приведённые выше техники и инструменты позволяют адаптировать разбирательство к потребностям сторон, повысить эффективность и сократить траты. Вместе с тем, их использование требует дополнительных усилий как со стороны арбитров, так и представителей сторон, поскольку подразумевает под собой применение индивидуально разработанных процессуальных подходов, а также необходимости как можно раньше приступить к рассмотрению спора по сути. Тем не менее, если эти усилия приводят к более раннему разрешению спора или более упорядоченному судопроизводству, их использование является не только целесообразным, но и оправданным.

1 Там же, стр. 615, п. 15.

2 Там же, стр. 616, п. 18.

О ПОДГОТОВИТЕЛЬНЫХ РАБОТАХ К РАССМОТРЕНИЮ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

Татьяна Ким[1*],
Сергей Сабко[2**]

Проблема качества рассмотрения налоговых споров в суде стоит в Кыргызской Республике очень остро и является одной из ключевых проблем среднего и крупного налогоплательщика, возможности которого на принятие справедливого решения налогового спора в соответствии с законом ограничены рядом как объективных, так и субъективных обстоятельств.

Неоднократные попытки изменить ситуацию предпринимались в течение периода, начиная с 2010 года, когда в результате включения данного вопроса в повестку дня Совета по развитию бизнеса и инвестициям под председательством премьер-министра КР было вынесено решение о необходимости создания межведомственной рабочей группы с участием представителей Верховного суда КР и других заинтересованных сторон. Важно подчеркнуть, что на этом этапе и в течение ряда последующих лет рассматривались предложения о создании специализированного налогового

* Сертифицированный налоговый консультант, к.э.н., арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: kimtm@pnk.kg.

** Сертифицированный налоговый консультант, юрист, арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: sabkocons@elcat.kg.

суда на основе разработки и включения в АПК КР отдельной главы, предусматривающей особые процедуры рассмотрения налоговых споров, основанные на мировой практике организации их деятельности. Главными процедурными отличиями, действующими практически во всех развитых налоговых юрисдикциях, в работе налоговых судов служат следующие особенности[1]:

1) рассмотрение споров не менее чем тремя судьями, из которых председательствующий является процессуалистом-цивилистом, а двойка или четвёрка остальных судей являются специалистами высокого уровня в сфере налогообложения, как правило, во многих странах - имеющими сертификаты налоговых консультантов высшей категории;
2) сокращение времени рассмотрения налоговых споров на основе применения классификации рассматриваемых споров и установления для наиболее простых из них вынесения окончательного решения в суде первой инстанции, а также сокращения судебных инстанций до двух;
3) установление принципа всестороннего рассмотрения спора в суде первой инстанции с целью исключения практики возврата дела на первую инстанцию вышестоящим судом.

---

1 См: *Ральф Буссе,* к.э.н., налоговый консультант, член Научно-экспертного совета Палаты налоговых консультантов России, г. Галле (Германия). Досудебное обжалование решений налоговых органов в Германии, 24 сентября 2020 г., сайт Палаты налоговых консультантов РФ www.palata-nk.ru; *Белоусов А.* Налоговые споры: теория и практика. № 6. – М.: Изд. Дом «Арбитражная практика», 2007.; Правовой статус, структура и судопроизводство в Налоговом суде США // Право и экономика. 2007. № 2; *Предтеченский А.* Налоговый суд США и его место в судебной системе государства // Хозяйство и право. 2000. № 3; *Бошанова Н. К.,* начальник управления департамента налоговых апелляций Министерства государственных доходов Республики Казахстан. Некоторые важнейшие аспекты внесудебного рассмотрения жалоб налогоплательщиков в других странах. http://online.zakon.kz; Материалы сайта http://www.justice.gov.uk/tribunals/tax

В качестве одного из вариантов и во избежание излишних затрат также предлагалось не организовывать работу отдельного налогового суда как новой структуры, а предусмотреть создание специализированной коллегии по налоговым спорам в суде по экономическим вопросам и подготовить необходимое количество судей для участия в судах по налоговым вопросам на основе создания постоянно действующей системы подготовки, переподготовки и повышения квалификации судей указанного специализированного суда.

Вопрос организации в республике специализированного налогового суда был однозначно поддержан налоговой и таможенной службами, а также Социальным фондом КР. Более того, пункт о развитии в рамках существующей судебной системы нового института - административного (налогового) суда по рассмотрению правоотношений, складывающихся в процессе администрирования налогов, таможенных и неналоговых платежей и страховых взносов, был включён в Концепцию фискальной политики Кыргызской Республики на 2015-2020 годы, утверждённую постановлением Правительства КР от 7 июля 2015 года № 455.

Однако представители судебной системы в лице руководства Верховного суда достаточно жёстко выступали против данной и последующих аналогичных инициатив, вследствие чего, к сожалению, она не продвинулась за прошедшие годы ни на шаг.

Инициатива по предоставлению возможности рассмотрения налоговых споров по существу в третейском суде появилась как альтернатива для практического решения проблемы, учитывающая позицию судейского корпуса в отношении специализированного налогового суда.

Данная альтернатива также имеет свою историю, которая включает как неоднократные инициативы профессионального налогового сообщества, Правительства КР, Жогорку

Кенеша КР, так и категорические возражения со стороны Верховного суда и налоговой службы.

В отношении последней следует заметить, что примерно в то же время, когда впервые рассматривалась возможность создания в республике специализированного третейского суда, начался процесс переформатирования подхода судей к вынесению судебных решений по налоговым спорам – всё больше решений стало априори приниматься «в пользу бюджета», невзирая на требования налогового законодательства, МСФО, установленные законом ограничения в отношении административных процедур. А в последние годы доля решений государственного суда, принятых в пользу бюджета, стала уже приближаться к абсолютному максимуму, что делает вполне понятным изменение позиции налоговой службы к реформированию системы рассмотрения налоговых споров[1].

Представляет интерес и изменение позиции Верховного суда, представители которого в процессе неоднократного обсуждения решения проблемы по альтернативной инициативе не раз, уже в свою очередь, предлагали вариант организации в стране специализированного налогового суда. Однако, по мнению инициаторов, данный вариант, приемлемый для периода более 10 лет назад, в настоящее время не является эффективным ввиду остроты назревшей проблемы и необходимости её решения в кратчайшие сроки, учитывая тот факт, что создание специализированного налогового суда потребует значительного, длительностью в несколько лет периода для создания адекватной нормативной правовой базы и организации системы переподготовки действующих судей.

---

1 Отчёт по результатам анализа и обзора практики взаимодействия государственной налоговой службы по Первомайскому району города Бишкек с судебными органами, признания и исполнения судебных актов. Программа USAID и IDLO «Повышение общественного доверия к судебной системе КР», Бишкек, 2018 г.

В основу возражений Верховного суда и Налоговой службы против рассмотрения налоговых споров в третейском суде было положено содержание абзаца 2 части 3 статьи 61 Конституции Кыргызской Республики (статьи 58 в предыдущей версии Конституции) в части ограничения возможности учреждения в Кыргызской Республике третейских судов рассмотрением *споров, возникающих из гражданских правоотношений*.

Для достижения поставленной цели по созданию правовой основы для обеспечения возможности рассмотрения налоговых споров в третейском суде было проведено исследование и осуществлена классификация налоговых правоотношений по методу регулирования. В результате такой работы и при активной поддержке ряда депутатов в статью 1 НК КР удалось внести изменения, классифицирующие правоотношения по исчислению и уплате суммы налогов, подлежащих уплате в бюджет, а также по взысканию суммы налоговой задолженности, в качестве правоотношений, возникающих из гражданских правоотношений.

Целесообразно подчеркнуть, что рассмотрение налоговых споров в третейском суде по многим параметрам, приведённым выше, приближены к действующим процедурам специализированных налоговых судов, что также предоставляет основание для эффективного применения регламентов МТС ТПП к рассмотрению налоговых споров.

Кроме того, следует отметить, что в процессе обсуждения указанных изменений со стороны руководства Министерства экономики и коммерции Кыргызской Республики, которое активно не возражало против их внесения, было высказано опасение в части некомпетентного и необъективного рассмотрения налоговых споров в третейском суде. Кроме того, возникали и обсуждались вопросы относительно источника финансирования арбитражного сбора стороной, представляющей интересы государства, а также

риск того, что для рассмотрения налогового спора может быть сформирован разовый состав третейского суда.

С учётом высказанных опасений было предложено отсрочить вступление в силу норм НК КР, АПК КР, Закона о третейских судах, обеспечивающих возможность рассмотрения налоговых споров в третейском суде, до 1 января 2023 года.

Кроме того, как выяснилось после принятия новой редакции НК КР, в части 8 статьи 169 кодекса допущена редакционная ошибка, противоречащая действующему регламенту МТС ТПП:

> *«При обжаловании решения уполномоченного налогового органа в третейском суде арбитры, рассматривающие жалобу, назначаются председателем третейского суда в количестве трёх арбитров».*

Учитывая вышесказанное, задачей, стоящей перед МТС ТПП, как единственного в республике активно действующего третейского суда, а также налоговыми экспертами, заинтересованными в эффективной реализации нового права налогоплательщика по разрешению налоговых споров, является не только разработка в течение текущего года предложений по максимальному снижению рисков для успешной реализации нового механизма, но и обеспечение принятия соответствующих изменений в нормативные правовые акты, в случае выявления необходимости в этом, в срок до конца 2022 года.

На настоящем этапе представляется целесообразным отработка и реализация следующих задач:

1. Привести редакцию части 8 статьи 169 НК КР в соответствие законодательству о третейских судах. На дату написания настоящей статьи такая работа выполнена и соответствующее предложение включено в проект изменений в НК КР.
2. Законодательно ограничить возможность рассмо-

трения налоговых споров исключительно в постоянно действующих третейских судах, имеющих положительную многолетнюю репутацию, оценённую, в первую очередь, по признакам добросовестности, компетентности и наличия установленных процедур и правил.

3. Произвести оценку количества дел по налоговым спорам, которое может поступить для рассмотрения в МТС ТПП в ближайшие годы, на основании чего оценить необходимость подготовки и переподготовки арбитров как из числа действующих, так и из числа лиц, обладающих компетентностью в налоговых вопросах и выразивших желание стать арбитром МТС ТПП. В случае выявления такой необходимости, потребуется осуществить весь комплекс работ по организации соответствующего обучения.
4. Изучить вопрос и принять совместно с представителями государства решение об источнике финансирования арбитражного сбора стороной, представляющей интересы государства.
5. Выявить риски недобросовестного или некомпетентного рассмотрения налогового спора и разработать систему мер по их нивелированию.
6. Провести глубокий анализ действующей законодательной базы, Регламента МТС ТПП, выявить и обсудить совместно с заинтересованными государственными органами способы ликвидации пробелов и исключения противоречий, в случае их выявления.

Что касается Регламентов МТС ТПП, то они, очевидно, нуждаются в изменениях и дополнениях как редакционного характера, так и сущностного.

Если говорить о Регламенте МТС ТПП, утверждённом Решением Наблюдательного совета Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской

Республики от 22 ноября 2019 года, то начать следует с норм статьи 2 «Компетенция Международного Третейского суда при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики». В указанной статье упоминаются стороны спора: юридические и физические лица, характер споров, разрешаемых МТС ТПП: споры, вытекающие из гражданских правоотношений и условия рассмотрения спора МТС ТПП: наличие третейского соглашения.

Видимо, имеет смысл дополнить состав участников спора государственными органами, поскольку именно такой статус имеет государственная налоговая служба, которая будет являться одной из сторон налогового спора.

В пункте 2.2. Регламента устанавливается условие разрешения споров МТС ТПП только при наличии третейского соглашения:

> *«2.2. Задачей МТС ТПП является оказание помощи юридическим и физическим лицам во внесудебном разрешении возникающих между ними споров, вытекающих из гражданских правоотношений при условии, что имеется третейское соглашение (арбитражная оговорка), предоставляющее ему соответствующую компетенцию».*

Налоговые же правоотношения возникают в силу закона, и между налогоплательщиком и налоговой службой отсутствуют какие-либо соглашения, поэтому пункт 2.2. нуждается в доработке в отношении налоговых споров в соответствии с изменениями, внесёнными в Закон о третейских судах, одновременно с принятием новой редакции НК КР

Пункт 2.3. Регламента о составе споров, разрешаемых МТС ТПП, также должен быть дополнен налоговыми спорами:

> *«2.3. В МТС ТПП могут по соглашению сторон передаваться споры, возникающие из договорных и иных гражданских правоотношений, в том числе при осуществлении внешнеторговых и иных видов междуна-*

родных экономических связей, включая инвестиционные споры, подведомственные компетентному суду, в том числе и споры, в которых одной или обеими сторонами выступают граждане, за исключением споров...»

Причём не любые налоговые споры подлежат рассмотрению МТС ТПП, а только те, причиной которых является корректность исчисления налоговых обязательств.

Следует совместно с заинтересованными госорганами решить вопрос о допустимости применения статьи 37 «Разбирательство дела на основе письменных материалов» Регламента и статьи 49 «Мировое соглашение» к налоговым спорам. Учитывая сложность вопроса исчисления налоговых обязательств, скорее всего, статья 37 Регламента МТС ТПП не применима к налоговым спорам. Что касается мирового соглашения, то подобный способ разрешения споров не предусмотрен НК КР.

Также, видимо, будет необходимо решить, все ли ныне действующие регламенты МТС ТПП будут применимы для разрешения налоговых споров. В частности, ускоренный регламент. И если да, то в отношении какой категории дел? И более того, в процессе исследования может возникнуть и вопрос о разработке специального регламента по рассмотрению налоговых споров.

Нами рассмотрен краткий перечень изменений и дополнений, которые необходимо исследовать и внести в нормативные правовые акты МТС ТПП в связи с распространением его юрисдикции на налоговые споры. Работа предстоит большая, при этом её необходимо выполнить в срок не позднее осени текущего года с тем, чтобы подготовить арбитров к надлежащему исполнению своих обязанностей по рассмотрению налоговых споров.

ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ ИНСТИТУТА ТРЕТЕЙСКОГО РАЗРЕШЕНИЯ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Бакыт Карабаев*

В Кыргызстане уже длительное время система разрешения налоговых споров критикуется со стороны налогоплательщиков и иных заинтересованных лиц. Основная претензия налогоплательщиков – несоблюдение беспристрастности со стороны уполномоченного налогового органа и судов при рассмотрении налоговых споров, в результате чего почти 90% количества налоговых споров (по информации Международного делового совета) решаются в пользу налоговых органов. Такая ситуация сформировала в бизнес-сообществе серьёзный запрос на внедрение альтернативной системы разрешения налоговых споров.

Отдельные государственные органы, признавая реальность и масштабность указанной проблемы, в последнее время предлагали и продвигали различные законодательные инициативы, в той или иной мере отвечающие сформированному запросу на внедрение альтернативных способов рассмотрения налоговых споров.

* К.ю.н., руководитель юридического отдела ЗАО «Альфа Телеком», арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: bakytkr@list.ru.

Так, группа депутатов Жогорку Кенеша КР в мае 2020 года инициировала законопроект «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики (в Налоговый кодекс Кыргызской Республики, Административно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики, закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике»)»[1].

Основные положения законопроекта заключались в следующем:

– налогоплательщику предоставляется право по своему усмотрению обжаловать решение уполномоченного налогового органа в третейский суд или административный суд в соответствии с законодательством;

– при инициировании налогоплательщиком третейского разбирательства согласие налогового органа не требуется, оно предполагается;

– по налоговому спору назначаются три арбитра (председателем третейского суда).

Далее, в октябре 2020 года депутатом Жогорку Кенеша КР М. Маматалиевым был инициирован законопроект «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Кыргызской Республики по вопросам рассмотрения налоговых споров»[2].

Данным законопроектом, как и предыдущим, предусматривались нормы о праве налогоплательщика инициировать

1 http://kenesh.kg/ru/article/show/6803/na-obshtestvennoe-obsuzhdenie-s-27-maya-2020-goda-vinositsya-proekt-zakona-kirgizskoy-respubliki-o-vnesenii-izmeneniy-i-dopolneniy-v-nekotorie-zakonodatelynie-akti-kirgizskoy-respubliki-v-nalogoviy-kodeks-kirgizskoy-respubliki-administrativno-protsessualyniy-kodeks-kirgizskoy-respubliki-zakon-kirgizskoy-respubliki-o-treteyskih-sudah-v-kirgizskoy-respublike

2 http://www.kenesh.kg/ru/article/show/7315/na-obshtestvennoe-obsuzhdenie-s-30-oktyabrya-2020-goda-vinositsya-proekt-zakona-kirgizskoy-respubliki-o-vnesenii-izmeneniy-v-nekotorie-zakonodatelynie-akti-kirgizskoy-respubliki-po-voprosam-rassmotreniya-nalogovih-sporov?fbclid=IwAR2cwy-Y1nKeemDE3U12R7_cOhFqXswMSfQy-Zg8JHAdvI_LTbkGsdORCYE

третейское разбирательство с презюмированным согласием налогового органа и с назначением председателем суда трёх арбитров. Дополнительно инициатором были предложены нормы об уголовной ответственности арбитров третейских судов за вынесение заведомо неправосудного решения по налоговому спору, а также возможность кассационного обжалования решения третейского суда в суд общей юрисдикции, что, по мнению большинства правоведов, значительно снизило бы эффективность предлагаемого института третейского разрешения налоговых споров.

Данные законопроекты не получили дальнейшего хода, возможно, в связи с тем, что с 2021 года разрабатывался проект нового НК КР, который в итоге был принят Жогорку Кенешем КР и подписан Президентом КР 18 января 2022 года, с приданием ему юридической силы с 1 января 2022 года.

Одной из новелл НК КР, вызвавшей значительную дискуссию в юридическом научно-экспертном сообществе, явилась возможность разрешения налоговых споров в третейских судах.

В частности, частями 7 и 8 статьи 169 НК КР предусмотрено:

> *«7. Налогоплательщик, не согласный с решением уполномоченного налогового органа по поданной жалобе, вправе обжаловать это решение в порядке административного судопроизводства Кыргызской Республики* ***или в третейском суде*** *в соответствии с законодательством Кыргызской Республики.*
>
> *8. При обжаловании решения уполномоченного налогового органа в третейском суде арбитры, рассматривающие жалобу, назначаются председателем третейского суда в количестве трёх арбитров».*

Самый главный дискуссионный вопрос юридического сообщества связан с арбитрабельностью публично-право-

вых споров (в данном случае, налоговых споров) и в целом с конституционностью части 7 статьи 169 НК КР.

Согласно части 3 статьи 61 Конституции КР *для внесудебного разрешения споров, возникающих* ***из гражданских правоотношений****, могут учреждаться третейские суды. Полномочия, порядок образования и деятельность третейских судов определяются законом.*

Исходя из содержания указанной нормы Конституции КР, на первый взгляд, третейские суды могут создаваться только для рассмотрения гражданско-правовых споров, т.е. споров с участием субъектов гражданских правоотношений.

К примеру, Конституционная палата Верховного суда КР в решении 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 КР от 24 июня 2015 года №35/10, отметила, что ***Конституция КР допускает возможность разрешения гражданско-правовых споров между частными лицами третейскими судами****, действующими в качестве институтов гражданского общества, наделённых публично значимыми функциями*. Такая же правовая позиция была выражена Конституционной палатой КР в решении от 9 декабря 2015 года №16-р.

Однако автор просит обратить внимание, что данная правовая позиция Конституционной палаты КР была выражена в рамках конкретного дела об арбитрабельности определённых гражданско-правовых споров (обращение банками взыскания на единственное жильё гражданина) и данную позицию Конституционной палаты КР необходимо оценивать в контексте только данного дела.

Кроме того, выраженная в рамках одного дела правовая позиция Конституционной платы не является обязательной к применению Конституционной палатой КР при рассмотрении другого дела, даже при возникновении аналогичных правовых оснований.

К примеру, Конституционная палата КР в решении от 9 декабря 2015 года пришла к выводу, 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».* К сожалению, данный вывод не получил своего логического продолжения в вышеуказанном Решении Конституционной палаты КР от 30 октября 2019 года №13-р, и Конституционная палата КР решила, что обращение взыскания на предмет залога - единственного жилья гражданина, которое в соответствии с гражданским законодательством может быть осуществлено только в судебном порядке, не может являться предметом рассмотрения третейским судом, поскольку третейские суды относятся к институтам внесудебного разрешения споров.

Таким образом, автор считает, что в настоящее время преждевременно утверждать, что Конституционная палата КР (в настоящее время – Конституционный суд КР) уже сформировала устойчивую правовую позицию по вопросу о том, могут ли быть отнесены к компетенции третейских судов споры с участием субъектов публично-правовых отношений.

Во-вторых, по мнению автора, если бы законодателем в статье 61 Конституции КР было прямо указано, что третейские суды могут рассматривать ***гражданско-правовые споры*** *или споры* ***между участниками гражданских правоотношений****, вопрос об арбитрабельности публично-правовых*

споров даже не мог бы возникнуть. Тогда как использованное в Конституции КР законодательное определение допустимых рамок компетенции третейских судов оставляет вполне широкое правовое поле для толкования и законодательной реализации данной нормы Конституции КР.

В целях соответствия внедряемого новым НК КР института третейского рассмотрения налоговых споров вышеуказанной норме Конституции КР, законодателем в НК КР в статье 1 было заложено, что:

– отношения, регулируемые НК КР, являются налоговыми правоотношениями,

– отношения по исчислению и уплате суммы налогов, подлежащих уплате в бюджет, и по взысканию суммы налоговой задолженности **признаются возникающими из гражданских правоотношений.**

Таким способом законодатель подвёл законодательную базу к тому, что споры, связанные с исчислением и уплатой налогов, возникают из гражданских правоотношений, и такие споры могут разрешаться третейскими судами в полном соответствии со статьей 61 Конституции КР.

Правоведов – сторонников традиционного понимания административных правоотношений как отношений на основе власти и подчинения одних субъектов другим, исключающих гражданско-правовое регулирование в таких отношениях, появление такой нормы в НК КР, наверное, серьёзно озадачило и смутило.

Между тем, углубленное изучение современных теорий классификаций правоотношений по предмету и методу правового регулирования позволяет прийти к выводу, что в вопросе разграничения налоговых и гражданских правоотношений не всё так однозначно, как считалось ранее.

Если проводить разграничение между данными отраслями права по предмету правового регулирования, то значи-

тельное количество учёных придерживается мнения, что налоговые правоотношения являются имущественными[1] или имущественно-организационными[2], поскольку, в основном, они возникают по поводу изъятия в бюджет части дохода или имущества участников гражданского оборота. Для сторонников позиции, что налоговое право является подотраслью финансового права, пересечение многих точек сфер финансового (налогового) права и гражданского права, наверное, вообще не удивительно.

Издавна устоявшееся мнение, что для налогового права характерно, в основном, применение императивного метода правового регулирования, всё чаще подвергается сомнению в последние годы. Отдельные правоведы высказывают интересную точку зрения, что основанное на власти и подчинении одного субъекта другому определение сути административных правоотношений является «пережитком советского административного права». По мнению таких правоведов, осуществление властных полномочий административными органами вторично по отношению к обязанности административных органов исполнять свои обязанности[3], при этом административные органы должны исполнять их надлежащим образом в полном соответствии с законодательством.

«Правовое отношение (и налоговое в том числе) может быть установлено только между самостоятель-

1 *Кучеров И. И.* Налоговое право России. Курс лекций. – Москва: Центр ЮрИнфоР, 2001. С. 87; *Карасева М. В.* Налоговое правоотношение: имущественная идентичность и проблема адаптации частноправовых конструкций//Закон. Москва, 2010. №11. С.58-59.

2 *Кустова М. В., Ногина О. А., Шевелева Н. А.* Налоговое право России. Общая часть: Учебник / Отв. ред. Н. А. Шевелева. – Москва: Юристъ, 2001. С. 25; *Винницкий Д. В.* Российское налоговое право: проблемы теории и практики. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. С.135; *Шаукенов А. Т.* Некоторые проблемы теории и философии налогового права. Алматы, 2009. С.111-113.

3 *Серков П. П.* Административные правоотношения // Вестник университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА), Москва, 2019. №6. С.50.

ными и равными (с точки зрения закона) сторонами. Применительно к налоговому праву такое равенство не следует понимать в абсолютном смысле слова, как, например, равенство сторон договора в гражданском праве. В налоговых правоотношениях равенство сторон означает наличие у каждого участника прав и обязанностей, а не прав у одной и обязанностей у другой», - считает Крохина Ю. А.[1]

Рябов А. А. также согласен с таким подходом и отмечает, что *«между субъектами налогового права нет отношений вертикального подчинения, как это существует в административном праве»*[2].

Действительно, права и обязанности налогоплательщика во взаимоотношениях с налоговыми органами корреспондируют обязанностям и правам налоговых органов, при этом в отношении налоговых органов установлен метод запрещения (им запрещено осуществлять действия, не предусмотренные налоговым законодательством), а в отношении налогоплательщика – метод дозволения (им разрешено осуществлять действия, не запрещенные налоговым законодательством). И налогоплательщики, и налоговые органы вправе требовать друг от друга надлежащего соблюдения налогового законодательства, и в целом объём прав и обязанностей налоговых органов представляется равнозначным.

Как считает Д. В. Винницкий:

«…для налогово-правового метода свойственно установление не отношений, основанных на подчинении одного участника воле другого, (его усмотрению, облечённому в форму властного распоряжения), а отношений,

1 Налоговое право России / отв. ред. Ю. А. Крохина. 4 е изд. Москва: Норма, 2011. С. 258.

2 *Рябов А. А.* Влияние гражданского права на налоговые отношения (доктрина, толкование, практика): монография. Москва: Норма, Инфра-М, 2014. С.21.

базирующихся на прямом подчинении налоговым нормам, детально регламентирующим все аспекты деятельности участников налоговых отношений. Для этого, по его мнению, существуют две причины: 1) закрепление оснований возникновения и модели осуществления обязанности по уплате налога в нормативном акте; 2) наличие экономического основания (объекта налогообложения), с которым законодательство связывает возникновение указанной обязанности[1]».

Кроме того, в налоговом праве в достаточной мере присутствует диспозитивное начало (выбор налогового режима, метода налогового учёта, способа обеспечения исполнения налогового обязательства, вступление в правоотношения лично или через представителя и т.д.), в свою очередь, и в гражданском праве в значительном количестве закреплены императивные методы регулирования (императивные условия договоров, публичные договоры, защита прав потребителей, регулирование ценных бумаг, банкротства и т.д.) Как отмечает Игнатенкова К. Е.:

«В современных условиях без дозволений не обходится ни одна отрасль права. Рассматриваемый способ регулирования широко применяется в традиционных частно-правовых сферах, в то же время он активно «внедряется» и в публичные отношения. При этом характерной тенденцией последних лет (как для российского, так и зарубежного законодательства) является постепенное «размывание» границ между частным и публичным правом»[2].

Очевидность серьёзности проблемы соотношения налогового и гражданского законодательства, требующей внима-

1 *Винницкий Д. В.* Российское налоговое право: проблемы теории и практики. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. С. 159, 161.

2 *Игнатенкова К. Е.* Дозволение как способ правового регулирования: Автореферат диссертации кандидата юридических наук. Саратов, 2006. С. 10.

тельного рассмотрения и оптимального законодательного решения, признаёт и Скрябин С. В.[1]

При таких достаточно обоснованных аргументах указанных учёных, автор также не склоняется к мысли, что отношения между налогоплательщиками и налоговыми органами не строятся на основе подчинения налогоплательщиков налоговым органам.

Единственное, про подчинение возможно утверждать, когда налоговые органы уполномочены (а зачастую даже обязаны) принимать административные акты – юридически значимые решения в отношении налогоплательщиков, в том числе влекущие возникновение обязанностей налогоплательщиков. И даже в этом случае налогоплательщик вправе обжаловать такое решение в административном и судебном порядках, и в случае подтверждения незаконности принятого решения взыскать убытки, причинённые таким решением.

И, кстати, в данном случае необходимо отметить, что признание недействительным ненормативного акта государственного органа, не соответствующего законодательству и нарушающего гражданские права, и возмещение лицу убытков, причинённых таким актом, **являются способами защиты нарушенных гражданских прав** (ст. ст. 11, 12, 15 ГК КР).

Развивая тему соотношения налоговых и гражданских правоотношений, целесообразно ещё отметить, что институт возврата и зачёта излишне уплаченных налогов можно достаточно ясно представить в системе института гражданского права – возврата неосновательного обогащения, и рассматривать отказ налогового органа в возврате или

1 *Скрябин С. В.* О публичном и частном имущественном праве // Материалы международной научно-практической конференции: «Современные проблемы гражданского права». Алматы, 2019. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33117996&pos=6;-106#pos=6;-106

зачёте излишне уплаченных налогов как явное нарушение гражданских прав налогоплательщика.

В-третьих, если от теоретических размышлений перейти к анализу норм законодательства Кыргызской Республики о возможном соотношении гражданского и налогового права, уже в статье 1 ГК КР можно встретить норму, допускающую возможность их пересечения:

> *«К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством».*

То есть ГК КР допускает, что публичные имущественные отношения могут быть урегулированы нормами гражданского законодательства, если такие положения прямо предусмотрены законодательством Кыргызской Республики.

Принимая во внимание, что налоги выступают компромиссом между государственными интересами (пополнение бюджета для выполнения государством своих функций) и частными (сохранение и преумножение собственности), по мнению автора, применение гражданского законодательства к налоговым отношениям в отдельных случаях является оправданным.

Одним из таких примеров является использование в налоговом законодательстве институтов и терминов гражданского, семейного и трудового законодательства в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено НК КР (статья 4 НК КР).

Кроме того, возникновению налоговых обязательств, как правило, предшествует вступление лица в гражданские правоотношения, т.е. налоговые обязательства базируют-

ся на гражданско-правовых отношениях либо тесно с ними связаны.

> *Налогообложение зачастую выступает следствием осуществления субъективных гражданских прав, например, права собственности, поскольку правомочие распоряжения его объектом (определённым имуществом), в том числе путём отчуждения, составляет элемент юридического содержания соответствующего гражданско-правового отношения, а обязанность уплачивать налоги и сборы, обусловленная наличием объекта налогообложения (дохода, полученного от реализации этого имущества), возникает и исполняется в рамках налогового правоотношения. Тем самым предполагается наличие в налоговом законодательстве норм, реализация которых находится в зависимости от правового регулирования, содержащегося в иных отраслях законодательства (в том числе от гражданско-правового регулирования соответствующих отношений, в частности с точки зрения их налоговых последствий)*[1].

К примеру, совершение разных гражданско-правовых сделок в одном случае влечёт возникновение налоговой обязанности, а в другом случае приводит к праву на налоговую льготу. Соответственно, субъект при принятии решения о совершении гражданско-правовой сделки может оценить налоговые последствия такой сделки и выбрать оптимальный вариант сделки для себя. И в случае, если правовые оценки совершённой гражданско-правовой сделки со стороны субъекта гражданского оборота и налогового органа не будут совпадать, решение налогового органа о доначислении налогов как влекущее уменьшение имущества нало-

1 *Красюков А. В.* Особенности имущественных отношений в налоговом праве// Вестник Воронежского государственного университета. Серия: Право. Воронеж, 2012, №2., С. 382.

гоплательщика будет нарушать, в первую очередь, гражданские права налогоплательщика.

Таким образом, спор между налогоплательщиком и налоговым органом относительно исчисления и уплаты налогов вполне может вытекать из гражданских правоотношений, а как было указано выше, признание недействительным ненормативного акта государственного органа, не соответствующего законодательству и нарушающего гражданские права, является способом защиты нарушенного гражданского права.

В-четвёртых, в законодательстве Кыргызской Республики с 2002 года действует норма, предусматривающая арбитрабельность споров между инвестором и субъектом публично-правовых отношений.

Так, согласно статье 46 Закона КР от 30 июля 2002 года «О третейских судах в Кыргызской Республике»:

> *«При отсутствии в договоре между иностранным инвестором и Кыргызской Республикой третейского соглашения иностранный инвестор вправе инициировать третейское разбирательство для разрешения спора, и при этом согласие Кыргызской Республики предполагается. В этом случае иностранный инвестор вправе избрать для рассмотрения спора любой орган, указанный в статье 18 Закона Кыргызской Республики «Об инвестициях в Кыргызской Республике».*

Необходимо отметить, что в соответствии с частью 6 статьи 1 Закона КР от 27 марта 2003 года «Об инвестициях в Кыргызской Республике»:

> ***«Инвестиционный спор** – это спор между инвестором и государственными органами, должностными лицами Кыргызской Республики и другими участниками инвестиционной деятельности, возникающий при реализации инвестиций».*

При этом не всегда инвестиционные споры вытекают непосредственно из гражданских правоотношений (т.е. не в связи с нарушением прав инвестора каким-либо субъектом гражданского оборота), а могут возникать вследствие нарушения прав инвестора государственными органами в процессе административной деятельности (например, незаконный отзыв лицензии), что привело к причинению инвестору убытков и нарушению гражданских прав инвестора. То есть инвестиционные споры между инвесторами и государственными органами (субъектами публично-правовых отношений) не являются гражданско-правовыми спорами, но в соответствии с законодательством инвестиционные споры были отнесены к арбитрабельным спорам, как вытекающие из гражданских правоотношений.

Соответственно, можно считать, что базис для отнесения налоговых споров к компетенции третейских судов был заложен государством ещё в 2002 году, и такая норма законодательства Кыргызской Республики не была в установленном порядке признана противоречащей Конституции КР за это время.

На основании вышеизложенного автор допускает мысль, что **при расширительном толковании** части 3 статьи 61 Конституции КР норма НК КР о рассмотрении третейскими судами споров между участниками налоговых правоотношений, вытекающих из гражданских правоотношений, **не будет противоречить Конституции КР.**

По мнению автора, расширительное толкование указанной нормы Конституции КР вполне отвечало бы цели государства обеспечивать развитие внесудебных и досудебных методов, форм и способов защиты прав и свобод человека и гражданина, закреплённой в статье 61 Конституции КР, и было бы оправданным с точки зрения исключения ограничительного толкования норм о правах и свободах субъектов конституционного права.

В любом случае дискуссии на данную тему в юридическом сообществе будут носить теоретический характер до тех пор, пока свою правовую позицию по данному вопросу не выразит Конституционный суд – уполномоченный орган конституционного контроля, в случае оспаривания конституционности данной нормы каким-либо лицом.

Если Конституционный суд КР не признает данную норму противоречащей Конституции КР и мнение законодателя по данному вопросу не изменится, с 1 января 2023 года институт третейского рассмотрения налоговых споров будет введён в действие.

В данном случае до указанной даты в законодательстве Кыргызской Республики необходимо урегулировать отдельные пробелы и противоречия, оставление которых в текущем виде, по мнению автора, может снизить эффективность внедрения и реализации обсуждаемого института.

Первое. Не все решения уполномоченного налогового органа можно обжаловать в третейском суде, несмотря на то, что частью 7 статьи 169 НК КР предусмотрено, что:

> *«Налогоплательщик, не согласный с решением уполномоченного налогового органа по поданной жалобе, вправе обжаловать это решение в порядке административного судопроизводства Кыргызской Республики* ***или в третейском суде*** *в соответствии с законодательством Кыргызской Республики».*

Как было указано выше, в статье 1 НК КР закреплено, что ***возникающими из гражданских правоотношений*** *признаются отношения по исчислению и уплате суммы налогов, подлежащих уплате в бюджет, и по взысканию суммы налоговой задолженности*. **Соответственно, исходя из вышеуказанных положений налогового законодательства, в третейский суд могут быть обжалованы решения уполномоченного налогового органа по** исчислению и

уплате суммы налогов, подлежащих уплате в бюджет, и по взысканию суммы налоговой задолженности.

Тогда как согласно части 6 статьи 97 НК КР налогоплательщику или его налоговому представителю вручаются решения **не только по** исчислению и уплате суммы налогов, но и по отношениям, возникающим в процессе осуществления налогового контроля, а также по другим отношениям:

– о налоговой, учётной регистрации; о регистрации плательщика НДС; о перерегистрации налогоплательщика;
– об аннулировании налоговой, учётной регистрации; регистрации по НДС;
– о назначении и/или продлении, и/или приостановлении, и/или возобновлении выездной проверки;
– о представлении документов проверяемым налогоплательщиком;
– о депозите налогоплательщика;
– о продлении срока представления налоговой отчётности;
– о признании счёта-фактуры недействительным;
– об отмене ранее принятого решения органа налоговой службы.

Поскольку перечисленные решения налогового органа не регулируют отношения, определённые законодателем как вытекающие из гражданских правоотношений, обжалование решений уполномоченного налогового органа по указанным вопросам возможно только в порядке административного судопроизводства.

В этой связи, в часть 7 статьи 169 НК КР необходимо внести уточняющее дополнение, что в третейском суде могут быть обжалованы только решения по вопросам об исчислении и уплате налогов в бюджет.

Второе. Споры по взысканию суммы налоговой задолженности, как вытекающие из гражданских правоотношений

(согласно законодательному определению в статье 1 НК КР), могли бы рассматриваться третейскими судами в соответствии со статьёй 61 Конституции КР.

Однако НК КР не предусмотрено, что в процессе взыскания налоговой задолженности налоговые органы принимают какие-либо решения, выносимые в соответствии со статьёй 97 НК КР, которые налогоплательщику возможно было бы обжаловать в административном или судебном порядке.

Согласно статьям 85 и 86 НК КР, в процессе принудительного исполнения и погашения налоговой задолженности налоговые органы могут использовать такие документы, как: налоговое платёжное требование (выставлять в банк), предписание о взыскании налоговой задолженности за счёт наличных средств, извещение об обеспечении исполнения налоговой задолженности, не подлежащие обжалованию в соответствии с частью 9 статьи 97 НК КР.

Вывод таких юридически значимых актов, как налоговое платёжное требование, предписание, извещение из сферы действия обжалуемых актов налоговых органов снижает возможности налогоплательщиков по защите своих нарушенных прав в процессе принудительного исполнения налоговой задолженности налогоплательщиков.

Как установлено статьей 86 НК КР,

> *«Взыскание налоговой задолженности в судебном порядке, в том числе взыскание задолженности за счёт имущества налогоплательщика, а также взыскание задолженности налогоплательщика с третьего лица, не прекратившего выплаты в адрес или по поручению налогоплательщика, производится в соответствии с гражданским законодательством».*

Аналогичные нормы о взыскании налоговой задолженности в судебном порядке в соответствии с гражданским законодательством были установлены и в прежнем НК КР.

При этом НК КР не предусмотрена возможность передачи таких споров третейским судам, соответственно, отнесение законодателем отношений по взысканию налоговой задолженности к отношениям, вытекающим из гражданских правоотношений, либо не было направлено на отнесение споров о взыскании налоговой задолженности к компетенции третейских судов, либо просто являлось законодательной систематизацией норм о гражданско-правовом порядке взыскания налоговой задолженности.

Третье. Одним из главных недостатков уже сложившегося института третейского рассмотрения гражданско-правовых споров является проблема принудительного исполнения решений третейских судов, когда быстрое рассмотрение споров третейским судом может быть нивелировано долгим и трудным процессом рассмотрения государственным судом заявления о принудительном исполнении решения третейского суда.

Если решения третейских судов по налоговым спорам будут требовать принудительного исполнения, проблема с объективностью и беспристрастностью государственных судов при разрешении споров фискального характера может проявиться уже на стадии выдачи исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда.

В этой связи необходимо, чтобы решения третейского суда по налоговым спорам не требовали принудительного исполнения или какого-либо иного признания со стороны государственных судов, и для достижения указанной цели предлагается следующее.

Согласно части 4 статьи 169 НК КР *в случае полного или частичного удовлетворения уполномоченным налоговым органом (ГНС) жалобы налогоплательщика, такое решение отменяет обжалуемое решение территориального налогового органа*. При этом в части 5 статьи 171 НК КР предусмотрено, что *в случае полного или частичного удовлетворения*

жалобы налогоплательщика в решение территориального налогового органа вносятся соответствующие изменения и дополнения на основании решения по жалобе, что уже является внутренним противоречием норм НК КР.

Далее необходимо отметить, что в соответствии с частью 7 статьи 169 НК КР налогоплательщик, не согласный **с решением уполномоченного налогового органа** по поданной жалобе, вправе обжаловать в судебном порядке **это решение**, т.е. решение уполномоченного налогового органа. Предусмотренный порядок обжалования может создать следующие неоднозначные ситуации при дальнейшем третейском разрешении возникшего спора.

Предположим, что в удовлетворении жалобы налогоплательщика решением уполномоченного налогового органа – ГНС полностью отказано, и налогоплательщик обжаловал решение ГНС в третейский суд. Если третейский суд удовлетворяет иск налогоплательщика и просто признаёт недействительным решение ГНС об отказе в удовлетворении жалобы, тогда может получиться, что решение территориального налогового органа останется в силе, т.е. решение, которым на налогоплательщика возложена какая-то обязанность, сохранит свою обязательность для налогоплательщика.

Для полноценной защиты нарушенных прав налогоплательщика необходимо, чтобы третейский суд признал недействительным решение ГНС и удовлетворил жалобу налогоплательщика с отменой решения территориального налогового органа, однако в таком случае возникает вопрос, может ли третейский суд удовлетворить жалобу налогоплательщика и отменить решение территориального налогового органа при том, что НК КР **не предусмотрено обжалование решений территориального налогового органа** ни в третейский суд, ни в порядке административного судопроизводства.

К слову, норма об обжаловании в судебном порядке именно решений ГНС была заложена и в прежнем НК КР.

В то время как по общим правилам административного судопроизводства в судебном порядке оспариваются непосредственно административные акты, которыми на субъектов возложены какие-либо обязанности, или иным образом нарушаются права субъектов. В этой связи на такой диссонанс в нормах НК КР и АПК КР был вынужден обратить внимание Пленум Верховного суда КР, в постановлении от 3 июля 2017 года № 7 разъяснивший, что *решение налогового органа (территориального) в судебном порядке* ***может быть оспорено только совместно*** *с решением уполномоченного налогового органа (п. 4 постановления Пленума).*

Исходя из чего для полной защиты своих нарушенных прав налогоплательщику необходимо обжаловать и решение территориального налогового органа, и решение ГНС, что вызывает необходимость двойной уплаты государственной пошлины за оспаривание двух административных актов, к тому же не все налогоплательщики могут разобраться в таких сложных правовых конструкциях.

Учитывая, что права налогоплательщика нарушаются прежде всего решением территориального налогового органа, с точки зрения комплексного сочетания административного и судебного порядков защиты нарушенных прав, по мнению автора, правильней было бы установить норму об обжаловании в судебном порядке непосредственно решения территориального налогового органа, если налогоплательщик не получил защиту своих нарушенных прав в административном порядке.

При этом также целесообразно исключить из НК КР норму части 5 статьи 171, что *в случае полного или частичного удовлетворения жалобы налогоплательщика в решение территориального налогового органа вносятся соответ-*

ствующие изменения и дополнения на основании решения по жалобе.

Данная норма предполагает, что в случае удовлетворения жалобы налогоплательщика, в том числе третейским судом, территориальный налоговый орган должен внести изменения или дополнения в обжалованное решение, и при таком нормативном положении есть риск, что территориальный налоговый орган не будет вносить изменения или дополнения в обжалованное решение, что может повлечь необходимость дополнительных действий со стороны налогоплательщика для полной защиты его прав.

Кроме того, внесение изменений в обжалованное решение в случае полного удовлетворения жалобы вообще лишено смысла, особенно в отношении решений, которыми на налогоплательщика возлагаются какие-либо обязанности, например, доначислена сумма налогов («обязывающее решение»). Какое изменение должен внести территориальный налоговый орган в обжалованное решение в такой ситуации: о доначислении суммы 0?

Административный порядок защиты нарушенных прав и строгая иерархия государственных органов предполагают, что в случае полной отмены вышестоящим государственным органом решения нижестоящего органа, последний не должен принимать новое решение либо вносить какие-либо изменения в обжалованное решение, а просто должен принять к исполнению решение вышестоящего органа. Соответственно, если ГНС приняла решение о полном удовлетворении жалобы налогоплательщика, такое решение полностью отменяет «обязывающее решение» территориального налогового органа (например, о доначислении суммы налога), либо предоставляет налогоплательщику определённое право, если обжалованным решением в предоставлении такого права налогоплательщику было отказано (например, в праве на зачёт или возврат излиш-

не уплаченных налогов). По такому же принципу, в случае частичного удовлетворения жалобы, ГНС должна изменить решение территориального налогового органа, например, в случае обжалования решения о доначислении суммы налога – уменьшить доначисленную сумму, либо частично предоставить налогоплательщику испрашиваемое право (например, предоставить право частичного зачёта или возврата налогов).

Такие же положения целесообразно нормативно закрепить в отношении решений третейских судов, чтобы они имели прямое действие и не требовали признания или принудительного исполнения со стороны государственных судов, что особенно актуально в случаях отмены третейским судом «обязывающих решений» налоговых органов.

То есть, если третейский суд признаёт недействительным (отменяет) решение налогового органа о доначислении суммы налогов, такое решение не должно требовать добровольного или принудительного исполнения со стороны налоговых органов или государственных судов.

По сути, Кыргызская Республика, признавая проблему возможной необъективности государственных судов в рассмотрении налоговых споров и законодательно закрепляя презюмированное согласие налоговых органов на третейское рассмотрение такой категории споров, в качестве следующего логичного хода должна отказаться от института признания и/или принудительного исполнения решений третейских судов по налоговым спорам.

При этом, что касается проблемы отсутствия третейского соглашения между сторонами (налогоплательщиком и налоговым органом) при третейском разрешении налоговых споров, автор придерживается следующего мнения.

Налоговые органы в процессе исчисления, сбора и контроля уплаты налогов выступают представителями государства по сбору налогов, необходимых для нормального функциониро-

вания государства. Законодательная ветвь государственной власти, допуская, что данные представители государства в процессе сбора налогов в пользу государства могут нарушать установленные законодательной ветвью правовые нормы, в целях повышения доверия налогоплательщиков и инвесторов к государственной власти в целом, нормативно закрепляет открытую оферту государства, предусматривающую возможность третейского рассмотрения споров с участием представителей государства и налогоплательщиков. Налогоплательщик при желании акцептует открытую государством оферту путём инициирования третейского разрешения возникшего налогового спора.

Аналогичная норма содержится в статье 46 Закона КР «О третейских судах в Кыргызской Республике»:

> *«При отсутствии в договоре между иностранным инвестором и Кыргызской Республикой третейского соглашения иностранный инвестор вправе инициировать третейское разбирательство для разрешения спора, и при этом согласие Кыргызской Республики предполагается. ..... В случае если иностранный инвестор не принял предложение органов юстиции или в течение указанного срока не было сделано никакого предложения, он вправе немедленно передать спор на рассмотрение третейского суда без письменного согласия какой-либо стороны, представляющей Кыргызскую Республику, и считается, что Кыргызская Республика дала согласие на передачу спора на рассмотрение третейского суда».*

Данная норма, как открытая оферта Кыргызской Республики на третейское рассмотрение инвестиционных споров, несколько раз использовалась иностранными инвесторами против Кыргызской Республики в международных третейских судах (правда, с разной степенью успешности, вызванной различным толкованием: является ли данная норма согласием на рассмотрение споров в любом третейском суде

по выбору инвестора или данная норма предполагает арбитрабельность инвестиционных споров в общем). В любом случае, данная норма закрепляет открытое согласие государства на рассмотрение инвестиционных споров в третейском суде (на выбор инвестора или по согласованию сторон – неважно, раз инвестор инициировал третейское разбирательство, инвестиционный спор должен быть разрешён в порядке третейского разбирательства в том или ином третейском суде).

Получается, что в отношении инвестиционных споров государство, в целях усиления защиты прав инвесторов, повышения привлекательности инвестиционного климата, установило открытую оферту о передаче инвестиционных споров в третейские суды, которую любой инвестор может акцептовать в определённом порядке.

Принимая во внимание изложенное и подводя итог рассуждениям о правомерности нормы о презюмированном согласии налоговых органов на третейское разрешение налоговых споров, автор приходит к выводу, что закреплённое законодательством презюмированное согласие налоговых органов без заключения третейского соглашения не может считаться нарушением прав налоговых органов.

Что действительно может нарушать права сторон третейского разбирательства, по мнению автора, так это **отсутствие возможности выбора сторонами арбитров третейского разбирательства налогового спора**.

Согласно части 8 статьи 169 НК КР *при обжаловании решения уполномоченного налогового органа в третейском суде арбитры, рассматривающие жалобу,* ***назначаются председателем*** *третейского суда в количестве трёх арбитров.* Частью 2 статьи 9 Закона о третейских судах установлено, что *по налоговым спорам* ***назначаются*** *три арбитра.*

Право каждой из сторон спора выбирать арбитра, честности и профессионализму которого они доверяют, является одной из гарантий доверия к составу арбитров, и лишение сторон такого права может снизить доверие сторон к составу третейского суда и объективности и законности решения третейского суда в целом.

Как было отмечено выше, налогоплательщик по своей инициативе вправе акцептовать открытую государством оферту путём обращения в определённый третейский суд, соответственно, после инициирования налогоплательщиком третейского разбирательства стороны и иные участники третейского разбирательства должны подчиняться регламенту данного третейского суда или иным применимым правилам. Регламент третейского суда обычно с той или иной степенью детальности регулирует порядок выбора сторонами арбитров состава третейского суда, и по общераспространенному правилу, если одной из сторон право выбора арбитра не реализовано, за данную сторону арбитр назначается председателем третейского суда.

В этой связи непонятно, почему стороны третейского разбирательства законодателем были лишены права выбирать арбитров в соответствии с регламентом выбранного налогоплательщиком третейского суда или иными применимыми правилами.

Учитывая изложенное, целесообразно было бы в НК КР определить, что налоговые споры в третейском суде рассматривает состав из трёх арбитров, который формируется в соответствии с регламентом данного третейского суда или иными применимыми правилами.

Подводя итоги анализа перспектив развития института третейского рассмотрения налоговых споров, автор приходит к выводу, что институт третейского разрешения налоговых споров в данное время востребован налоговой системой Кыргызстана и его внедрение отвечало бы чаяниям

бизнес-сообщества и простых налогоплательщиков, в связи с чем автор приветствует введение данного института с 1 января 2023 года в Кыргызской Республике.

При этом, безусловно, остаётся открытым дискуссионный характер вопроса о конституционности норм НК КР и Закона о третейских судах об арбитрабельности налоговых споров, и в целях обеспечения стабильности налогового законодательства было бы целесообразно Конституционному суду КР поставить точку в данном вопросе как можно раньше. В случае подтверждения Конституционным судом КР конституционности обсуждаемого института (что, по мнению автора, было бы достаточно обоснованным в условиях действующего законодательства Кыргызской Республики и сформировавшихся научных доктрин налогового права и с точки зрения исключения ограничительного толкования концепции конституционных прав и свобод человека и гражданина), возникает объективная необходимость урегулирования указанных в настоящей статье противоречий и пробелов в законодательстве.

Особенно актуальной представляется возможная проблема признания или принудительного исполнения решений третейских судов по налоговым спорам; оставление в силе соответствующих норм может значительно снизить эффективность рассматриваемого института и нивелировать достигнутый законодательный прогресс в данной сфере. Для решения данной проблемы предлагается в законодательстве установить, что решения третейских судов по налоговым спорам в случае удовлетворения жалобы налогоплательщика отменяют или в соответствующей части изменяют обжалованные решения налоговых органов и не требуют признания или принудительного исполнения со стороны государственных судов.

Автор надеется, что поднятые в данной статье проблемы найдут своё решение до 1 января 2023 года, и с указанной

даты в Кыргызстане начнётся внедрение и успешная реализация системы третейского разрешения налоговых споров, которая предоставит налогоплательщикам и инвесторам достойную альтернативу в выборах способов защиты их нарушенных прав.

РАССМОТРЕНИЕ НАЛОГОВЫХ СПОРОВ В ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ: МОЖНО ЛИ ПРИСТУПАТЬ?

Константин Милащенко*

Вот и свершилось то, что ещё лет пять назад казалось утопией. Налоговые споры с января 2023 года по желанию налогоплательщика будут рассматриваться в третейских судах.

Судя по восторженным постам в социальных сетях, налогоплательщики ждут не дождутся, когда уже можно будет отстаивать свои права в спорах с налоговой службой в этих институтах, чтобы, как они считают, получить справедливое и непредвзятое решение.

Но возможно ли действительно начать рассмотрение налоговых споров с 1 января 2023 года в третейских судах, реально ли это?

Закон о введении в действие НК КР от 18 января 2022 года законодательно закрепил возможность рассматривать налоговые споры в третейских судах, установив право обжалования в новом Налоговом кодексе, а также внёс поправки в Закон «О третейских судах в Кыргызской Республике» и Административно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики.

* Директор юридической компании «Интеллект и Право», арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: ipkg@mail.ru.

Однако я полагаю, что данных поправок недостаточно для того, чтобы третейские суды смогли стать альтернативой местным судам по рассмотрению налоговых споров.

При изучении данного вопроса для примера мной взят Международный третейский суд при торгово-промышленной палате Кыргызской Республики.

Обязанность доказывания. Порядок доказывания своей правоты по гражданским делам имеет существенное отличие от порядка по административным делам, где всё бремя возлагается на ответчика, т.е. на административный орган, принявший акт.

Согласно же статье 23 Закона о третейских судах, *каждая из сторон должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений.*

Эта норма была положена и в основу статей регламентов МТС ТПП, регулирующих процесс доказывания.

Другой же порядок устанавливает иной взгляд на сам спор, влияет на права и обязанности сторон и в конечном счёте оказывает существенное значение на принятие решения.

В связи с чем иной порядок доказывания (основанный на возложении бремени на административный орган) и вызываемые им изменения должны быть отражены в Регламенте МТС ТПП.

Собирание доказательств. В соответствии со статьей 65 АПК КР суд может выдать лицу, ходатайствующему об истребовании письменного доказательства, определение на право его получения для последующего представления в суд. При этом определение, как судебный акт, в силу статьи 14 данного кодекса является обязательным для исполнения.

Определение же МТС ТПП в части истребования доказательств не носит такой обязательной силы и в этом уступа-

ет, что может затянуть или сделать невозможным правильное разрешение спора.

Следует заметить, что норма регламента МТС ТПП, закреплённая в пункте 41.5, при рассмотрении налоговых споров может, наоборот, навредить правильному рассмотрению дела:

> *«... непредставление стороной надлежащих доказательств не препятствует арбитру продолжить разбирательство и вынести решение на основе имеющихся у него доказательств».*

В этой связи, полагаю, необходимо продумать поправки в законодательство, которые бы устанавливали обязательность выполнения всеми лицами требований третейского суда о предоставлении доказательств.

Проблемы с проведением экспертиз. Необходимость в проведении различного рода экспертиз по налоговым спорам возникает довольно часто. Как правило, это бухгалтерская и финансово-экономическая экспертизы. Но бывает, что возникает также необходимость в проведении почерковедческой экспертизы, криминалистической экспертизы материалов (например, исследования состава произведённых товаров и т.п.), строительно-технической экспертизы (определение объёмов выполненных работ и пр.)

В соответствии с абзацем 2 части 1 статьи 24 Закона Кыргызской Республики «О судебно-экспертной деятельности» *основанием для производства судебной экспертизы является постановление (определение) о назначении судебной экспертизы, вынесенное в соответствии с процессуальным законодательством Кыргызской Республики*.

В процессуальных кодексах Кыргызской Республики не определено право третейских судов назначать экспертизы. Ввиду чего, при необходимости назначения той или иной экспертизы, в её проведении Государственным центром

судебных экспертиз или иной экспертной организацией будет отказано, как в настоящее время данный центр отказывает третейским судам в поведении строительно-технической экспертизы по вопросу определения начальной продажной стоимости заложенного имущества.

В связи с чем полагаю, что необходимо внесение изменений в Закон Кыргызской Республики «О судебно-экспертной деятельности» в части наделения третейских судов правом назначать экспертизы.

Приостановление дела до рассмотрения другого дела. Нередки случаи, когда разрешение налоговых споров зависит от рассмотрения других дел. В частности, начисление налога – бонуса на дополнительные запасы полезных ископаемых зависит от решения Государственной комиссии по запасам полезных ископаемых Кыргызской Республики. Обжалование налогоплательщиком решения данной комиссии в рамках административной процедуры, естественно, должно повлечь за собой приостановление налогового спора по начислению бонуса, так как оспаривается основание начисления.

Однако Закон о третейских судах содержит только одно основание для приостановления – неавансирование расходов третейского суда (статья 39 Закона). Регламент же МТС ТПП в статье 43 допускает приостановление разбирательства дела только в случае необходимости проведения экспертизы.

Полагаю, что институт приостановления рассмотрения налогового спора до разрешения другого дела, рассматриваемого в рамках административного, уголовного или гражданского законодательства, должен присутствовать в третейских судах.

Участие третьих лиц. В соответствии со статьей 42 Регламента МТС ТПП вступление в третейское разбирательство

третьего лица допускается только с согласия спорящих сторон, и при этом ещё требуется согласие привлекаемого лица.

Полагаю, что участие третьих лиц в налоговых спорах для качественного их разрешения должно обеспечиваться без согласия другой стороны и третьего лица. Налоговые обязательства возникают, как правило, из отношений двух сторон по реализации товаров, выполнении работ, оказании услуг. Иногда возникает необходимость в определении того, оказана ли была услуга, поставлен ли на самом деле товар и т.п.?

В связи с чем считаю, что поправки в регламент МТС ТПП в отношении участия третьих лиц в налоговых спорах также необходимы.

Отсутствие возможности пересмотра решения суда по вновь открывшимся или новым обстоятельствам. В Регламенте МТС ТПП и в самом Законе о третейских судах, в отличие от АПК КР, отсутствует институт пересмотра решений третейского суда по вновь открывшимся или новым обстоятельствам.

На мой взгляд, отсутствие данного института в третейском разбирательстве при рассмотрении дел по налоговым спорам является одним из самых существенных недостатков.

Налоговые споры, по логике Налогового кодекса, должны разрешаться в оперативном порядке, т.к. устанавливаются жёсткие сроки подачи жалоб и их рассмотрения. В суде также есть свои сроки для рассмотрения дел. В итоге бывает, что налогоплательщик просто не успевает получить те или иные документы или разъяснения, которые приходят с опозданием, либо действительно выясняются обстоятельства, порой в рамках уголовного дела, которые имеют существенное значение для дела, но которые не были исследованы в суде.

В этой связи для справедливого разрешения дела считаю необходимым внести соответствующие положения в регламент МТС ТПП и Закон о третейских судах о праве и порядке пересмотра дел по вновь открывшимся или новым обстоятельствам.

Скорее всего, есть ещё моменты, которые стоит пересмотреть в действующем регламенте МТС ТПП и Законе о третейских судах. или дополнить их. Я лично обратил внимание на те, которые указаны в настоящей статье.

Хотя кто-то может сказать, зачем нам собирание доказательств, проведение экспертиз, обеспечение участия третьих лиц, если всё равно это обязанность налоговой службы? Раз приняла такой акт, то должна иметь все доказательства. А нет доказательств, то и акт незаконный.

И тут трудно спорить. С другой стороны, наши юристы уже привыкли к тому, что самим приходится собирать доказательства и доказывать свою правоту в делах с государственными органами.

Думаю, третейским судам придётся много продумать и проанализировать, чтобы прийти к правильному решению, что включать в регламент, а что нет.

Но меня больше волнует также другой вопрос. В соответствии с частью 3 статьи 61 Конституции Кыргызской Республики определено:

> *«Для внесудебного разрешения споров,* ***возникающих из гражданских правоотношений****, могут учреждаться третейские суды».*

То есть по Конституции третейские суды не могут рассматривать споры, вытекающие из иных правоотношений, кроме гражданских.

В этой связи интересно, что согласно статье 1 НК КР отношения по исчислению и уплате суммы налогов, а также

по взысканию суммы налоговой задолженности признаются возникающими из гражданских правоотношений, а *отношения по обжалованию решений органов налоговой службы, действий и/или бездействия их сотрудников – возникающими из административных правоотношений*.

Я это к тому, что будет с решениями третейских судов, если Конституционный суд впоследствии сочтёт неконституционным передачу налоговых споров в третейские суды? Скорее всего, придётся судиться заново в административных судах.

Исходя из изложенного, следует констатировать, что для того, чтобы полноценно заработал механизм рассмотрения налоговых споров в третейских судах, ещё многое нужно изменить, начиная с кодексов и законов и заканчивая регламентами.

В связи с чем боюсь разочаровать своих коллег-юристов, да и всех налогоплательщиков информацией о том, что с 1 января 2023 года, скорее всего, вы не сможете защищать свои права по налоговым спорам в третейских судах.

Это как с судом присяжных: вроде право на рассмотрение дела судом с участием присяжных заседателей гарантировано Конституцией, а по факту вы не можете им воспользоваться.

Будем ждать и надеяться, что идея передачи и полноценного рассмотрения налоговых споров в третейских судах всё же будет когда-нибудь до конца реализована.

ВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДОСУДЕБНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ В НАЛОГОВЫХ ВОПРОСАХ

Талайбек Койчуманов[1*],
Толкун Шакеев[2**],
Азамат Акенеев[3***]

Применение альтернативных методов разрешения споров в экономике (далее - АРС) широко используется в мировой практике. АРС (или Alternative Dispute Resolution) в широком смысле означает любое внесудебное разрешение споров. Кыргызстан, так же как и другие страны, подписавшие Нью-Йоркскую конвенцию 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», мог бы расширить возможности разрешения многочисленных споров в экономической сфере через досудебные и внесудебные институты, которые могут быть созданы на базе МТС ТПП.

Мировая практика подтверждает эффективность использования альтернативных методов при урегулировании споров. Можно привести в качестве примера данные Центра эффективного разрешения споров в Англии (Centre for Effective

* Д.э.н, профессор, руководитель Проекта ЕБРР «Инвестиционный совет»; с автором можно связаться по электронной почте: tkoichumanov@gmail.com.

** Эксперт по правовым вопросам секретариата Инвестиционного совета при Кабинете министров КР; с автором можно связаться по электронной почте: tshakeev76@gmail.com

*** Экономист, координатор проектов в области креативной экономики и изменения климата в Кыргызской Республике; с автором можно связаться по электронной почте: aakeneev@gmail.com

Dispute Resolution). В этом центре 85% споров разрешалось путём посредничества заключением мирового соглашения. При этом средняя продолжительность посредничества занимала только полтора дня. 6% споров были мирно урегулированы в течение трёх месяцев после оказания посредничества. Только 9% споров были переданы в суд.[1]

В Кыргызской Республике в силу сложившейся практики обращения напрямую в судебные органы количество гражданско-правовых споров, разрешаемых третейскими судами, незначительно по сравнению со статистикой рассмотрения гражданско-правовых споров в судебных органах КР, хотя законодательством предусмотрена широкая поддержка альтернативным разрешениям споров.

Так, в соответствии со статьей 61 Конституции:

> *«Государство обеспечивает развитие внесудебных и досудебных методов, форм и способов защиты прав и свобод человека и гражданина.*
>
> *Для внесудебного разрешения споров, возникающих из гражданских правоотношений, могут учреждаться третейские суды. Порядок формирования, полномочия и деятельность третейских судов определяются законом».*

К методам альтернативного урегулирования споров обычно относят третейский суд, переговоры и медиацию.

Закон о третейских судах определяет порядок образования внесудебных органов, а также регулирует их деятельность по разрешению споров. Он применяется при передаче по соглашению сторон на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из гражданских правоотношений, включая инвестиционные споры, подведомственные компетентному суду, а также налоговых споров, за исключением споров, установленных указанным законом.

1 Carrol E., Mackie K. *International Mediation – The Art of Business Diplomacy*: Kluwer Law International, 2000. P. 91.

Несмотря на законодательную поддержку альтернативных разрешений споров, предприниматели на практике сталкиваются с противоречивыми действиями чиновников, которые сводят на нет усилия по обеспечению защиты их прав в спорных решениях государственных органов.

Такое состояние, например, в разрешении налоговых споров в стране.

С одной стороны, предприняты реальные шаги по созданию законодательной платформы для альтернативного разрешения налоговых споров. В новом НК КР, введённом в действие с 1 января 2022 года, частью 1 статьи 50 гарантируется досудебная и судебная защита прав и законных интересов налогоплательщика.

В соответствии с частью 7 статьи 169 НК КР налогоплательщик, не согласный с решением уполномоченного налогового органа по поданной жалобе, вправе обжаловать это решение в порядке административного судопроизводства КР или в третейском суде в соответствии с законодательством КР. При обжаловании решения уполномоченного налогового органа в третейском суде арбитры, рассматривающие жалобу, назначаются председателем третейского суда в количестве трёх арбитров[1].

Также в целях создания внесудебного или досудебного порядка урегулирования спора в Кыргызстане действует Закон КР «О медиации». Медиация означает процедуру урегулирования спора при содействии медиатора (медиаторов) путём согласования интересов спорящих сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого соглашения, т.е. медиация – это процедура урегулирования спора (конфликта) с участием третьей нейтральной, беспристрастной, не заинтересованной в данном споре (конфликте) стороны.

1 Норма по вопросам передачи налоговых споров третейским судам вступает в силу 1 января 2023 года.

Как видно, создана вполне хорошая законодательная база для нового института медиации, однако на практике сталкиваемся с монополией государственных органов в разрешении спорных ситуаций. Рассмотрим подробнее, как это получается.

Несмотря на достаточно конкурентоспособный налоговый режим в стране, главной проблемой налогообложения в Кыргызстане является сложное налоговое администрирование. Главной претензией инвесторов является неоднозначное толкование разных норм НК КР, которое приводит к тому, что сотрудники ГНС получают возможность доначислять налоги компаниям, несмотря на норму, что любые сомнения должны толковаться в пользу налогоплательщика. С учётом того, что, по информации экспертного и бизнес сообщества, по налоговым спорам в судах большинство решений принимается в пользу ГНС[1], это создаёт условия неопределённости для бизнеса и существенно ухудшает инвестиционный климат в Кыргызстане. По данным Международного делового совета, по результатам налоговых проверок за 2016 – 2018 годы сумма налоговых доначисле-

1 К примеру, председатель правления Палаты налоговых консультантов Кыргызской Республики Ким Т.М. в интервью отметила, «что сейчас 90 процентов дел разрешаются только в одну сторону. Уже не является секретом, так как информация озвучена на самых серьёзных площадках, что в своё время между налоговой службой и нашими судами заключено некое негласное соглашение, что решения по налоговым спорам решаются «в пользу бюджета». Доступно: http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=201.

Депутаты Жогорку Кенеша также отмечают, что «количество решений ГНС по жалобам субъектов предпринимательства, принятых в пользу бюджета, составляет более 90 процентов. А при рассмотрении жалоб налогоплательщиков соотношение правомочных вердиктов в соответствии с налоговым законодательством приближается к 50/50. Депутаты указывают, что судебные разбирательства растягиваются на годы, обременяя налогоплательщика финансово и организационно, приводя к нежеланию дальнейшего развития бизнеса в Кыргызстане или уводу части бизнеса в теневую сферу. По мнению инициаторов поправок, Третейский суд при ТПП надо наделить полномочиями решать и налоговые споры». Доступно: https://24.kg/vlast/154252_vnbspparlamente_predlagayut_peredavat_nalogovyie_sporyi_vnbsptreteyskiy_sud/).

ний бизнесу составила более 39,5 млрд. сомов. В среднем за эти годы доначислялась сумма, сопоставимая с 40% от общей прибыли всех предприятий Кыргызстана за указанный период. Только в 2018 году доначисления составили сумму, равную 64% всей годовой прибыли компаний — 18,9 млрд. сомов.

Ранее существовавший механизм рассмотрения противоречий в НК КР на базе Методологического совета по координации фискальной политики частично решал эту проблему, однако был расформирован. В последние годы работы Методологического совета, членами которого являются авторы настоящей публикации, от предпринимателей поступали многочисленные жалобы, что решения Совета также стали выноситься преимущественно в пользу налоговых органов.

Чтобы разрешить ситуацию, экспертами Совета по развитию бизнеса и инвестициям при Правительстве КР был предложен следующий вариант – создание налогового трибунала.

В апреле 2020 года депутатами парламента Кыргызской Республики была внесена инициатива по проведению экономических реформ, которая получила название «Акт экономической свободы»[1]. В состав предлагаемых направлений реформирования было предложено включить реформирование налоговой системы.

Одно из предложений было по досудебному рассмотрению жалоб налогоплательщиков на действия налоговых органов. Экспертами бизнес-сообщества было определено дерево проблем, которое наглядно демонстрирует ситуацию, приводящую в конечном счёте к ухудшению инвестиционной привлекательности страны.

1 Об обращении (акт) депутатов Жогорку Кенеша Кыргызской Республики «К новой экономической свободе и развитию» от 30 апреля 2020 года № 3705-VI [Электронный ресурс] – Электр. дан. Сайт Жогорку Кенеша КР; http://www.kenesh.kg/ru/article/show/6762/

Рис. 1. Дерево проблем при разрешении налоговых споров

Целью данного законопроекта являлась реформа досудебной системы рассмотрения налоговых споров в Кыргызской Республике на основе передовой международной практики.

Анализ международного опыта показывает, что формирование профессионального и независмого органа по досудебному рассмотрению налоговых споров является широко распространенным механизмом в различных странах мира (см. таблицу).

№	Страна	Орган по досудебному рассмотрению налоговых споров
1.	Австралия	Инспектор-генерал по налогообложению
2.	Австрия	Налоговый омбудсмен
3.	Бельгия	Налоговый медиатор
4.	Канада	Офис налогового омбудсмена
5.	Чешская Республика	Омбудсмен
6.	Дания	Налоговый трибунал
7.	Финляндия	Омбудсмен парламента
8.	Франция	Медиатор республики
9.	Греция	Омбудсмен
10.	Венгрия	Комиссионер по фундаментальным правам
11.	Исландия	Омбудсмен парламента
12.	Ирландия	Омбудсмен
13.	Израиль	Комиссионер по общественным жалобам

14.	Италия	Налоговый омбудсмен
15.	Литва	Комиссия по налоговым спорам
16.	Люксембург	Омбудсмен
17.	Мексика	Офис налогового адвоката
18.	Нидерланды	Национальный омбудсмен
19.	Норвегия	Омбудсмен
20.	Португалия	Омбудсмен
21.	Великобритания	Налоговый трибунал
22.	США	Служба налогового адвоката
23.	Бразилия	Служба омбудсмена Министерства финансов
24.	Болгария	Национальный омбудсмен
25.	Колумбия	Налоговый адвокат
26.	Хорватия	Независимый сектор по администрированию второй инстанции
27.	Кипр	Омбудсмен
28.	Гонконг, Китай	Офис омбудсмена
29.	Индия	Омбудсмен
30.	Индонезия	Комитет по налоговому надзору
31.	Малайзия	Бюро по налоговым жалобам
32.	Мальта	Офис омбудсмена
33.	Южная Африка	Офис налогового омбудсмена

При этом главными качествами подобного органа по досудебному рассмотрению налоговых споров должны быть:

– независимость от налоговой службы и других государственных органов;

– рассмотрение споров независимыми экспертами с необходимой квалификацией;

– вопросы должны, по возможности, решаться без вступления в конфронтацию и в сотрудничестве.

Законопроектом предлагалось определить в НК КР понятие налогового трибунала и основные принципы его работы. С целью обеспечения независимости налогового трибунала предполагается его размещение при МТС ТПП и независимое от бюджета финансирование. Для обеспечения привлечения квалифицированных арбитров и устойчивости налогового трибунала предполагается взимание сбора с налогоплательщиков за рассмотрение жалоб, но в размере, определяемом правительством, и без целей извлечения прибыли.

Эксперты, готовившие законопроект, сделали всестороннюю оценку влияния предлагаемых нововведений через анализ реулятивного воздействия. Проект, по оценке экспертов, не повлечёт негативных социальных, экономических, правовых, правозащитных, гендерных, экологических и коррупционных последствий. Наоборот, предусматривалось увеличение поступлений в бюджет страны за счёт притока инвестиций в страну[1].

1 Следует упомянуть, что после принятия нового НК КР данный законопроект не продвигается. Статья 169 нового НК КР устанавливает, что «налогоплательщик, не согласный с решением уполномоченного налогового органа по поданной жалобе, вправе обжаловать это решение в порядке административного судопроизводства Кыргызской Республики или в третейском суде в соответствии с законодательством Кыргызской Республики. При обжаловании решения уполномоченного налогового органа в третейском суде арбитры, рассматривающие жалобу, назначаются председателем третейского суда в количестве трёх арбитров». Сегодня представляется целесообразным продвигать уже это решение, поскольку норма о внесудебном рассмотрении налоговых споров прямо закреплена в налоговом законодательстве.

Что же касается Евразийского экономического союза (ЕАЭС), членом которого является Кыргызстан, то указанного института досудебного порядка разрешения споров в его структуре нет. К примеру, нет какого-либо арбитража или медиации в том понимании, в каком аналогичные институты существуют в мировой практике. В досудебном порядке обращения по спорным моментам государств-членов ЕАЭС могут рассматриваться департаментами ЕЭК. Однако это – бюрократический институт, и он не является каким-либо арбитражем в его классическом виде со своими правилами, регламентами и обязательностью принимаемых решений по существу спора.

РАССМОТРЕНИЕ СПОРОВ В СФЕРЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

Жениш Саргалдакова*

Прежде чем приступить к исследованию особенностей рассмотрения споров в сфере защиты прав интеллектуальной собственности в третейском суде, необходимо, на наш взгляд, определить, что законодатель в Кыргызской Республике понимает под третейскими судами и третейским разбирательством. Согласно преамбуле Закона о третейских судах под третейскими судами понимаются внесудебные органы, порядок образования которых определяет этот закон, а под третейским разбирательством понимается их деятельность по разрешению споров[1].[2] Исходя из вышеприведенных формулировок, мы видим, что в Кыргызской Республике третейский суд является внесудебным органом. Этот факт имеет значение при определении компетенции третейского суда при рассмотрении споров, касающихся защиты прав интеллектуальной собственности.

Права интеллектуальной собственности охраняются в нашей стране как исключительные права частной собственности. В истории Кыргызстана в период пребывания в составе СССР на протяжении порядка 70 лет права на объекты

* К.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса КРСУ; с автором можно связаться по электронной почте: jenishsar@mail.ru.

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

интеллектуальной собственности не признавались исключительными и не относились к объектам собственности, в общественном сознании прочно укоренилось отношение к результатам творческой деятельности как к чему-то неважному, второстепенному, ничейному и неохраняемому.

В настоящее время согласно Конституции КР каждому гарантируется свобода научного, технического, художественного и иных видов творчества. Каждый имеет право на осуществление творческой деятельности в соответствии со своими интересами и способностями (ст. 48). В этой же статье говорится, что интеллектуальная собственность охраняется законом[1]. Мы видим, что Конституция КР результаты творческой деятельности признаёт видом собственности, а именно – интеллектуальной собственности. Более того, в законах, охраняющих объекты интеллектуальной собственности, эти права признаны исключительными, что отражает особый характер этого вида частной собственности.

Интеллектуальная собственность в нашей стране охраняется ГК КР и 13 специальными законами, кроме того, правовые нормы, содержащие гражданскую, административную, уголовную ответственность за нарушение прав интеллектуальной собственности, имеются в соответствующих кодексах. На сегодняшний день Кыргызская Республика является участницей 24 международных договоров в области охраны интеллектуальной собственности.

Следует отметить, что права на интеллектуальную собственность подразделяются на личные неимущественные права и имущественные. Их наполнение несколько отличается в зависимости от вида объекта интеллектуальной собственности, но в основе этого деления лежит следующее понимание: личные неимущественные права признаются

1 Конституция Кыргызской Республики принята референдумом (всенародным голосованием) 11 апреля 2021 года.

«моральными» правами, а имущественные права признаются «экономическими» правами.

Учитывая природу вышеназванных прав, логически можно предположить, что к компетенции третейского суда относятся споры в отношении имущественных прав, так как третейское разбирательство по своей сути создано для разрешения экономических споров, где сторонами являются равносильные субъекты предпринимательской или иной экономической деятельности.

Споры в отношении личных неимущественных прав должны рассматриваться в государственных судах. Личные неимущественные права не имеют экономического содержания, не возникают по поводу имущества, вследствие чего возможность обращения взыскания на объект таких прав отсутствует. Эти права не могут участвовать в гражданском обороте, трудно представить заключение соглашений по личным неимущественным правам, в которые было бы возможно включить третейскую оговорку.

В экономических спорах сторонами выступают юридические лица или физические лица – предприниматели, которые ведут свою деятельность на профессиональной основе. С точки зрения силы, обладания ресурсами, моральной и материальной готовности защищать свои права авторы, по сравнению с предпринимателями, представляют собой слабую сторону отношений. Эта категория людей, являющихся творцами, чаще всего плохо понимает и осознаёт правила и требования материального мира. Не случайно многих из них было принято в обществе называть чудаками. Отсюда и особая забота государства о них и их правах.

В третейском разбирательстве предполагается активная роль сторон, заинтересованных в скорейшем рассмотрении спора, стороны действуют быстро и эффективно, чтобы их экономическая деятельность продолжалась и приносила им последующий доход, они более организованы. У сторон

имеется определённый психологический иммунитет для принятия любого результата разрешения спора. Стороны обладают финансовыми и другими материальными ресурсами, могут привлекать грамотных и сильных юристов для отстаивания своих интересов.

Важнейшее преимущество третейского разбирательства – короткие сроки рассмотрения дел, в случае с личными неимущественными правами авторов утрачивает свою привлекательность. Сам факт обращения в суд для отстаивания своих прав для авторов является тяжело преодолимым стрессом, погружение в который требует осознанности, необходимо время для формирования понимания.

Суд, в свою очередь, предоставляет больше возможностей сторонам для более длительного сбора доказательств, их истребования из различных структур. Судья фактически ведёт судебное расследование, допрашивая свидетелей, задавая вопросы, выясняя детали, приглашая специалистов, назначая экспертизы и т.д. Суд может произвести осмотр и исследование письменных или вещественных доказательств по месту их хранения или нахождения в случае невозможности или затруднительности доставки их в суд. При необходимости собирания доказательств в другом городе или районе поручает соответствующему суду произвести определённые процессуальные действия. Участвующие в деле лица, имеющие основания опасаться, что предоставление необходимых для них доказательств сделается впоследствии невозможным или затруднительным, могут просить суд об обеспечении этих доказательств. Обеспечение доказательств до возникновения дела в суде производится нотариусом или должностными лицами консульских учреждений в порядке, предусмотренном законодательством Кыргызской Республики.

В третейском же разбирательстве арбитры работают с предоставленными сторонами доказательствами, предполага-

ется высокий уровень готовности сторон, отсюда и быстрое рассмотрение спора.

Решения суда первой инстанции могут быть обжалованы, гражданским процессуальным законодательством предусмотрена возможность пересмотра вынесенных решений на разных этапах судопроизводства. Решения же третейского суда являются окончательными и обжалованию не подлежат (ст. 28 Закона)[1].

Наличие публично-правового элемента в споре, разрешаемом органами исполнительной власти в административном порядке, также предполагает его рассмотрение в государственных судах, поскольку, хотя эти отношения и носят гражданско-правовой характер, всё же возникают из публичных (административных) правоотношений и затрагивают публичный порядок. Согласно п. 3 ст. 10 ГК КР «Защита гражданских прав в административном порядке осуществляется лишь в случаях, предусмотренных законом. Решение, принятое в административном порядке, может быть обжаловано в суд»[2].

В Патентном законе КР имеется статья «Рассмотрение споров в судебном порядке», которая относит ряд споров в отношении изобретений, полезных моделей, промышленных образцов к компетенции государственных судов. Учитывая тот факт, что согласно Закону КР «О третейских судах в Кыргызской Республике» третейский суд является внесудебным органом, можно сделать вывод о том, что споры, приведённые в этой статье, не могут быть переданы на рассмотрение третейских судов. Суды в соответствии с этой статьёй рассматривают следующие споры:

1) об авторстве на объекты промышленной собственности;

---

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

2 Гражданский кодекс Кыргызской Республики от 8 мая 1996 года № 15.

2) о выдаче патента;
3) об установлении владельца патента;
4) о выдаче принудительной лицензии;
5) о нарушении исключительного права на использование охраняемого объекта промышленной собственности и других имущественных прав владельца патента;
6) о заключении и исполнении лицензионных договоров на использование охраняемого объекта промышленной собственности;
7) о праве преждепользования;
8) о выплате вознаграждения автору работодателем в соответствии с договором, предусмотренным частью первой статьи 10 настоящего Закона;
9) другие споры, связанные с охраной прав (ст. 35)[1].

Анализ приведённых споров показывает, что часть из них подразделяется на две категории: либо это спор относительно нарушения личных неимущественных прав (об авторстве на объекты промышленной собственности – присвоение авторства, принуждение к соавторству и т.п.), либо в споре имеется публично-правовой элемент, в силу чего они не подлежат третейскому разбирательству, поскольку, хотя и носят гражданско-правовой характер, всё же возникают из публичных (административных) правоотношений и затрагивают публичный порядок. В свою очередь, наличие публично-правового элемента влияет либо на разрешение его органами исполнительной власти (о выдаче патента) в административном порядке, либо спор затрагивает публичные интересы (о выдаче принудительной лицензии).

Но одновременно мы видим, что часть споров, перечисленных в статье 35 Патентного закона КР, не совсем оправданно присутствует в ней. Так, спор о нарушении исклю-

1 Патентный закон Кыргызской Республики, от 14 января 1998 года № 8.

чительного права на использование охраняемого объекта промышленной собственности и других имущественных прав владельца патента не относится ни к первой, ни ко второй группе прав, поскольку носит чисто экономический характер. Соответственно, эта категория споров может быть отнесена к ведению третейских судов. Было бы правильным исключить данное положение из этой статьи.

Отнесение спора об установлении владельца патента к указанной категории споров – явная ошибка законодателя, считает Еременко В.И.;

> *«так как это классический пример спора, возникающего из гражданско-правовых отношений, относительно которого не предусмотрен досудебный административный порядок рассмотрения. Подобные ситуации нередки, когда работник, являясь автором служебного изобретения, получает патент на своё имя, в то время как по договору право на получение патента принадлежит работодателю»*[1].

Согласно Федеральному Закону «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» в арбитраж (третейское разбирательство) по соглашению сторон могут передаваться споры между сторонами гражданско-правовых отношений, если иное не предусмотрено федеральным законом (п. 3 ст. 1 Закона)[2].

Споры о заключении и исполнении лицензионных договоров на использование охраняемого объекта промышленной собственности традиционно считаются во всём мире арбитрабельными, возникающими из гражданско-правовых отношений. Единственным моментом, почему эта категория споров могла попасть в эту статью, может быть то, что

1 *Еременко В. И.* Новая система третейского разбирательства в Российской Федерации, Предпринимательство и право, информационно-аналитический портал. 2017 http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=8539

2 Федеральный Закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ.

подобные договоры в обязательном порядке должны быть зарегистрированы в Кыргызпатенте, в противном случае они признаются недействительными, т.е. присутствует публичный элемент. Статья 15 Патентного закона КР наряду с требованием регистрации в Кыргызпатенте лицензионного договора содержит также требование об обязательной регистрации договора о залоге права на патент. «Лицензионный договор, договор о залоге права на патент вступают в силу с даты их регистрации в Кыргызпатенте, и сведения о регистрации публикуются в официальном бюллетене Кыргызпатента»[1].

Думается, что законодателю необходимо изменить редакцию данной нормы, отразив то, что в судебном порядке должны рассматриваться споры о государственной регистрации лицензионных договоров на использование охраняемого объекта промышленной собственности, договора о залоге права на патент, а также государственной регистрации договоров об отчуждении изобретений, полезных моделей, промышленных образцов. Тем самым отделить споры о заключении, исполнении, изменении и прекращении договоров об отчуждении изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, лицензионных договоров на использование охраняемых объектов промышленной собственности и договоров о залоге права на патент. Эти споры могут и должны рассматриваться в третейском суде.

Помимо статьи 35 Патентного закона КР, содержащей перечень споров, рассматриваемых судом, статья 15 Патентного закона КР относит споры об отказе в заключении договора, а также по условиям договора так называемой открытой лицензии к компетенции суда. «Предоставление права на использование объекта промышленной собственности, согласно которой владелец патента может подать в Кыргызпатент заявление о предоставлении любому лицу права на использование объекта промышленной собственности (от-

1 Патентный закон Кыргызской Республики, от 14 января 1998 года № 8.

крытая лицензия) на устанавливаемых договором условиях. Заявление владельца патента о предоставлении права на открытую лицензию отзыву не подлежит. Споры об отказе в заключении договора, а также по условиям договора рассматриваются судом»[1]. Здесь мы наблюдаем полномочия государственного органа в области интеллектуальной собственности, предусмотрен административный порядок получения открытой лицензии, соответственно, понятно, что вытекающие отсюда споры отнесены к компетенции государственных судов.

Спор о выплате вознаграждения автору работодателем в соответствии с договором на первый взгляд не относится ни к первой, ни ко второй группе споров. Почему законодатель отнёс этот вид спора к компетенции суда, не совсем понятно. Предположительно причины отнесения этого спора к ведению государственных судов аналогичны причинам выделения споров относительно нарушения личных неимущественных прав в категорию споров подведомственных государственным судам. Возможно, законодатель расценил автора как слабую сторону в отношениях с работодателем, либо провёл аналогию с трудовыми правами автора, ведь спор о выплате вознаграждения автору работодателем возникает в процессе реализации трудовых правоотношений.

Более глубокое погружение в природу этого спора наводит на следующее рассуждение. Спор о выплате вознаграждения автору работодателем имеет двойственную природу. С одной стороны, работодатель должен признать и соблюсти личное неимущественное право автора на авторство, а с другой стороны, речь идёт о выплате работодателем вознаграждения за созданный автором результат его творческой деятельности, т.е. включаются имущественные права.

Из теории гражданского права мы знаем, что личные неимущественные права подразделяются на личные неимущественные права, не связанные с имущественными, и

1 Патентный закон Кыргызской Республики, от 14 января 1998 года № 8.

на личные неимущественные права, связанные с имущественными правами. Так вот, обязанность выплаты работодателем вознаграждения автору за созданный автором результат научно-технической творческой деятельности относится, на наш взгляд, к личным неимущественным правам, связанным с имущественными правами. Исходя из этого, законодателю необходимо учитывать такое деление личных неимущественных прав. К примеру, Закон Республики Казахстан «Об арбитраже», ограничивая возможность рассмотрения арбитражами споров в отношении личных неимущественных прав, сделал в этом вопросе чёткое уточнение: «Арбитраж не вправе рассматривать споры, возникающие из личных неимущественных отношений, не связанных с имущественными» (п. 9 ст. 8)[1].

Споры о праве преждепользования в отношении изобретения, полезной модели или промышленного образца возникают из гражданско-правовых отношений, административный порядок рассмотрения данного спора не предусмотрен, поэтому этот вид спора также необходимо исключить из редакции ст. 35 Патентного закона КР.

Анализ законодательства Кыргызской Республики на предмет рассмотрения споров в сфере защиты прав интеллектуальной собственности в третейском суде на примере патентных прав показывает необходимость совершенствования национального законодательства в области патентного права. Что касается других объектов прав интеллектуальной собственности, то, учитывая специфику правового регулирования каждого из них, охватить их все в рамках одной статьи не представляется возможным.

Несомненно, что деятельность третейских судов необходима. Все мы знаем о загруженности государственных судов, длительных сроках рассмотрения дел и возможности бесконечных обжалований, несовершенстве процедур отбора и назначения судей, что влияет на профессионализм и ка-

1 Закон Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 г. № 488-V.

чество рассмотрения споров в судебной системе. Деятельность третейских судов способствует качественной разгрузке системы государственных судов.

Почему же эта форма урегулирования споров актуальна для споров в области права интеллектуальной собственности? В первую очередь, конечно же, быстрота рассмотрения спора, позволяющая избежать потери времени, финансов, нервов. В государственных судах в разы срезаются размеры неустоек, даже если они установлены условиями лицензионного договора, а сложившаяся практика взыскания морального вреда создала такие рамки, которые не вызывают никакого морального удовлетворения. Возможность рассмотрения спора в одном месте, независимо от того, где находится ответчик. Минимизация негативного воздействия на лиц творческих профессий от длительности, нудности, отсутствия позитива процесса судебного разбирательства. Возможность затягивания судебных процессов постепенно развращает стороны, снижая их мотивацию на добросовестное исполнение заключенных договоров. Государственные судьи рассматривают массу дел разнополюсной направленности и зачастую не разбираются в специфике сферы интеллектуальной собственности, что, конечно же, снижает качество судебных решений. Третейское разбирательство позволяет привлекать в качестве арбитров специалистов в сфере интеллектуальной собственности.

ВОЗМОЖНОСТЬ РАССМОТРЕНИЯ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ТРУДОВЫХ СПОРОВ В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

Фатима Якупбаева*

1

В статье исследуется вопрос о возможности разрешения третейскими судами индивидуальных трудовых споров. Анализируются действующее законодательство и разные правовые позиции. С учётом действующего законодательства сделан вывод о том, что третейские суды не вправе рассматривать индивидуальные трудовые споры.

«Настоящий Закон применяется при передаче по соглашению сторон на рассмотрение третейского суда споров, возникающих из гражданских правоотношений» – гласит статья 1 Закона КР «О третейских судах» от 30 июля 2002 года.

Статья 7 этого же закона указывает, что стороны могут заключить третейское соглашение о передаче на рассмотрение третейского суда всех или определённых споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с гражданскими правоотношениями, независимо от того, носили ли они договорный характер или нет.

Форма третейского соглашения может быть оформлена в виде специального условия в договоре или оформлена в виде отдельного соглашения.

* Заместитель председателя МТС ТПП по медиации, адвокат, медиатор, арбитр; с автором можно связаться по электронной почте: fatima.yakupbaeva@gmail.com.

Рассматривая конструкции слов *«возникающих из гражданских правоотношений»* или *«в связи с гражданскими правоотношениями»* на предмет возможности рассмотрения трудовых споров в третейском суде, сразу на ум приходит соответствующая глава в ГК КР «Регулирование гражданско-правовых отношений».

В статье 1 ГК действительно упоминается регулирование семейных и трудовых отношений настоящим Кодексом, однако имеется важное уточнение:

> *«Гражданское законодательство применяется в случаях, когда эти отношения не регулируются соответственно семейным, трудовым законодательством»*

Иными словами, упоминание происходит по остаточному признаку.

Если в Трудовом кодексе нет соответствующего регулирования, то вопросы имущественного характера и связанные с ними личные неимущественные отношения могут регулироваться Гражданским кодексом.

Порядок рассмотрения индивидуальных трудовых споров регулируется Трудовым кодексом весьма детально: основания и сроки обращения, формирование органа по рассмотрению спора, процедуры рассмотрения, компетенция рассмотрения споров комиссиями и судами, обжалование, освобождение от судебных расходов и т.д.

Безусловно, есть отсылочная норма к гражданско-процессуальному законодательству как к отраслевому нормативному акту, регулирующему процесс ещё более детально (статья 413 ТК КР).

При этом отсутствуют упоминания о возможности изъятия спора из компетенции одного юрисдикционного органа (государственного суда) и передачи его на рассмотрение другому органу (третейскому суду) по всему тексту главы

42 Трудового кодекса КР, которая посвящена порядку рассмотрения индивидуальных трудовых споров.

Включение в трудовой договор третейской оговорки или заключение с работником отдельного третейского соглашения противоречит действующему гражданскому законодательству по следующим причинам:

Во-первых, следуя норме статьи 7 Закон о третейских судах, третейское соглашение заключается для возможности рассмотрения споров, возникших или которые могут возникнуть в связи с гражданскими правоотношениями.

Сами гражданские правоотношения охватывают вопросы правового положения участников гражданского оборота, порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности, регулирование имущественных и связанных с ними личных неимущественных отношений[1].

Специфика трудовых правоотношений существенно отличается от гражданских правоотношений рядом отличительных факторов, таких как:

- личное выполнение обязанностей (чего нет в большинстве гражданско-правовых-сделок; исключение: договоры поручения, оказания услуг, бытового подряда, где личное участие поверенного/исполнителя/подрядчика предполагается);
- подчинение трудовому распорядку;
- выполнение конкретной трудовой функции за оплату;
- ответственности работодателя за необеспечение безопасных условий труда и т.д.

Стороны трудового договора не могут рассматриваться как участники гражданского оборота. Поскольку последние, как правило, это организации и граждане, распоряжающиеся своими доходами и вступающие в различные имуществен-

1 Пункт 1 статьи 1 Гражданского кодекса КР от 8 мая 1996 года.

ные правоотношения. Трудовые же отношения регулируют не только имущественные вопросы (образование доходов), но чаще – вопросы организации трудового процесса и охраны безопасности условий труда.

Кроме того, принципы двух категорий правоотношений совершенно разные. И убедиться в этом можно на примере одного из основания для возникновения трудовых отношений - *направления на работу уполномоченными законом органами в счёт установленной квоты*[1].

Это основание явно не соответствуют одному из основополагающих принципов гражданских правоотношений - «автономия воли сторон».

Работодатель при направлении к нему в организацию лица в счёт квоты обязан вступить с трудовые отношения с этим лицом. За отказ в принятии на работу существует ответственность в виде штрафа от 7 500 до 23 000 сомов[2], такую меру уж точно не назовёшь диспозитивной нормой.

Во-вторых, обращение в третейский суд, как в орган, уполномоченный рассматривать трудовые споры, не предусмотрено Трудовым кодексом КР.

Статья 412 Трудового кодекса КР определяет только три института, в которые возможно обращение:

- комиссии по трудовым спорам (если таковые существуют в организации);
- уполномоченный государственный орган в области надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства;
- суды.

Да, в статье не указана фраза «государственные суды», а из Закона КР «О третейских судах в КР» можно сделать вывод, что третейский суд – это тоже суд, просто суд третьей

1 Абзац 2 части 4 статьи 14 Трудового кодекса КР от 4 августа 2004 года.

2 Статья 88 (необоснованный отказ в принятии на работу) Кодекса КР «О правонарушениях».

стороны. Однако третейские суды не относятся к органам судебной власти и не входят в систему судопроизводства[1], поэтому под термином «суд» в действующем законодательстве должен пониматься именно государственный суд, если, конечно, в соответствующем нормативном правовом акте не оговорено иное, как в случае с НК КР[2] или с АПК КР[3].

В-третьих, специфика трудовых споров зачастую может выходить на пределы обычного имущественного интереса (взыскание заработной платы за время вынужденного прогула, компенсации за неиспользованный отпуск и т.д.).

Например, таковыми являются заявления работника:

- о восстановлении на работе, независимо от оснований прекращения трудового договора;
- о нарушении правил организации перевода/перемещения работника на другую работу;
- требование изменить дату и формулировку причин увольнения;
- жалоба на требование работодателя о перезаключении бессрочного трудового договора на срочный, если характер работы и условия труда не изменились;
- и ряд других заявлений и требований, по которым работники вправе обращаться в суды, что подтверждает статья 412 Трудового кодекса КР.

В-четвертых, принцип конфиденциальности третейского разбирательства не соответствует принципу гласности судебного разбирательства.

По общему правилу, разбирательство дел во всех государственных судах открытое. Рассмотрение дел в закрытых судебных заседаниях осуществляется по делам, содержащим

1 Статья 94 Конституции Кыргызской Республики от 11 апреля 2021 года.

2 Пункт 7 статьи 169 Налогового кодекса КР от 18 января 2022 года.

3 Часть 3 статьи 15 Административно-процессуального кодекса КР от 25 января 2017 года.

сведения, составляющие государственную тайну, а также по другим делам, когда это предусмотрено законом.

Рассмотрение индивидуальных трудовых споров не относится к категории дел, содержащих государственную тайну и другие охраняемые законом виды тайн (врачебная, адвокатская, нотариальная и т.д.).

Присутствовать и участвовать в рассмотрении трудовых споров могут все лица старше 16 лет, заявлять позицию, давать разъяснения и представлять доказательства могут и другие лица, которые не обязательно являются истцами или ответчиками. Например, эксперты, специалисты, уполномоченный орган в области надзора и контроля за соблюдением трудового законодательства, при этом их участие бесплатное. Расходы, связанные с их участием, не возлагаются на проигравшую сторону.

Вынесенный судебный акт как по существу, так и нет, публикуется в реестре судебных актов, который доступен для всеобщего ознакомления (с учётом деперсонификации).

В третейском разбирательстве всё совершенно иначе: слушания конфиденциальны, участие других лиц допускается только с обоюдного согласия сторон, расходы за участие экспертов и специалистов возлагаются на проигравшую сторону, а решения арбитров нигде не публикуются. Решение вручается только сторонам третейского разбирательства в срок, установленный Законом о третейских судах[1] и Регламентом третейского суда[2].

В-пятых, даже если и рассматривать отдельное третейское соглашение как приложение к трудовому договору и называть

1 Пункт 1 статьи 28 Закона КР «О третейский судах КР» устанавливает: *«мотивированное решение должно быть направлено сторонам не позднее 5 дней с момента объявления резолютивной части решения».*

2 К примеру, согласно пункту 47.3. Регламента МТС ТПП КР *«Мотивированное решение направляется сторонам, а в случае третейского разбирательства онлайн – размещается в арбитражном кабинете МТС ТПП в течение десяти дней».*

его гражданско-правовой сделкой, такое убеждение не соответствует действующему гражданскому законодательству.

Учитывая юридическую природу третейского соглашения, оно регулирует процессуальные вопросы, а не только материально-правовую сторону спора, несмотря на возможность указания в третейской оговорке или соглашении юрисдикции, отличной от законодательства Кыргызской Республики.

В трудовых отношениях по умолчанию действует законодательство Кыргызской Республики[1], кроме случаев международно-правового регулирования по ряду отдельных вопросов: признание листков нетрудоспособности, выданных зарубежными лечебными организациями; признание и ратификация нескольких конвенций Международной организации труда и т.д.

Согласно статье 381 ГК КР договором признаётся соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Статья 172 ГК КР определяет сделку как действия граждан и юридических лиц, направленные на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей.

Таким образом, гражданско-правовой договор (сделка) направлен на получение гражданско-правового (материально-правового) результата, в то время как третейское соглашение всегда влечёт за собой последствия совсем иного, процессуального характера: согласие на передачу спора из компетенции государственного суда на рассмотрение конкретного третейского суда с обязанностью исполнить это решение добровольно или принудительно с учётом правил гражданско-процессуального законодательства.

Процедура третейского разбирательства мало чем напоминает деятельность по исполнению договора (какой бы вид договора мы не рассматривали), а сами арбитры не явля-

1 Статья 3 Трудового кодекса КР от 4 августа 2004 года.

ются участниками третейского соглашения. Арбитры при рассмотрении спора руководствуются только процессуальными нормами, установленными Регламентом и юрисдикцией, указанной в третейском соглашении.

Заключение

Подводя читателей к заключению, стоит ещё раз подчеркнуть, что между гражданскими и трудовыми правоотношениями, несмотря на относительную схожесть правоотношений, существует различие на уровне принципов и предметов регулирования. Выдергивание отдельных положений из действующего законодательства, узкое толкование отдельных терминов и подход «всё, что не запрещено, разрешено» в контексте рассмотрения трудовых споров в третейских судах – некорректно.

Отличия между правоотношениями существуют на фундаментальном уровне.

Кроме того, с учётом положений трудового и гражданско-процессуального законодательств существует ряд ограничений и условий, которые не позволяют инициировать защиту трудовых прав с аппаратом принуждения в институтах, отличных от государственных судов.

Пожалуй, единственный пример, который мог бы стать предметом третейского разбирательства, на мой взгляд, это небольшая группа исковых требований.

Например, иски на основании абзаца 3 статьи 6 ТК КР. Эта норма позволяет инициировать в судебном порядке признание гражданско-правового договора трудовым договором.

Разумеется, арбитрабельность такого спора возможна при наличии соответствующей третейской оговорки в гражданско-правовом договоре и соблюдении всех формально-

стей, связанных с обращением в третейский суд (например, уплаты сборов).

При этом целесообразность такого иска ставится под сомнение, поскольку даже если третейский суд признает, что фактически гражданско-правовым договором регулируются трудовые отношения, арбитр всё равно не сможет удовлетворить исковые требования по взысканию компенсаций и восстановлению нарушенных прав работника. Эта компетенция с учётом действующих трудового и гражданско-процессуального законодательств принадлежит государственным судам по общим правилам подсудности.

Другим примером можно назвать отдельные правовые положения ТК КР, которые напрямую отсылают к гражданско-правовой природе отношений: ученический договор[1], ответственность исполнительного органа организации[2], ограничения, налагаемые на гражданина, замещавшего должность государственной или муниципальной службы, при заключении им трудового или гражданско-правового договора[3]. При этом существенным условием инициирования третейского разбирательства и признания компетенции третейским судом также является наличие специального условия (арбитражной оговорки) во всех вышеописанных гражданско-правовых сделках.

1 Статья 198 Трудового кодекса КР от 04 августа 2004 года.

2 Статья 291 Трудового кодекса КР от 04 августа 2004 года.

3 Статья 58-1 Трудового кодекса КР от 04 августа 2004 года.

ОСОБОЕ МНЕНИЕ ОБ «ОСОБОМ МНЕНИИ» И «КОНФЛИКТЕ ИНТЕРЕСОВ» В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Сагын Омуралиев[1*]

«Если у меня другое мнение, это не значит, что я ваш враг или идиот. Это просто значит, что у меня другое мнение...»

Эдвард Радзинский[12]

В ходе рассмотрения арбитражных споров, как перед началом третейского разбирательства, так и в его стадии, а также при вынесении решения по делу арбитры иногда могут сталкиваться с двумя такими ситуациями, как: а) выражение «особого мнения» и б) «конфликт интересов». Если обратить внимание на наименование данной статьи, то в него я заложил игру слов и некую, так сказать, лингвистическую

* Арбитр МТС ТПП, арбитр Арбитражной комиссии округа Чинжоу, КНР, адвокат, медиатор; с автором можно связаться по электронной почте: sagomur@mail.ru

1 Эдвард Станиславович Радзинский (1936 г.р.) – известный советский и российский писатель, драматург, прозаик, сценарист и телеведущий, почётный член Российской академии художеств, обладатель премий ТЭФИ (сокр. от «телевизионный эфир», аналог американской премии «ЭММИ») в 1997, 1999, 2003, 2004 годах. https://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=Конфликт_интересов&oldid=115503875

«интрижку», т.е. выражение особых мнений об **«особом мнении»** и **«конфликте интересов»** в третейском разбирательстве, и поэтому заключил обе эти ситуации в кавычки, ибо они будут ниже рассматриваться **раздельно.** Поскольку **«конфликт интересов»** (далее сокращённо – КИ) может возникнуть как **перед** началом рассмотрения спора при ознакомлении с материалами дела, так и **в ходе** его рассмотрения, то он является, так сказать, **первичным** или **приоритетным** для обсуждения, а не **«особое мнение»,** которое в данном случае является **вторичным** и может появиться или выражается арбитром уже **после** окончания рассмотрения спора при вынесении арбитражного решения. Однако внимания арбитров заслуживают обе ситуации, с которыми может столкнуться любой из них в своей деятельности в статусе третейского судьи в рамках МТС.

Итак, что такое КИ с точки зрения его определения и норм законодательства?

> *«Конфликт интересов – это ситуация, при которой личная заинтересованность человека может повлиять на процесс принятия решения и таким образом принести ущерб интересам общества либо компании, являющейся работодателем сотрудника»*[1].

В своей арбитражной практике мне пришлось однажды столкнуться с вопросом КИ лет 15 назад, когда два юридических лица избрали меня единоличным арбитром по возникшему у них спору. Сумма иска была очень крупная и в долларах США. Внимательно изучив материалы дела, я обнаружил, что в споре имеется КИ, причём личностного характера, который, при вынесении мною решения по делу и при явном обнаружении этого КИ другой стороной спора, мог повлиять как на мой авторитет арбитра, так и, соответственно, в целом на авторитет МТС, который я представлял. В итоге мною был подан **самоотвод,** а согласно Регла-

1 https://ru.wikipedia.org/w/index.php?title=Конфликт_интересов&oldid=115503875

менту МТС дело было передано запасному арбитру. Более того, уже после завершения третейского разбирательства и вынесения окончательного решения по делу арбитра, обоснованно заменившего меня и явно не имевшего КИ по этому спору (в отличие от меня), стали вызывать в различные властные структуры для выяснения каких-то обстоятельств и дачи каких-то объяснений по рассмотренному делу, что противоречит ст. 19 Закона о третейских судах и ст. 14 Регламента МТС ТПП по вопросу конфиденциальности сведений о третейском разбирательстве. Впоследствии этот арбитр рассказал мне обо всех перипетиях, которые ему пришлось претерпеть по рассмотренному спору этих двух юридических лиц.

Относительно норм права, касающихся и регулирующих вопросы по обсуждаемой теме КИ, было бы уместно отметить следующее.

В ходе тренинга для судей на тему «Соблюдение правил судейской этики и правил по конфликту интересов – важнейший механизм предупреждения коррупции», состоявшегося в Бишкеке 29-30 октября 2018 года в рамках Программы «Верховенство права в Кыргызской Республике - 2-я фаза», было отмечено, что необходимость борьбы с коррупцией постепенно приводила общество к пониманию **законодательного** регулирования КИ как предупреждающего фактора коррупции.

В ряде государств стали появляться отдельные программы по этому вопросу, и они становились составной частью уже более обширных программ по вопросам предупреждения и борьбы с коррупцией. Это характерно для таких стран, как Германия, Польша, Венгрия, Российская Федерация. В них положения по вопросу КИ записаны отдельными нормами в законах о борьбе с коррупцией. В виде специальных нормативно-правовых актов (НПА) **Законы «О конфликте интересов»** (именно с таким названием) на пространстве

бывшего СССР были приняты в Республике Молдова, в Латвии, Литве, Грузии и в Кыргызской Республике[1]. В других, соседних с Кыргызстаном центральноазиатских государствах такого специального закона о КИ ещё не принято.

В целях предупреждения и борьбы с коррупцией в нашей стране также принят специальный Закон КР «О противодействии коррупции»[2], где п.п. с 5 по 11 ст. 9 посвящены вопросам КИ. В одноимённых законах РФ (ст.10 и 11) и Республики Казахстан (ст.15) также говорится о КИ.

В другом Законе КР «О государственной гражданской службе и муниципальной службе»[3] вопросы КИ отражены в ст. 33.

КИ – это конфликт между общественно-правовыми обязанностями и личными интересами субъектов, на которых распространяется закон. При этом личные (частные) интересы этих лиц влияют или могут повлиять на выполнение ими своих обязанностей, что приводит или может привести к нарушению прав и интересов граждан, организаций или государства. Из этой формулировки вытекает, что КИ может быть реальным, потенциальным, а также произошедшим.

Конфликт интересов – это не абстрактное понятие, оно наполнено конкретным содержанием. Это позволяет осуществлять судебное, административное, а также дисциплинарное преследование лиц, нарушающих требования по КИ. В большинстве государств присутствуют все три вида преследования, и применяются они в зависимости от тяжести правонарушения. Немало стран, в которых созданы специальные органы, отвечающие за положение дел в стране по КИ. Необходимость совершенствования института регулирования КИ, сокращения числа ситуаций, которые потенциально ведут к коррупции, обусловили принятие этого отдельного закона и в Кыргызской Республике.

1 Закон КР от 12 декабря 2017 года № 206 (11) «О конфликте интересов».

2 Закон КР «О противодействии коррупции».

3 Закон КР «О государственной гражданской службе и муниципальной службе».

Хотя этот Закон КР «О конфликте интересов» и указанные выше два других закона нашей страны определяют организационные и правовые основы управления КИ в деятельности лиц, занимающих **государственные** и **муниципальные** должности, было бы желательно ввести их распространение и на МТС ТПП (несмотря на то, что он *«создан как некоммерческая организация в организационно-правовой форме Общественного фонда»,* п. 1 «Положения о МТС») в лице его арбитров, т.к. они решают **судьбу, финансово-экономическое состояние юридических и физических лиц** через третейское разбирательство, а сквозь призму имеющегося или не имеющегося КИ можно рассматривать вопросы о наличии или отсутствии у них принципов **беспристрастности** и **независимости.** И можно предположить (допуская, но не заявляя категорично), что при рассмотрении какого-нибудь спора кто-либо из арбитров может быть **лично, прямо или косвенно заинтересован в исходе дела,** что естественно может повлиять как на их авторитет, так и на авторитет и статус МТС в целом.

Следует отметить, что ни в одном нормативном правовом документе (НПД), регламентирующем и регулирующем деятельность МТС ТПП: Закон о третейских судах, Положение о МТС, Регламент и Ускоренный Регламент МТС, Регламент Малого жюри МТС, включая формально заполняемое арбитрами «Заявление о принятии функций арбитра и независимости арбитра от сторон», не заложено понятие и определение КИ как таковое и возможные его последствия. До сих пор, то есть на момент подготовки данной публикации (20 апреля 2022 года), так и не принят и не утверждён Наблюдательным советом т.н. *Кодекс профессиональной этики арбитров МТС ТПП*, в который также необходимо внести понятие и определение КИ.

В то же время, о «конфликте интересов», «независимости и беспристрастности» государственных судей указано в *Ко-*

дексе чести судей Кыргызской Республики, принятом на X Съезде судей КР 19 февраля 2016 г.

В нормативных документах соседнего Казахстана, регламентирующих и регулирующих арбитражную деятельность, в частности, в Законе РК «Об арбитраже»[1] и в его Регламенте также нет конкретного понятия и определения КИ, а говорится о принципах «законности, справедливости, равноправии сторон», «независимости, беспристрастности, непредвзятости арбитров». В связи с развитием арбитражной практики в Казахстане соблюдение этих принципов приобретает всё большую популярность. По ряду возникающих проблем с подобными принципами свою позицию высказывает и Арбитражная палата Республики Казахстан.

Между тем, в Федеральном Законе «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»[2] в ст. 46 «Недопустимость конфликта интересов при осуществлении деятельности созданного в Российской Федерации постоянно действующего арбитражного учреждения» сказано о недопущении КИ, даны определения и цели данного закона в вопросах регулирования этого понятия в арбитраже.

В 2004 году Международной ассоциацией юристов[3] (МАЮ) были разработаны и приняты «Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов в международном арбитраже», которые доказали свою актуальность и значимость для обеспечения независимости и беспристрастности арбитров в рамках международных арбитражных разбирательств.

23 октября 2014 года эта Ассоциация приняла новую версию «Руководящих принципов...» (IBA Guidelines on Conflict

1 Закон РК «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 г. №488-V ЗРК (с изм. и доп. по состоянию на 21.01.2019 г.)

2 Федеральный Закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», 29 декабря 2015 г., №382-ФЗ.

3 International Bar Association, 4th Floor, 10 St Bride Street, London EC4A AD United Kingdom, Tel: +44 (0) 20 7842 0090, Fax: +44 (0) 20 7842 0091, IBA guides and free materials aspx.

of Interest in International Arbitration), в ходе разработки которой был учтён опыт применения прошлой версии 2004 года, а также современные условия ведения бизнеса, в том числе и в юридической области. Этот документ получил широкое признание в международном арбитражном сообществе. Арбитры обычно опираются на этот документ, принимая решение о возможных назначениях, а стороны и их юридические представители часто учитывают «Руководящие принципы...» при оценке их беспристрастности и независимости, а арбитражные институты и суды принимают их к сведению при разрешении заявлений об отводе арбитров.

Так, в п. (а) раздела (2) «Конфликт интересов» указано:

> *«Если арбитр сомневается в своей возможности быть беспристрастным и независимым, такой арбитр должен отказаться от назначения. Этот стандарт должен применяться независимо от стадии разбирательства».*

Или в п. (а) раздела (3) «Раскрытие информации арбитром» отмечено:

> *«При наличии фактов или обстоятельств, которые могут, с точки зрения сторон, вызвать сомнения в беспристрастности и независимости арбитра, арбитр должен раскрыть такие факты или обстоятельства сторонам, арбитражному учреждению или иному назначающему органу (если таковой имеется, и если это требуется согласно применимому регламенту) и другим арбитрам, если таковые имеются, до принятия своего назначения, или, если назначение уже принято - как только арбитру станет известно о таких фактах или обстоятельствах».*

В п. (е) этого же раздела также оговорено следующее:

«При рассмотрении вопроса о наличии или отсутствии фактов или обстоятельств, подлежащих раскрытию, арбитр не должен принимать во внимание, находится ли арбитражное разбирательство на ранней или на более поздней стадии».

Таким образом, эти изложенные ситуации должны настраивать арбитра на письменный и обоснованный самоотвод.

Для того чтобы стандарты указанных выше «Руководящих принципов...» применялись в арбитраже максимально последовательно и эффективно, критерии для отвода/самоотвода арбитра должны быть объективными и обоснованными. Формулировка «беспристрастность и независимость» также основана на широко используемой ст. 12 Типового закона Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), а данный стандарт должен применяться независимо от стадии разбирательства:

«Статья 12. Основания для отвода

1) В случае обращения к какому-либо лицу в связи с его возможным назначением в качестве арбитра это лицо должно сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения в отношении его беспристрастности или независимости. Арбитр с момента его назначения и в течение всего арбитражного разбирательства должен без промедления сообщать сторонам о любых таких обстоятельствах, если он не уведомил их об этих обстоятельствах ранее.

2) Отвод арбитру может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не соответствует требованиям, предъявляемым в соглашении сторон. Сторона может заявить отвод арбитру, которого она назначила или в назначении ко-

торого она принимала участие, лишь по причинам, которые стали ей известны после его назначения»1.

В статьях 10 и 11 Закона КР «О третейских судах», в статьях 30 Регламента и Ускоренного Регламента МТС, Регламента Малого жюри МТС оговорены случаи заявления отвода арбитру какой-либо стороной (сторонами) спора или самоотвода арбитра по соответствующим мотивам. В них же имеется оговорка *«иные обстоятельства, вызывающие сомнение в его беспристрастности или независимости»* по рассматриваемому арбитражному делу. Хотелось бы дополнить эти *«иные обстоятельства...»* некоторыми возможными ситуациями, в которых арбитр может оказаться, и они могут стать сигналом, причиной КИ.

Так, например, арбитр (в т.ч. не находящийся в списке арбитров МТС ТПП) по какому-либо конкретному спору, может оказаться в следующих статусах *юридического лица,* являющегося *стороной* по делу в третейском разбирательстве в МТС:

– членом органа управления или может контролировать деятельность этого юрлица;
– членом Совета директоров;
– членом коллегиального исполнительного органа, например членом правления;
– контролирующего лица, например акционера, которому принадлежит больше 50% акций компании;
– лица, которое вправе давать компании обязательные указания.

Данный человек может быть избран арбитром для участия в третейском разбирательстве со стороны этого же юридического лица, но другая сторона (стороны) об этом не знает или ещё/пока не знает.

В тех же «Руководящих принципах...», о которых говорилось выше, отмечается:

1 https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1012637&pos=2;-106#pos=2;-106

> *«Пристрастность возникает в тех случаях, когда арбитр отдаёт предпочтение одной из сторон или когда он предвзято относится к предмету спора. Арбитр также, возможно, имеет материальную заинтересованность в исходе спора или если он уже занял по отношению к нему какую-либо позицию».*

Продолжая развивать тему КИ, возникает ещё один вопрос: может ли арбитр МТС ТПП быть представителем стороны по спору, который рассматривается другим арбитром (арбитрами) этого же МТС ТПП? Пункты 4.1. ст. 4 «Принципы третейского разбирательства» Регламента МТС и Регламента Малого жюри МТС дают такую возможность арбитрам, где указано:

> *«...Представители сторон, включённые в список арбитров МТС ТПП, не могут быть избраны сторонами в качестве третейских арбитров, однако* ***вправе выступать в качестве представителя стороны в третейском разбирательстве»****.*

Я бы предложил исключить такое право и возможность из этих документов, поскольку в противном случае могут возникнуть следующие ситуации:

а) арбитрирующий по этому же спору единоличный арбитр МТС, один или два из трёх или более арбитров (если это Малое жюри), в порядке профессиональной солидарности, дружеских или товарищеских отношений может занять заведомо предвзятую позицию и вынести решение в пользу стороны этого представителя-арбитра (из списка МТС) по принципу «Manus manum lavat» (с лат. «Рука руку моет» или, проще говоря, «ты – мне, я в следующий раз – тебе» или наоборот);

б) другой представитель-арбитр (также из списка МТС) в порядке возможной антипатии, недружелюбности, неприязни к арбитрирующему арбитру/арбитрам МТС или по

каким-либо другим причинам может повести себя на третейском разбирательстве угрожающе-агрессивно-вызывающим образом (как было однажды в моей практике на одном из заседаний в составе трёх арбитров), что также может вызвать КИ и побудить арбитрирующего арбитра/арбитров к вынесению предвзятого решения против представителя-арбитра и представляемой им стороны.

Эти две ситуации («а» и «б») могут вызвать так называемое **взаимовлияние** тех и других арбитров и отразиться на принятии арбитражного решения и, естественно, на авторитете МТС в целом. Однако здесь же следует отметить допустимость арбитра МТС ТПП быть представителем стороны по арбитражному делу, рассматриваемому совершенно в другом третейском (арбитражном) суде, но не в МТС.

Подытоживая первую часть данной публикации, хотелось бы отметить следующее:

1. Конфликт интересов в рамках МТС ТПП КР – это не преступление, и его урегулирование является превентивной мерой в третейском разбирательстве;
2. МТС необходимо понимать, что при возникновении КИ существует риск неправомерных действий со стороны арбитра;
3. Каждый арбитр должен быть беспристрастным и независимым от сторон на момент принятия назначения/избрания и должен оставаться таковым до вынесения окончательного решения или окончательного его прекращения по иным основаниям;
4. Для арбитра с КИ письменное уведомление о его наличии позволяет снять риск, что его действия признают недобросовестными со всеми вытекающими последствиями;
5. Порядок письменного уведомления о КИ в третейском суде должен быть установлен как нормами со-

ответствующего закона КР, так и внутренними положениями и документами МТС ТПП КР.

Переходя на вторую часть излагаемого материала – **«особое мнение»** арбитра (далее сокращённо – ОМ), хотелось бы отметить, что оно, как известно, возникает и выражается, в отличие от «конфликта интересов», не перед началом или на стадии рассмотрения арбитражного спора, а уже в самом его конце, при вынесении окончательного решения и наличии трёх или пяти арбитров, но, естественно, не при единоличном арбитре.

Итак, каково же обобщённое определение данного понятия «ОМ» опять же согласно популярной Википедии:

> *«**Особое мнение** (англ. Minority Report или Separate opinion, лат. votum separatum) – термин в юриспруденции, обозначающий мнение члена коллегиального органа, не согласного полностью или частично с решением, принятым большинством данного органа. Особое мнение, как правило, излагается в письменной форме. В суде, при рассмотрении дела коллегией судей, судья, не согласный с принятым решением или приговором, вправе изложить особое мнение, которое приобщается к материалам дела. В иных коллегиальных органах (например, комиссиях) особое мнение приобщается к протоколу заседания или тексту решения. Также известна практика изложения особого мнения прямо в протоколе заседания, путём подписания его с пометкой «с особым мнением».*

Особое мнение может касаться как несогласия с решением в целом, так и с его отдельной частью. Возможно особое мнение, в котором лицо соглашается с выводами органа, но возражает против его мотивации или процедурных нарушений при его принятии.

Особое мнение само по себе не имеет юридических последствий, однако может быть использовано при пересмотре решения вышестоящими инстанциями»[1].

Помимо перевода словосочетания «особое мнение» с русского языка на английский, указанного в Википедии, в юридической лингво-терминологии практикуются также и такие версии, как *Specific opinion* и *Dissenting opinion*.

В своей арбитражной практике автору этих строк по итогам рассмотрения и обсуждения результатов одного конкретного арбитражного спора приходилось единожды выражать своё **«особое мнение»** по принимаемому составом арбитров решению.

Какие же нормативно-правовые документы регламентируют и допускают выражение арбитром своего ОМ?

Применительно к деятельности МТС ТПП единственной нормой по этому вопросу является п. 1 ст. 29 «Принятие решения третейским судом» Закона о третейских судах[2], который гласит:

> *«1. ...Арбитр, не согласный с решением большинства членов третейского суда, вправе изложить своё* ***особое мнение,*** *которое прилагается к решению. Стороны вправе знакомиться с особым мнением третейского арбитра».*

Разработчики других НПА/НПД по деятельности МТС ТПП, находящихся по иерархии ниже вышеуказанного закона, посчитали эту норму достаточной для наших арбитров по вопросу изложения ОМ, с чем в принципе можно бы и согласиться.

Далее для сравнения предлагаются выдержки из НПА Российской Федерации и Республики Казахстан по обсуждаемому вопросу.

1 https://ru.wikipedia.org/wiki/Особое_мнение

2 Закон КР «О третейских судах в КР».

Так, Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24.07.2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 30.12.2021 г. с изм. и доп., вступ. в силу с 10.01.2022 г.) был дополнен нормами в части регламентации ОМ государственных судей (ч. 5 ст. 167 АПК РФ). Часть 2 ст. 20 АПК РФ закрепляет следующие правила:

> *«Судья, несогласный с мнением большинства судей, голосовавших за принятие судебного акта, обязан подписать этот судебный акт и вправе изложить в письменной форме своё особое мнение. Судья, голосовавший за принятый судебный акт по существу рассматриваемого судом вопроса, но оставшийся в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого судебного акта, также вправе изложить в письменной форме своё особое мнение. При изложении своего особого мнения судья не вправе сообщать кому бы то ни было сведения о содержании обсуждения при принятии судебного акта, о позиции отдельных судей, входивших в состав суда, и иным способом раскрывать тайну совещания судей. Особое мнение судьи должно быть изготовлено в срок, не превышающий пяти дней со дня принятия решения по делу. Особое мнение судьи приобщается к материалам дела, но не оглашается»*[1].

В п. 1 ст. 45 «Принятие арбитражного решения» Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 г. №488-V ЗРК (в редакции Закона РК от 27.02.2017 г. №49-VI ЗРК, с изм. и доп. по состоянию на 21.01.2019 г.) [2] также сказано:

> *«...Арбитр, не согласный с решением большинства членов арбитража, вправе изложить свое особое мнение, которое прилагается к решению. Стороны вправе знакомиться с особым мнением арбитра».*

1 https://studref.com/380784/pravo/osoboe_mnenie_sudi

2 Закон РК «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 г. №488-V ЗРК (с изм. и доп. по состоянию на 21.01.2019 г.)

Хотелось бы также в качестве дополнительной информации, анализа и сравнения, привести в пример ещё один закон, непосредственно не касающийся арбитража и третейского суда, однако в котором имеется норма, относящаяся к ОМ, – это Конституционный закон Кыргызской Республики «О Конституционном суде Кыргызской Республики» от 15 ноября 2021 года № 133:

> *«Статья 50. Особое мнение судьи Конституционного суда.*
>
> *Судья Конституционного суда, не согласный с актом Конституционного суда, либо голосовавший за принятое решение, постановление или заключение по существу рассматриваемого Конституционным судом вопроса, но оставшийся в меньшинстве при голосовании по какому-либо другому вопросу или по мотивировке принятого акта, вправе изложить своё особое мнение в письменном виде.*
>
> *Особое мнение судьи приобщается к материалам дела и публикуется вместе с актом Конституционного суда в тех же изданиях, где подлежит опубликованию сам акт»*[1].

Думается, что более подробная регламентация особого мнения в вышеперечисленных НПА повышает эффективность использования института ОМ на практике, что создаст заинтересованным лицам дополнительные гарантии полноценной реализации права на суд и арбитраж.

Бывают ситуации, когда у каждого члена состава третейского суда может возникнуть совершенно отличное, отдельное мнение как по некоторым фактам арбитражного спора, так и по выносимому решению по принципу «плюрализма мнений» (от лат. *pluralis* – множественный, множественность мнений, взглядов). И здесь, при наличии разных

1 Конституционный закон «О Конституционном суде Кыргызской Республики» от 15 ноября 2021 года № 133.

мнений у каждого отдельно взятого арбитра, можно было бы сыронизировать лингвистической игрой слов: «о плюрализме мнений должен быть плюрализм мнений» или «о плюрализме мнений других мнений быть не должно». Однако в итоге арбитрам в любом случае необходимо прийти к консенсусу (от лат. *consensus* – согласие, единодушие) и выносить решение на основании действующего законодательства или единогласно, или большинством голосов.

В процессе третейского разбирательства ОМ конкретного арбитра в коллегии арбитража может представлять собой изложение его мнения, не совпадающего с мнением большинства. Он может быть не согласен с решением по делу в целом или с отдельными его частями. ОМ этого арбитра может касаться также существа дела или относиться к т.н. процессуальным установкам большинства арбитров. Кроме этого, не исключается также право арбитра изложить свою точку зрения в отношении фактов спора, а не вопросов, связанных с применимыми или применяемыми нормами законодательства.

Разновидностью ОМ арбитра может являться совпадающее мнение, т.е. такая его позиция, в которой он согласен с существом решения большинства коллегии, но излагает отличающиеся от принятых большинством или дополнительные к ним мотивы.

ОМ обычно пишется уже после составления вердикта большинством арбитров, и не совсем согласный арбитр выступает в определённой мере критиком этого решения, а его подготовка часто требует более длительного времени.

Выраженное арбитром по конкретному спору ОМ не может существенно повлиять на выносимое арбитражное решение, поскольку, как указано в п. 1 ст. 29 Закона о третейских судах, решение третейского суда принимается большинством голосов состава арбитров, а арбитр, выражающий своё ОМ, находится в меньшинстве. Отсюда у арбитра, ока-

завшегося в меньшинстве, может возникнуть естественный вопрос: «А надо ли мне это – выражать своё ОМ, если всё равно на чаше весов перевешивает большинство?», тем более что в итоге это ОМ также не препятствует признанию и приведению в исполнение вынесенного арбитражного решения, и тем более что согласно ст. 28 этого же Закона, решение третейского суда является окончательным и обжалованию не подлежит. Если взять для сравнения выражение каким-либо судьёй особого мнения по рассматриваемому делу коллегией судей в **государственном суде**, то это мнение **может повлиять на решение** суда вышестоящей инстанции, чего нет у МТС ТПП.

Однако хорошо аргументированное и обоснованное ОМ арбитра способно оказать более существенное влияние на развитие и совершенствование права как такового и правоприменительной практики, чем возможный слабый вердикт большинства, поскольку иногда большинство тоже может совершать ошибки. И в этой связи было бы не совсем правильно не дать такому арбитру возможности дистанцироваться от неправильного, по его соображению, решения большинства. Решимость арбитра пойти вразрез мнению – часто опытных и авторитетных – коллег, можно воспринимать как профессиональную зрелость и независимость его самого. Не зря же как в народе, так и в юридическом сообществе говорят, что «когда **два** юриста обсуждают какой-нибудь юридический вопрос, то возникают **три** мнения», и я бы от себя ещё добавил, что «когда **три** юриста обсуждают один вопрос, то возникает **пять** мнений».

Вместе с тем бывают случаи, когда арбитр, имеющий своё ОМ по тем или иным отдельным позициям спора или даже по всему принимаемому большинством арбитров решению в целом, выражает это мнение без какого-либо пояснения или аргументации ни по фактам, ни по логике, ни тем более по конкретным нормам права, а по принципу «не согласен и всё!» Полагаю, что подобная форма выражения своего ОМ

арбитром в принципе должна быть неприемлема, поскольку, как отмечалось выше, оно должно быть обоснованным и изложенным для полной ясности в письменной форме юридическим языком. О выражении своего ОМ арбитром МТС отмечено в ст. 29 вышеуказанного Закона о третейских судах. Поэтому, ссылаясь на эту норму права, и для большей ясности арбитру было бы желательно внести дополнения во внутренние нормативные документы МТС, дающие определение, расширительное толкование ОМ как такового, способы и процедуры его выражения и написания.

В связи с чем и по какому побуждению отдельные арбитры готовят и выражают своё ОМ в ходе вынесения решения по делу? Бывает, что у подобного арбитра нет другого выхода, помимо того, как написать своё ОМ, если большинство не совсем правильно или тенденциозно излагает факты или следует явно неверному, по его мнению, рассуждению[1]. Ведь в случае подписания им такого решения без оговорки об ОМ, это может нанести ощутимый ущерб его авторитету и профессиональной репутации. Помимо этого, арбитр, который обоснованно и аргументированно выражает и письменно оформляет своё ОМ (а не выражает это мнение просто ради его выражения), часто думает не только о рассматриваемом конкретном арбитражном споре, но и о развитии и совершенствовании деятельности завоевавшего авторитет Международного Третейского суда и права в целом.

Резюмируя изложенный материал, полагаю, что **особые мнения** автора **об «особом мнении»** и **«конфликте интересов»** помогут коллегам-арбитрам подискутировать по поводу этих двух понятий, выразить **свои особые мнения**, согласиться или не согласиться с ними и со мной как в части, так и в целом, но при случае и по возможности воспользоваться ими в своей дальнейшей арбитражной практике.

1 https://zakon.ru/blog/2020/6/5/osoboe_mnenie_arbitra

ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ТРЕТЕЙСКОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ

Асель Шербото*

Статья 23 Закона о третейских судах[12] гласит, что доказательства представляются сторонами, и каждая из сторон должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на обоснование своих требований и возражений.

Состязательность процесса, безусловно, как основополагающий принцип законодательно закреплен как для государственных, так и для третейских судов в Кыргызской Республике. При этом, государственные суды в своей деятельности следуют всё же так называемому инквизиционному или следственному методу, что обусловлено весьма детальной регламентацией процесса доказывания в правосудии. Третейские же суды лишены не только властных полномочий, присущих госудственному, суду, но и детального законодательного регулирования судебного доказывания, что позволяет в полной мере реализовать в процессе третейского разбирательства именно состязательный метод. Данный

* Арбитр МТС ТПП, член правления ЗАО «Толубай банк»; с автором можно связаться по электронной почте: aselsherboto@yahoo.com

1 Здесь и далее – Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года №135, в редакции Закона КР от 15 мая 2003 года №93, 11 июня 2004 года №73.

факт нашёл отражение во второй части статьи 23 Закона о третейских судах:

> *«Третейский суд вправе, если сочтёт представленные доказательства недостаточными, предложить сторонам представить дополнительные доказательства».*

Здесь содержится важный принцип – невмешательство суда в процесс сбора доказательств, когда арбитр может лишь предложить сторонам. За исключением, конечно, случая, когда арбитр на основании статьи 26 Закона о третейских судах может по своему усмотрению пригласить специалиста или назначить экспертизу и потребовать от любой стороны представления необходимые для проведения экспертизы документы и другие доказательства. Но и эта инициатива арбитра может быть ограничена соглашением сторон.

Таким образом, Закон о третейских судах не содержит определения понятия доказательства, не устанавливает виды доказательств, не использует, к примеру, понятия относимых и допустимых доказательств. Между тем, закон чётко устанавливает, что решение третейского суда должно быть законным и обоснованным. Из этого следует, что третейский суд обязан исследовать все фактические обстоятельства дела, оценить представленные сторонами доказательства и вынести мотивированное решение. Разумно предположить, что в этих условиях третейские суды должны исходить всё же из общих принципов доказательственного права, опираться на них, имея при этом всё же более широкие возможности судебного усмотрения. Состав арбитража самостоятельно определяет круг обстоятельств, подлежащих доказыванию, и оценивает объём представленных сторонами доказательств в ходе третейского разбирательства.

Прежде всего необходимо установление юридических фактов процессуального характера, так как любой третейский

суд обязан исследовать вопросы подведомственности и подсудности. Требуется получение доказательства права на иск, обоснование компетенции суда на рассмотрение иска и исследование вопросов формирования состава третейского суда.

> ***Пример из практики:*** *Был подан иск о взыскании суммы оплаты за обучение. Договор, заключённый между вузом и абитуриентом, содержал третейскую оговорку. На основе приложенных истцом документов иск был принят к производству и назначены устные слушания. На первом слушании ответчик также представил документы, при ознакомлении с которыми составом суда был установлен факт, что на момент заключения договора на обучение ответчик не достиг совершеннолетнего возраста. При установлении данного фактического обстоятельства, что подтверждалось доказательством в виде паспорта ответчика, состав предложил сторонам представить дополнительные доказательства, которые бы подтверждали или опровергали действительность третейской оговорки, а значит, наличие компетенции третейского суда. В данном случае истец мог, к примеру, представить доказательства того, что родители ответчика давали письменное согласие на подписание контракта несовершеннолетним. Тогда бы составу надлежало оценить такое доказательство и решить, является ли оно достаточным для определения собственной компетенции.*

После установления процессуальных фактов третейский суд переходит к рассмотрению спора по существу, в ходе которого надлежит применить нормы материального права в определённой применимым регламентом форме к определённым фактическим обстоятельствам. Для этого необходимо установить эти самые фактические обстоятельства, найти соответствующие правовые нормы и соединить факты и

нормы права путём анализа, сопоставления и иных методов. Из искового заявления, отзыва на иск, пояснений сторон и представленных сторонами документов состав арбитража получает значительный массив информации, так или иначе относящейся к спору. Предлагается прежде всего:

– *выделить утверждения о фактах* и оставить их для дальнейшей работы, а остальную информацию отсеять, особенно оценочные и эмоциональные суждения, как не имеющие значения для правовой квалификации спорных правоотношений;

– *разграничить сообщение о факте от правовой оценки факта*;

– *сортировать все утверждения*, отсекая лишнее и несущественное, учитывая правовые квалификации фактов;

– *выделить бесспорные обстоятельства*, которые не нуждаются в доказывании, являются безусловными, признанными обеими сторонами и имеют значение для дела;

– *установить спорные обстоятельства*, которые имеют значение для дела, и предложить сторонам обосновать или опровергнуть соответствующими доказательствами.

Разграничение обстоятельств на спорные и бесспорные позволит составу сосредоточиться на установлении спорных обстоятельств и сделать акцент на оценке доказательств, которые обосновывают именно те обстоятельства, которые сторонами оспариваются. Установленные спорные обстоятельства необходимо обосновать представленными доказательствами. При этом следует опровергнуть доводы и доказательства, приведённые стороной против установленных составом обстоятельств.

Таким образом, формируется материал, с которым третейский суд будет работать, исследуя и оценивая доказательства, представленные сторонами, для достижения конечной цели разбирательства.

Как известно из общих начал гражданского процессуального права, доказательствами по делу являются полученные в предусмотренном законом порядке сведения о фактах, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а также иных обстоятельств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела. Эти сведения могут быть получены из объяснений сторон и третьих лиц, показаний свидетелей, письменных и вещественных доказательств, аудио- и видеозаписей, заключений экспертов. Доказательства бывают прямые и косвенные, вещественные и личные, первоначальные и производные[1].

Важное значение имеют такие признаки доказательств, как относимость и допустимость, которые, не будучи закреплёнными законодательно, всё же актуальны для третейского разбирательства. Третейский суд принимает только те из представляемых доказательств, которые имеют значение для рассмотрения и разрешения дела. При этом следует, во-первых, определить, имеют ли значение для дела факты, для установления которых предлагается доказательство, а во-вторых, если факт имеет значение, то может ли доказательство его подтвердить или опровергнуть. Но следует понимать, что пределы относимости в третейском разбирательстве могут быть намного шире, чем в государственном суде.

Воля сторон имеет существенное значение также и при оценке доказательства по признаку допустимости. Когда в государственном суде какие-либо доказательства не могут быть приняты в связи с нарушением порядка их получения или способа фиксации, то в третейском суде они могут быть признаны допустимыми при наличии согласия сторон, но если только это не противоречит нормам применимого права. Поэтому в этом контексте составу арбитража следует исходить из требований норм материального

1 *Решетникова И. В., Ярков В. В.* Гражданский процесс. Москва. НОРМА, 2020 г.

права. Например, когда сделка в соответствии с требованием закона подлежит нотариальному удостоверению или государственной регистрации, то состав должен получить в качестве доказательства соответствующие документы, которые имеют необходимые реквизиты удостоверения и регистрации.

Доказательства должны быть достоверны, и их должно быть достаточно для вынесения решения по делу. При оценке достоверности доказательств нередко бывает необходима экспертная оценка.

> ***Пример из практики:*** *Рассматривался иск о взыскании суммы по возмещению корректировки цен по текущему индексу, поданный подрядчиком. Ответчиком выступал государственный орган, реализующий проект, финансируемый международным донором. Ответчик представил в качестве доказательства в обоснование своей позиции два дополнительных соглашения к основному договору, согласно которым были изменены условия, и оплата производилась только по фиксированному, а не текущему индексу. Данные документы подтверждали, что требования истца не состоятельны. Истец заявил, что не заключал дополнительных соглашений, но признавал, что подпись и печать на дополнительных соглашениях принадлежат ему. Истец пояснил, что два года назад он передал сотруднику ответчика (куратору), с которым за время работы над проектом вступил в доверительные отношения, по его просьбе шесть пустых листов с печатью и подписью, якобы для заполнения куратором отчётов донору. Состав арбитража пригласил указанного сотрудника ответчика (куратора) в качестве свидетеля, но его явка не была обеспечена ответчиком.*
>
> *Данные фактические обстоятельства, а именно изменение условий корректировки цен, являлись значимыми*

для разрешения спора, но требовалось подтвердить достоверность доказательств. Состав арбитража по ходатайству истца назначил экспертизу дополнительных соглашений №1 и №2, поставив перед экспертом следующие вопросы:

- Было ли произведено наложение (тиснение или печать) текста дополнительных соглашений №1 и №2 на листы, в которых на момент печати текста уже имелись оттиск гербовой печати истца и подпись директора истца?

- Что было первично наложено на бумагу: текст дополнительных соглашений №1 и №2 или оттиск гербовой печати истца с подписью директора истца?

По результатам экспертизы было установлено, что печатный текст в соглашении №1 и соглашении №2 выполнен поверх оттиска печати Истца.

Через несколько слушаний после получения и озвучивания результатов экспертизы ответчик ходатайствовал о заслушивании показаний сотрудника ответчика (куратора), которого ранее состав арбитража приглашал, но явка его не обеспечивалась. Свидетель показал, что действительно соглашение №1 он распечатал на листах, где уже была печать и подпись истца, так как директор истца, будучи согласен заключить дополнительное соглашение, сказал, что печати с собой нет, но имеются пустые листы с проставленными оттисками печати, и предложил ему распечатать соглашение на них. Таким образом, ответчик посредством показаний свидетеля привёл доказательства того, что истец сам инициировал наложение текста на листы с уже проставленными оттисками печати и подписью, присутствовал при этом, а значит, соглашение действительно было заключено. Составу арбитража предстояло оценить данные и другие (не

приведённые в публикации) доказательства сторон и вынести решение.

Состав арбитража признал соглашения №1 и №2 недостоверными доказательствами путём анализа и сопоставления различных сведений, полученных от сторон. Состав критически отнёсся к показаниям свидетеля, так как он показал, что истец дал ему всего два бланка, которые он и использовал для распечатки соглашения №1, больше бланков он у истца не брал. Между тем результаты экспертизы показали, что и соглашение №2 было распечатано поверх оттиска печати истца. Следовательно, стороны в случае добровольного и действительного заключения соглашения №1, которое было заключено 7 января 2011 года и истекало 1 декабря 2011 года, при намерении заключить и соглашение №2, которое датировано 1 ноября 2011 года, имели все возможности заключить его с соблюдением установленной для заключения сделки хронологической последовательности в действиях. Более того, ответчик в качестве доказательств сам представил переписку с донором, из которой следовало, что только 6 января 2011 года ответчик в первый раз обратился к донору с просьбой о продлении, и они начали обсуждать условия продления, а к этому времени истец, по словам свидетеля, уже подписал соглашение №1. Состав также принял во внимание тот факт, что ответчик является государственным органом, а соглашение №1 было датировано 7 января 2011 года, то есть в нерабочий день. Также составом были изучены и оценены другие доказательства, в том числе сведения о банковских гарантиях, которые не обеспечивали дополнительные соглашения, факты выплат истцу, исходя из корректировки цен по текущему индексу и т.п. Требования истца были полностью удовлетворены.

Из приведённого выше примера наглядно видна важность сопоставления нескольких доказательств, так как наличие противоречивых, взаимоисключающих сведений свидетельствует о недостоверности каких-то из них. Следует, например, учитывая отношения между участниками слушаний, свидетелями, сопоставить все показания с другими доказательствами по делу, чтобы убедиться в их объективности.

Пример из практики: *Был подан иск о взыскании суммы по договору займа, заключённого между физическими лицами. В качестве доказательств выплат ответчика были представлены расписки истца. Было установлено, что расписки от 8 января 2021 года на сумму 1 200 долларов США и от 19 января 2021 года на сумму 350 долларов США имеются в материалах дела на отдельных листах, а также повторяются на одном листе вместе с распиской от 5 февраля 2021 года. Истец пояснил, что ответчик 5 февраля 2021 года попросил вновь написать расписки от 19 января 2021 года и от 8 января 2021 года, ранее им уже выданные, так как они, по словам ответчика, были утеряны, что истец и сделал. Следовательно, это просто дублирующие расписки. Ответчик же заявил, что эти расписки не дублирующие, а все четыре расписки действительные, и по ним ответчик вносил денежные средства. Состав арбитража, изучив и оценив все представленные в качестве доказательств расписки, пришёл к следующему выводу.*

Истец не представил достаточных доказательств, подтверждающих доводы о дублировании расписок, датированных 19 января 2021 года, на сумму 350 долларов каждая. Состав арбитража принял данные расписки, как надлежащие доказательства внесения средств со стороны ответчика.

Относительно расписок, датированных 8 января 2021 года, на сумму 1 200 долларов каждая, то в обеих расписках после указания сумм и назначения платежей, которые являются абсолютно идентичными, указано, что «остаток основного долга 8 300 долларов США». Таким образом, получается, что остаток долга остался неизменным, несмотря на то, что в один день 8 января 2021 года, как утверждает ответчик, были выплачены 2 400 долларов США двумя траншами по 1 200 долларов США каждый. Хотя после второго платежа в сумме 1 200 долларов США остаток основного долга должен был составить уже 7 100 долларов США. Представитель ответчика пояснил, что истец по своему усмотрению указывал неправильные остатки во всех расписках. При проверке всех расписок и сумм, уплаченных по ним, все остатки, указанные в расписках, соответствовали расчётам. Более того, в более поздней расписке, а именно от 4 марта 2021 года на сумму 280 долларов США (в счёт погашения процентов) также указано, что остаток основного долга по договору составляет 8 300 долларов США, а под распиской подпись не только истца, но и самого ответчика. Между датами 8 января 2021 года и 4 марта 2021 года были два взноса, которые пошли на погашение процентов, и действительно, сумма остатка не могла измениться. С учётом этих обстоятельств состав арбитража не принял одну из расписок, датированных 8 января 2021 года, как надлежащее доказательство.

Достаточность доказательств оценивается составом на этапе достижения конечной цели третейского разбирательства – разрешения дела по существу, и в каждом случае оценивается индивидуально, так как это не количественный, а качественный показатель.

Как же быть в случае, когда сторона не представляет необходимые доказательства, учитывая ограниченные возмож-

ности состава по их сбору? Статья 25 Закона о третейских судах устанавливает, что непредставление истребованных документов, отзыва на исковое заявление не является препятствием к разрешению спора при отсутствии иного соглашения сторон в случае, если причина непредставления документов признана третейским судом неуважительной. И если одна из сторон препятствует установлению тех фактических данных, которые входят в круг обстоятельств, подлежащих доказыванию, и влияют на разрешение дела, то состав арбитража может обязать сторону представить данные доказательства. В противном же случае, эта сторона может столкнуться с негативными последствиями укрытия доказательств в виде признания составом данных обстоятельств установленными. Так как право одной стороны на защиту своих интересов не может быть ущемлено лишь на том основании, что другая сторона противодействует сбору необходимых доказательств.

Вообще, соблюдение баланса интересов сторон является необходимым процессуальным правилом любого третейского разбирательства. Поэтому составу арбитража необходимо обеспечить равные возможности для отстаивания своих позиций, для предоставления документов, своевременного доступа ко всем материалам дела, для подготовки к слушаниям с предоставлением разумного времени, на своевременное рассмотрение ходатайств и т.п. В статье 24 Закона о третейских судах указано, что копии всех заявлений, документов и других материалов, представляемых одной стороной третейскому суду, должны быть переданы другой стороне, а также каждой стороне должны быть предоставлены равные возможности для изложения своей позиции и защиты прав и интересов.

Здесь уместно также упомянуть, что в соответствии со статьей 28 Регламента МТС ТПП при наличии письменного соглашения сторон допускается проведение третейского разбирательства на основе письменных материалов, а ста-

тья 24 Закона о третейских судах гласит, что рассмотрение спора может осуществляться с участием сторон или их представителей либо без такого участия. Эти нормы свидетельствуют, что в третейском разбирательстве объективно превалируют вещественные доказательства, нежели личные, так как рассматриваются экономические споры. Сами же вещественные доказательства в третейском суде могут быть более вариативны с учётом воли сторон и усмотрения суда, нежели это возможно в государственном суде. Это наиболее актуально для тех сфер деятельности, которые в силу специфики, например, генерируют информацию на электронных носителях. К примеру, в вышеуказанном деле по иску о возмещении корректировки цен по текущему индексу состав арбитража принял в качестве доказательств электронную переписку, так как обе стороны признали их достоверность и в равной степени ссылались на нее.

Личные доказательства, тем не менее, также имеют значение для разрешения дела в третейском суде. И это касается не только показаний сторон, но и свидетелей, которые могут сыграть свою роль при оценке достоверности вещественных доказательств или их недостаточности. Однако специфика третейского разбирательства такова, что состав арбитража не имеет возможности принудить свидетеля явиться на слушания; у свидетеля нет ответственности за дачу ложных показаний. Также есть особенности при назначении экспертизы или вызове специалиста, основными из которых являются более широкий выбор экспертных организаций и необходимость решить вопрос об оплате деятельности эксперта. К слову, тема экспертизы в третейском разбирательстве освещена коллегами в предыдущих изданиях сборника[1].

1 См. например, *Джумабаева Ч. З.* Экспертиза как средство доказывания в третейском разбирательстве. Третейское разбирательство в Кыргызской Республике: современные вызовы и пути решения. – Б.: Турар, 2017., с.129-138.

Что касается международного коммерческого арбитража, то необходимость наличия определённого компромисса, когда стороны разбирательств являются резидентами стран с различными правовыми традициями, привело к принятию Правил Международной ассоциации юристов (IBA) о получении доказательств в международном арбитраже (далее – Правила IBA)[1]. Но Правила IBA считались присущими больше странам общего права, что привело в дальнейшем к принятию Правил эффективной организации процесса в международном арбитраже (далее – Пражские правила)[2], которые отражают принципы ведения дел в странах континентального права. Оба документа могут быть не просто ориентирами для ведения дел в МТС ТПП, но, при наличии согласия сторон, могут быть применены при рассмотрении конкретного спора по Регламенту МТС[3]. Разбор указанных правил является темой для отдельной статьи, поэтому в рамках данной публикации лишь кратко остановимся на их основных отличиях.

Главное отличие заключается в процессуальных принципах ведения дел, принятых в указанных выше правовых системах. Как известно, в странах общего права рассмотрение базируется на принципе состязательности, а в странах гражданского права сбор доказательств, в основном, контролируется судом, то есть применяется инквизиционная модель. В целом Пражские правила предполагают довольно активную роль арбитров не только в сборе доказательств, но и на всех этапах разбирательства. Например, суд имеет право регулировать количество обменов письменными заявлениями, их объём и сроки, или иметь активную позицию в установлении обстоятельств дела, которые будут иметь значение для дела.

1 Действующие Правила МАЮ о доказательствах были приняты решением Совета МАЮ 17 декабря 2020 года / http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines

2 Правила получения доказательств в арбитражном процессе были подписаны 14 декабря 2018 года в Праге / https://praguerules.com

3 Такая практика имела место в деятельности МТС ТПП.

Согласно статье 2 Пражских правил арбитр должен провести организационное совещание, на котором он может прояснить со сторонами их исковые требования, их фактические и правовые основания, обсудить процессуальный график, а также может высказывать своё предварительное мнение в отношении распределения бремени доказывания, заявленных требований, веса и относимости доказательств. Это, по мнению разработчиков, поможет сторонам адаптировать свою позицию, целенаправленно представлять доказательства по интересующим арбитров фактам или заключить мировое соглашение, если сторона будет понимать, что её позиция неубедительна. В общем праве такие действия арбитра скорее всего будут расценены как отсутствие независимости и беспристрастности состава.

Вторым основным отличием является вопрос раскрытия документов. Согласно статье 3 Правил IBA каждая сторона обязана предоставить суду и другой стороне все имеющиеся в её распоряжении документы, на которые она ссылается, равно как и запрашиваемые другой стороной, причём как поддерживающие позицию стороны, так и противоречащие ей. При правильной формулировке запросов стороны могут получить возможность восполнить недостающую информацию, усилить свою позицию, уточнить исковые требования или склонить другую сторону к заключению мирового соглашения. Вместе с тем процедура раскрытия критикуется за её ресурсозатратность, в противовес чему статья 4.2. Пражских правил устанавливает, что суду следует избегать чрезмерного объёма раскрытия документов, в том числе с помощью любой формы электронного раскрытия доказательств.

Отличными являются и роли составов арбитража в мирном урегулировании спора. Статья 9.1. Пражских правил вменяет в обязанность арбитров содействовать мирному урегулированию при наличии согласия сторон. Также у арбитра есть право выступать как медиатор, что будет являться

нарушением принципа состязательности и беспристрастности в общем праве. Активность арбитров по Правилам IBA ограничена и при допросе свидетелей, так как согласно статье 4 Правил IBA стороны сами определяют свидетелей, которые, по их мнению, должны быть допрошены. По Пражским правилам суд решает, кого из свидетелей вызывать или не вызывать вовсе, определяет порядок допроса, может установить ограничения по продолжительности допроса свидетеля или даже видов вопросов, которые он посчитает необходимыми для целей разбирательства.

В целом при заключении третейской оговорки сторонам следует, исходя из постулата автономии воли сторон, помнить, что они могут договориться не только о конкретном третейском суде и регламенте, но и о применимых процедурах по доказательствам, как полностью, так и частично основываясь на указанных выше правилах.

В заключение хотелось бы отметить, что диспозитивность регулирования процесса доказывания, равно как иных аспектов третейского разбирательства (как например, порядка проведения разбирательства), на мой взгляд, не должна рассматриваться как недостаток или усложнённость ведения дел в третейском суде. Напротив, в смещении процессов доказывания в область частного регулирования и в расширении усмотрения суда есть немало преимуществ вариативности как для сторон, так и для арбитров, тем более в условиях, когда развитие цифровых технологий расширяет возможности доказательной базы, средств и видов доказательств, способов их фиксирования и генерирования.

Можно предполагать, что готовность участников третейского разбирательства пользоваться такими преимуществами характеризует, в том числе, зрелость института третейского арбитража. Как известно, эта диспозитивность имеет большее проявление в международном коммерческом арбитраже именно по причине его развитости. Безусловно,

обратной стороной является бо́льшая ответственность, которая требует высокой профессиональной культуры от всех участников третейского разбирательства. Сторонам следует наиболее полно, своевременно и добросовестно нести бремя доказывания в подтверждение своих позиций. Составу арбитража надлежит вынести обоснованное и законное решение, установив, чья позиция обладает более высокой степенью достоверности, учитывая, что познание истины не является целью третейского разбирательства.

АРБИТРАЖ «AD HOC», ИЛИ ТАК НАЗЫВАЕМЫЙ НЕИНСТИТУЦИОНАЛЬНЫЙ АРБИТРАЖ

Чолпон Джумабаева*

Главная суть третейского арбитража заключается в том, что он является формой альтернативного разрешения возникших споров, когда спор рассматривается не государственным судебным органом, а независимым субъектом вне традиционной судебной системы. Возможность участников гражданско-правовых отношений обращаться к третейскому институту вытекает из самой природы гражданских прав, так как граждане и юридические лица свободны в установлении прав и обязанностей на основе соглашения и воли сторон.

В наше динамичное время в связи с большой нагрузкой государственных судов и, как следствие, длительностью судебной процедуры (имеется в виду возможность прохождения трёх судебных инстанций в государственных судах, возможность направления дела на новое рассмотрение, пересмотр дела по вновь открывшимся и новым обстоятельствам) третейские суды обладают бесспорными преимуществами при выборе субъектами спора вариантов оперативного разрешения спора. Для любого бизнеса время – деньги, и любое затягивание приводит к простою, финансовым потерям и другим негативным последствиям. Так, причинами предпочтения третейского арбитража являются его ней-

* Арбитр МТС ТПП, адвокат, директор ОсОО «Консалтинг Корпорейшн»; с автором можно связаться по электронной почте: chlawyer@mail.ru

тральность, конфиденциальность, окончательность и процессуальная гибкость в виде возможности выбирать язык и место проведения арбитража. Но в отличие от государственных судов, наделённых полномочиями государством, третейский суд получает свою власть от сторон процесса в виде арбитражной оговорки.

Статья 3 Закона о третейских судах предусматривает два вида третейских судов.

Первый и наиболее популярный вид третейского суда – это постоянно действующий третейский суд (институциональный арбитраж). Как определено в названии, данный третейский суд является постоянно действующим, куда можно обратиться в любой момент возникновения спора. На мой взгляд, основное удобство обращения в постоянно действующий третейский суд – это наличие постоянно действующего административного штата, который оперативно решает организационные и технические вопросы, такие как приём документов, авансирование будущих арбитражных расходов, организация процесса коммуникации между участвующими в деле сторонами и, конечно, организация места и времени проведения третейского слушания.

Вместе с тем арбитраж *ad hoc*, как правило, не располагает теми организационными возможностями, которые имеет институциональный арбитраж. Немаловажным моментом является наличие у институционального арбитража (постоянного третейского суда) действующих и опубликованных регламентов (правил, положений и т.д.), которые вносят определённость в третейский процесс.

Второй вид третейского суда – разовый третейский суд (арбитраж *ad hoc*) -третейский суд, создаваемый сторонами для рассмотрения одного конкретного спора и прекращающий свою деятельность с окончанием третейского разбирательства по этому спору.

Именно о втором виде арбитража будет идти речь в данной статье. Итак, *ad hoc* – латинское выражение, означающее *«специально для этого»*, *«по особому случаю»*, то есть это некий способ разрешения спора, который является специфичным, не вписывающимся в общепринятый или существующий формат. При этом арбитраж ad hoc не имеет постоянного места нахождения, стороны при данном виде третейского разбирательства имеют максимальную свободу во всех вопросах организации рассмотрения спора, начиная с нюансов обмена документами, заканчивая сроками рассмотрения спора, то есть стороны сами должны определить свои собственные процессуальные правила.

Но надо признать, что по количеству рассматриваемых споров в формате данного арбитража *ad hoc* – явление редкое в отечественной юриспруденции и пока не пользуется популярностью. При разрешении вопроса применимых правил рассмотрения арбитража *ad hoc* стороны вправе выбрать регламент UNCITRAL (арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ – арбитражный регламент, принятый Комиссией ООН по праву международной торговли) или правила, применяемые любым постоянно действующим третейским судом. Выбранный арбитражный регламент определяет процессуальные основы арбитражного разбирательства. Надо особо отметить, что проведение эффективного арбитража в форме ad hoc возможно при добросовестности сторон спора, при наличии между сторонами диалога и содействия. При злоупотреблении сторонами своими правами, создании препятствий друг другу и арбитру, проведение арбитража *ad hoc* станет технически невозможным. В целом можно сказать, что преимущества и недостатки двух вышеуказанных видов третейского суда условны, а стороны при выборе того или иного вида основываются на организационных и иных соображениях.

Особенности арбитражной оговорки ad hoc

При наличии спроса на проведение арбитража *ad hoc* на базе постоянного третейского суда (администрирование процесса в целом или администрирование отдельных функций) с применением действующих регламентов постоянного третейского суда можно разработать и принять Правила арбитража *ad hoc*, что значительно облегчило бы разрешение организационных и технических вопросов при проведении арбитража *ad hoc*. Многие постоянно действующие третейские суды на практике имеют опыт оказания сторонам арбитража *ad hoc* содействия в проведении арбитража, в том числе выполнения функции по назначению арбитров и разрешению вопросов об отводах; организации обмена корреспонденцией и документами, осуществления приёма денежных средств на покрытие расходов, связанных с арбитражем, и последующего распределения, иных услуг технического и секретарского характера, обеспечения последующего хранения материалов дела, предоставления помещения и иной инфраструктуры, необходимой для организации третейских разбирательств *ad hoc*.

Во избежание споров можно предложить сторонам рекомендуемый текст арбитражной оговорки *ad hoc*. Таким образом, стороны обеспечат наличие всех условий, необходимых, чтобы арбитражное соглашение было действительным, подлежало принудительному исполнению и имело юридическую силу. Стороны также этим обеспечат недвусмысленный выбор арбитража в качестве единственного способа разрешения споров и возможности разного толкования. Неоспоримо, что основой любого арбитража является арбитражное соглашение, в котором отражается намерение сторон разрешать споры в арбитраже, и обеспечение действительности и определённости арбитражной оговорки является крайне важным.

Этапы арбитража ad hoc[1]

Главным этапом арбитража *ad hoc* является формирование состава арбитража. При подписании документа, где содержится арбитражная оговорка *ad hoc,* необходимо чётко предусмотреть все нюансы формирования арбитража. При наличии неточностей или споров по вопросу формирования состава арбитража разрешение спора в данном формате станет невозможным. Если при подписании арбитражной оговорки стороны договорились о рассмотрении спора единоличным арбитром и не согласовали его кандидатуру, то тогда арбитражная оговорка должна содержать орган, который будет назначать арбитра. При указании в оговорке коллегиальности состава арбитража в составе трёх арбитров, необходимо четко указать, что каждая сторона выбирает по одному арбитру, а председатель состава выбирается двумя арбитрами. Применяется такой способ определения состава арбитража в зависимости от суммы иска, когда при цене иска в определённой сумме состав арбитража является единоличным или коллегиальным. Как видите, сформировать арбитражную оговорку с учётом нюансов, необходимых для старта арбитража, крайне важно, так как от неё зависит сама возможность арбитража.

Я думаю, что вполне логично и разумно в арбитражной оговорке указать некий «компетентный орган» - нейтральное арбитражное учреждение для назначения арбитров и разрешения возможных вопросов при замене арбитров в случае отсутствия соглашения сторон. Участие данного арбитражного учреждения в самом разбирательстве минимизировано, и проведение арбитражного разбирательства происходит без участия арбитражного учреждения, но всё же существует необходимость определения нейтральной третьей стороны для разрешения вопросов, касающихся арбитра.

1 Нижеописанные этапы арбитража ad hoc сформированы мною с учётом личного опыта и являются условными.

Думаю, будет уместным упомянуть о вопросах отвода арбитра. Может случиться так, что арбитр оказывается юридически и (или) фактически неспособным участвовать в рассмотрении спора. Не исключается также ситуация, когда арбитр необоснованно не приступает к рассмотрению спора. В первом случае у арбитра есть право заявить самоотвод, во втором случае стороны вправе договорится о прекращении полномочий арбитра. Если в арбитражном соглашении предусмотрено участие третьего лица – компетентного арбитражного учреждения, стороны вправе обратиться в данный орган, чтобы последний разрешил вопрос замены арбитра. В подобных случаях арбитражное разбирательство продолжается на той стадии, на которой прекратились полномочия арбитра.

После этапа формирования состава арбитража, арбитр (или состав арбитража) приступает к согласованию между сторонами таких организационных вопросов, как место проведения арбитража, сроки арбитражного производства, язык арбитража, применимые правила при разбирательстве, применимое материальное право, определение расходов, определение предварительной суммы авансирования, возможность и необходимость привлечения субъекта, который может оказать услуги по администрированию, привлечение лица в качестве секретаря третейского разбирательства для ведения протокола, формат коммуникации между сторонами и арбитром, формат предоставления документов и иных вопросов организационного характера. Определение и согласование между сторонами всех организационных и технических вопросов до начала арбитража *ad hoc* должно быть проведено арбитром на высоком уровне и с учётом деталей конкретного дела. Именно в данном виде арбитража стороны имеют возможность «подстроить» арбитражный процесс к нюансам своего конкретного спора. Зачастую избранному или назначенному арбитру приходится заниматься организационными вопросами, что непривычно, так

как необходимо отвлекаться от существа спора на решение организационных и технических вопросов. Опыт проведения арбитража *ad hoc* показывает, что в большинстве случаев стороны спора предпочитают арбитраж *ad hoc*, который администрируется с участием постоянного действующего арбитражного учреждения. Таким образом, стороны могут облегчить свою задачу, выбрав арбитражный регламент, предназначенный для использования в арбитраже *ad hoc*.

Следующий, завершающий этап арбитража *ad hoc* – вынесение решения. Особенностью решения, вынесенного арбитром *ad hoc,* является то, что решение выносится арбитром, который является просто физическим лицом. Как правило, у арбитра нет печати для заверения вынесенного решения. Именно к таким случаям применимы положения статьи 35 Закона о третейских судах, где предусмотрено, что акты разового третейского суда должны быть нотариально удостоверены путём освидетельствования подлинности подписи арбитра (арбитров).

Нотариус при заверении подписи арбитра воспринимает арбитра не как назначенное лицо, а как просто физическое лицо, обратившееся за заверением подписи согласно положениям Инструкции о порядке совершения нотариальных действий нотариусами Кыргызской Республики. В законодательных актах Кыргызской Республики, регулирующих вопросы нотариата, чётко предусмотрено, что нотариусы, свидетельствуя подлинность подписи, не удостоверяют фактов, изложенных в документе, а лишь подтверждают, что подпись сделана определённым лицом.

После выдачи сторонам заверенного решения арбитра возникает вопрос, где должны храниться иск, другие процессуальные документы, а также документы, которые легли в основу вынесенного решения. Опять же, возвращаясь к статусу арбитра, это физическое лицо, выбранное сторонами или назначенное по их договорённости арбитражным учре-

ждением. Его полномочия прекращаются с момента вынесения решения. Статья 37 Закона о третейских судах предусматривает, что дело, рассмотренное разовым третейским арбитражем, сдаётся им для хранения в государственный орган в порядке, определённом законом Кыргызской Республики «О Национальном архивном фонде Кыргызской Республики». Для сравнения, согласно законодательству Российской Федерации решения разовых судов сдаются для хранения в компетентный суд Российской Федерации. В Республике Казахстан решения разового третейского суда направляются вместе с материалами по делу для хранения в один из постоянно действующих третейских судов.

ГОСУДАРСТВЕННЫЕ СТРАТЕГИИ ЗАЩИТЫ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СПОРАХ

Индира Сатаркулова[*]

Недавно в сети Интернет я столкнулась с достаточно смелым изречением английского автора романов Дэвида Митчелла следующего содержания: «Чтобы одурачить судью, изображай обаяние, но чтобы провести весь суд, изображай скуку»[1].[2] Данное изречение натолкнуло меня на интересную идею анализа практики стратегии (потенциальной) защиты, выстраиваемой иностранными государствами в международных инвестиционных спорах, и оценки действий Кыргызстана с применением возможных для него вариантов в статусе потенциального или действующего ответчика в международном инвестиционном арбитраже.

Однозначно, не существует идеального метода урегулирования разногласий и споров, но есть возможность выбора наиболее приемлемого. Это и стало основной целью настоящей статьи, составленной на основе анализа применимой арбитражной практики. Автор надеется, что, учитывая возрастающее количество споров, вовлекающих

* К.ю.н., магистр международного права (LL.M, США), адвокат, член Наблюдательного и Экспертного советов МТС ТПП, арбитр МТС ТПП и БМТСНК (КР), Центра по рассмотрению споров (Грузия), Арбитражной комиссии Циньчжоу (КНР); с автором можно связаться по электронной почте: i.s.satarkulova@gmail.com.

1 Цитаты на тему «суд, судьи» [электронный ресурс]: Режим доступа: https://citaty.info/topic/sud-sudi?page=1 (дата обращения: 1 апреля 2022 г.)

Кыргызстан в международные инвестиционные арбитражные разбирательства, работа, проделанная при подготовке настоящей статьи, станет хорошим источником полезной и важной информации к применению представителями государственных структур, юристами, практикующими либо планирующими профессиональную работу в рассматриваемой области.

Роль иностранных инвестиций в развивающихся государствах с переходной экономикой неоспорима. Для их привлечения суверенные государства создают правовые основы, признавая нормы международного инвестиционного права, внедряя его в систему национального законодательства, вступая в двусторонние инвестиционные соглашения. Основными характерными чертами всего этого являются:

1. признание/определение иностранным государством инвестиционного характера иностранного капитала; и
2. согласие на урегулирование возможных споров в международных судах.

Вышеуказанные два критерия выделены автором не случайно, т.к. построение системы государственной защиты в международных инвестиционных спорах начинается задолго до их возникновения и берёт своё начало в положениях национального законодательства страны и осуществляемой ею политике в целом.

В связи с этим, ниже будут предложены к рассмотрению отдельные механизмы защиты, которые, по моему мнению, могут оказать существенное содействие государству в стратегии построения отношений с иностранными инвесторами и урегулировании разногласий и споров. Для наглядности в статье приведён также анализ применимых прецедентов – дел, рассмотренных различными международными арбитражными институтами.

1) Доарбитражное (мирное) урегулирование разногласий

В двусторонних инвестиционных соглашениях, подписанных Кыргызстаном с иностранными государствами, недостаточно разработана такая важная стадия, как досудебное урегулирование разногласий (*cooling-off period*), которая чаще длится около 6 месяцев с момента уведомления одной стороной другой о своём намерении инициировать арбитраж. Разумеется, урегулирование разногласий *ut talis* возможно на любой стадии. Однако нужно осознавать, что попытка урегулирования спора, находящегося в процессе арбитража, невыгодна, т.к. она всегда повлечёт определённые убытки для обеих сторон спора, а в процессе переговоров или медиации, наоборот, может способствовать разумному снижению/изменению материальных требований (если государство выступает ответчиком). Также в этом случае оговорка об обязательном проведении переговоров до инициирования арбитража:

- станет препятствием для незамедлительного инициирования международного арбитража при возникновении какого-либо разногласия, что, в свою очередь,
- предоставит Кыргызстану дополнительное время для подготовки к арбитражу.

Для примера рассмотрим ст. 10 (1) (2) Соглашения о поощрении и защите инвестиций между Правительствами Кыргызской Республики и ОАЭ, которой предусмотрено, что:

> *«1. Споры, возникающие между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны, должны быть первоначально урегулированы посредством переговоров.*
>
> *2. Чтобы начать переговоры, инвестор должен направить Договаривающейся Стороне письменное уведомление. В уведомлении должны быть указаны:*

а) название и адрес инвестора, являющегося стороной спора;

б) положения настоящего Соглашения, которые были нарушены;

в) фактические и правовые основания для претензии, а также

г) запрашиваемые средства защиты и сумма ущерба.

В случае, когда эти консультации не приводят ни к какому результату в течение шести месяцев со дня просьбы об организации консультаций, инвестор может обратиться в компетентные органы Договаривающейся Стороны, на территории которой были совершены инвестиции, или в международный арбитраж[1]».

И это всё, что регулирует вопрос досудебного урегулирования спора, тогда как на арбитражную оговорку выделена отдельная статья 11. Кстати, учитывая *inter alia*, что консультации – это особый вид переговоров, но носящий предпереговорный совещательный характер, представляется некорректным использование данного термина в редакции ст. 10 (2) указанного Соглашения. Также, поскольку волею сторон в Соглашение не заложено обязательство инвестора обращаться за правовой защитой в государственные суды Кыргызстана до обращения в международный арбитраж, далее мы не будем анализировать данный вопрос.

Необходимо понимать, что досудебная переговорная стадия является не менее важной следующей за ней арбитражной и заслуживает равнозначного внимания. В частности, требует чёткого согласования сторонами:

1 Соглашение о поощрении и защите инвестиций между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Объединенных Арабских Эмиратов от 7 декабря 2014 года [электронный ресурс]: ратиф. Законом КР от 28 мая 2015 года N 119 - Режим доступа: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5420/download (дата обращения: 5 апреля 2022 г.)

- уровень проведения переговоров (на уровне главы правительства, министров);
- форма запроса и проведения переговоров (письменные – путём ведения переписки, устные);
- язык переговоров;
- привлечение посредников (медиаторов) в независимом порядке или из числа медиаторов/арбитров определённого институционального или *ad hoc* арбитражного учреждения на территории истца, ответчика или из-за рубежа;
- регламент проведения переговоров;
- разумные сроки проведения переговоров, а также случаи, когда поведение одной из сторон может считаться ненадлежащим и препятствующим добросовестному урегулированию разногласий;
- оформление и исполнение результатов переговоров.

Таким образом, данный этап урегулирования разногласий, в случае его надлежащего закрепления сторонами инвестиционного договора, является одним из действенных механизмов исключить право стороны на инициирование арбитража без проведения мирных переговоров. Рассмотренный механизм защиты весьма рекомендуется, т.к. является не только практичным, но и преследует своей целью защитить суверенитет государства, позволяя урегулировать разногласия в рамках внутренней правовой системы государства и не причинить особого вреда инвестиционному климату страны.

Нужно также отметить, что предложенный механизм не препятствует сторонам прибегнуть к арбитражу, если они не достигли взаимного согласия в защите своих интересов, но позволяет обеим сторонам владеть дополнительным средством защиты, способным снизить финансовые затраты на арбитраж.

2) Стоимость арбитражных расходов

Сегодня наиболее известным арбитражным учреждением, администрирующим инвестиционные арбитражи, вовлекающие суверенные государства, является МЦУИС - Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID). Наряду с ним выступают Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма или Стокгольмский арбитраж (SCC), Постоянный третейский суд в Гааге (PCA), Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (ICC) со штаб-квартирой в Париже и др.

Итак, рассмотрим некоторые примеры. При инициировании арбитража, например, в МЦУИС заявителем подлежит к оплате сумма в размере 25 000 долларов США, административный сбор составляет 42 000 долларов США, оплачиваемый при регистрации иска и после этого на ежегодной основе, 3 000 долларов США подлежат оплате арбитру/ам за каждый день их работы и другие сборы. Таким образом, примерная минимальная стоимость арбитража МЦУИС по иску в размере 1 000 000 долларов США одним арбитром составит 91 550 долларов США[1].

В Стокгольмском арбитраже при подаче иска стоимостью 1 000 000 Евро для рассмотрения спора тремя арбитрами согласно Арбитражному Регламенту стоимость арбитража составит около 108 445 Евро плюс НДС[2].

Разумеется, по международным инвестиционным спорам суммы исковых требований всегда высоки, и вышеуказан-

1 Schedule of fees [электронный ресурс]: Режим доступа: https://icsid.worldbank.org/services/content/schedule-fees (дата обращения: 5 апреля 2022 г.)

2 Калькулятор стоимости [электронный ресурс]: Режим доступа: https://sccinstitute.com/ru/%D1%80%D0%B0%D0%B7%D1%80%D0%B5%D1%88%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5-%D1%81%D0%BF%D0%BE%D1%80%D0%BE%D0%B2/%D0%BA%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BA%D1%83%D0%BB%D1%8F%D1%82%D0%BE%D1%80-%D1%81%D1%82%D0%BE%D0%B8%D0%BC%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8/ (дата обращения: 5 апреля 2022 г.)

ные расходы приведены для понимания масштабов арбитражных расходов в целом. Добросовестность участия сторон спора обычно подразумевает *взаимное финансирование* (*mutual funding*) расходов, что является редкостью. Однако это не означает неминуемость полного отказа Кыргызстана от участия в международном арбитраже, учитывая, что и Кыргызстан может выступать в качестве истца в споре. В этом вопросе можно принять во внимание не новый, но ранее не использованный Кыргызстаном перспективный механизм защиты.

Согласно научным исследованиям, в конце XIX века в Великобритании зародилась практика *финансирования коммерческого арбитража третьей стороной*, что подразумевает покрытие процессуальных расходов одного из участников арбитража третьей стороной в обмен на определённый процент от присуждённой судом суммы.

Интересно отметить, что ранее данная практика даже квалифицировалась как уголовное преступление, т.к. считалось, что другое лицо посредством подобного финансирования, по сути, вмешивается в процесс разбирательства. Однако уже в 1908 году в деле *British Cash и Parcel Conveyors vs. Lamson Store Service Co* судом было отмечено, что привлечение финансирования арбитражных расходов третьей стороной отвечает требованиям времени[1].

В некоторых странах рассматриваемый институт является разновидностью страхования и даже урегулирован на законодательном уровне. В настоящее время процессуальное финансирование третьей стороной развито также в Австралии, в Гонконге, США и Сингапуре.

В Кыргызстане, постоянно страдающем ограниченными материальными ресурсами, также возможно было бы ис-

1 *Яшин И. О.* Финансирование международного коммерческого арбитража третьей стороной (third-party funding) // Молодой учёный. – 2019. – № 30 (268). – С. 96-103. – Режим доступа: https://moluch.ru/archive/268/61833/ (дата обращения: 21 февраля 2022 г.)

пользование данного успешного опыта зарубежных стран путём привлечения полного или частичного финансирования третьей стороной государственных расходов в международных арбитражных спорах на договорной основе без/с привлечением этой стороны для участия в споре.

Разумеется, здесь логичны опасение и сомнения в том, что спонсор может потерять вложенные средства и, соответственно, не получит какой-либо ожидаемой выгоды в связи с вероятным проигрышем Кыргызстаном спора в международном арбитраже. Конечно, в таком случае такие вложения третьей стороны будут носить характер венчурных инвестиций как с высоким риском их полной потери, так и с вероятностью их компенсации, либо будут предоставлены государству на безвозмездной основе. Однако не стоит забывать, что и команда такой третьей стороны – потенциального спонсора - формируется из опытнейших юристов и специалистов в области возникшего спора, которые тщательно прорабатывают материалы дела, оценивают риски и шансы на победу в споре до принятия решения о финансировании.

Это уже либо существенно увеличивает шансы выигрыша Кыргызстана в международном арбитраже, либо предупреждает о необходимости своевременного отказа от арбитража и излишних расходов. Поэтому считаю, что законодательное внедрение и применение практики финансирования арбитражных расходов Кыргызстана третьей стороной может способствовать улучшению статуса Кыргызстана в длящихся либо потенциальных инвестиционных спорах.

3) Формирование договорного обязательства по арбитражу путём арбитража ad hoc

Данная форма арбитража рекомендуема к выбору сторонами в отношении не слишком значительных исковых требований, которые могут возникнуть в результате спора. Здесь стороны могут более гибко и свободно адаптировать арбитраж к своим конкретным потребностям. Как правило, это также дешевле, чем институциональный арбитраж, поскольку стороны, по сути, должны будут оплачивать только гонорары (расходы) своих представителей и избранных ими арбитров.

Разумеется, в данном случае согласование арбитража предпочтительнее осуществлять в форме отдельного арбитражного соглашения, т.к. *ad hoc* арбитраж потребует более масштабного согласования сторонами процедур арбитража с момента наступления права стороны на подачу искового заявления и до этапа исполнения вынесенного арбитражного решения.

Риски недобросовестности поведения стороны, уклонения от арбитража, конечно, имеются. Хотя и в данном случае имеется возможность попросту закрепить правила проведения арбитража со ссылкой на уже существующие регламенты таких широко известных и уважаемых институциональных арбитражных институтов, как регламенты Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC), арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL) или Регламент Лондонского международного арбитражного суда (LCIA) и др.

Применение чётко прописанных правил арбитража будет дисциплинировать поведение сторон, позволит им понимать суть, условия, временные рамки и остальные условия арбитража в целом, а также обеспечит возможность сторон воспользоваться услугами профессиональных арбитров по рентабельной цене в краткие сроки.

4) Состояние необходимости как обстоятельство, исключающее противоправность деяния государства

В общем международное право выделяет 6 общепризнанных обстоятельств, наступление которых исключает ответственность за совершенное деяние: согласие, самооборона, контрмеры, форс-мажор, бедствие и состояние необходимости.

Последняя доктрина, как механизм защиты, применяемый государством, берёт своё начало в конце 1990-х - начале 2000-х годов, во времена социального, политического и экономического кризисов в Аргентине, по причине которых государству пришлось принимать меры, негативно повлиявшие на обязательства страны перед иностранными инвесторами. При этом исключение ответственности не отменяет обязательство, а только оправдывает его неисполнение.

Обязательным условием защиты государства с применением таких обстоятельств как согласие, форс-мажор, бедствие, состояние необходимости, которые исключают его ответственность, является их возникновение до совершения деяния. В этом случае такие деяния будут считаться исключающими противоправность и будут оправданы. Такие же обстоятельства, как самооборона или применение государством контрмер, совершённых, соответственно, после какого-либо деяния, извиняют его действия и исключают ответственность государства. Наконец, такое обстоятельство, как согласие, т.е. взаимная договорённость сторон об отступлении от определённого обязательства, исключает противоправность как таковую.

Со временем Комиссия международного права (ILC) кодифицировала современную концепцию состояния необходимости. Так, статья 25 Проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния предусматривает, что:

«1. Государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности деяния, не соответствующего международно-правовому обязательству этого государства, за исключением тех случаев, когда это деяние:

a) является единственным для государства путём защиты существенного интереса от большой и неминуемой опасности; и

b) не наносит серьёзного ущерба существенному интересу государства или государств, в отношении которых существует данное обязательство, или международного сообщества в целом.

2. В любом случае государство не может ссылаться на состояние необходимости как на основание для исключения противоправности, если:

a) данное международно-правовое обязательство исключает возможность ссылки на состояние необходимости; или

b) это государство способствовало возникновению состояния необходимости».

Таким образом, при осуществлении международно-правовых деяний государству необходимо учитывать возможность наступления международной ответственности, а при возникновении разногласий необходимо учитывать, имели ли место какие-либо обстоятельства, исключающие противоправность и/или ответственность государства.

5) Переосмысление стандартов, применяемых к понятиям иностранных инвесторов и инвестиций

Основные принципы государственной инвестиционной политики в Кыргызской Республике закреплены в Законе «Об инвестициях в Кыргызской Республике» от 27 марта 2003

года № 66. Несмотря на заявленные в нём цели улучшения инвестиционного климата в республике и стимулирования привлечения отечественных и иностранных инвестиций, считаю, что вопросы отнесения того или иного юридического лица к категории иностранных инвесторов и предоставление государством иностранному инвестору гарантий и судебной защиты в данном законе предусмотрены чересчур широко. Так, например, в ст. 1 указанного закона иностранному инвестору дано весьма расширенное понятие:

> *«Иностранный инвестор - любые физические и юридические лица, не являющиеся отечественными инвесторами и осуществляющие вложение инвестиций в экономику Кыргызской Республики, в том числе:*
>
> *1) физическое лицо, являющееся иностранным гражданином или лицом без гражданства, постоянно проживающим за пределами Кыргызской Республики.*
>
> *2) юридическое лицо:*
>
> *созданное и зарегистрированное в соответствии с законодательством иностранного государства; или*
>
> *созданное с иностранным участием, то есть учреждённое в соответствии с законодательством Кыргызской Республики:*
>
> *а) полностью принадлежащее одному или более иностранным физическим, юридическим лицам; или*
>
> *б) контролируемое и управляемое одним или более иностранными физическими, юридическими лицами посредством письменного контракта, права реализовать большинство акций, права назначать большинство членов исполнительного или наблюдательного органа; или*
>
> *в) не менее двадцати процентов акций или голосов акционеров которого находится в собственности иностранных граждан, лиц без гражданства, постоянно*

проживающих за границей, или юридических лиц, упомянутых в настоящей статье;

3) юридическое лицо, созданное на основе международного договора Кыргызской Республики;

4) иностранная организация, не являющаяся юридическим лицом;

5) международная организация».

В целях обеспечения национальной и экономической безопасности, регулирования притока иностранных инвестиций, контроля за хозяйственной деятельностью организаций, имеющей стратегическое для страны значение, государство вправе и обязано рассмотреть нецелесообразность такого расширенного понимания статуса инвестора в республике. Например, путём придания статуса инвестора посредством соответствующей государственной регистрации согласно специфичным критериям, лицензирования, в процессе чего уполномоченным государственным органом будет даваться правовая, экономическая оценка планируемой деятельности заявителя на предмет соответствия инвестиционному характеру и обоснованным экономическим ожиданиям государства.

Развитие инвестклимата в развивающейся стране всегда описывается как ультимативная необходимость привлечения частных иностранных инвестиций и инициатив, но представляется, что при этом чрезмерно умаляется роль государства, которое ведь также является инвестором рынка и ресурсов. В чём это заключается? Да хотя бы в том, что в рамках многочисленных двусторонних инвестиционных соглашений государство заведомо отказывается от судебного иммунитета, признаёт национально-правовой режим капиталовложений международно-правовым и ставит под сомнение доступность и справедливость национальной системы правосудия. Хотя, например, в деле *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S. A. (Switzerland) and*

Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay арбитраж отметил, что для признания того, что имел место отказ в правосудии, международное право требует, чтобы:

- имелись явные свидетельства вопиющего провала судебной системы; или
- была доказана системная несправедливость; или
- оспариваемое решение принимающего государства было явно ненадлежащим и дискредитирующим судебную систему этого государства[1].

При этом на национального инвестора дипломатическая защита инвестиций почему-то не распространяется. По моему мнению, в законодательстве республики не соблюдается баланс интересов государства и иностранных компаний, осуществляющих коммерческую деятельность на территории Кыргызстана, не носящую существенного инвестиционного характера.

Далее, например, в ст.6 вышеуказанного закона закрепляется гарантия правовой защиты деятельности иностранных инвесторов от экспроприации инвестиций и возмещение убытков инвесторам, но вопрос компенсации ущерба, который может быть причинён инвестором государству-реципиенту не закреплён. Хотя при этом, например, согласно ст. 7.4.2. Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 устанавливается, что:

> *«Потерпевшая сторона имеет право на полную компенсацию ущерба, возникшего в результате неисполнения. Такой ущерб включает любые понесённые стороной потери и всякую выгоду, которой она лишилась, и, учитывая любую выгоду потерпевшей стороны, полученную ею в результате того, что она избежала расходов или ущерба»*[2].

1 Philip Morris Products S. A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay. ICSID case No.ARB/10/7. Award of 8 July 2016. §500–578.

2 Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, 2010 г.

Тем не менее закрепление ответственности и обязанностей стороны по возмещению ущерба при совершении противозаконных деяний в законодательстве Кыргызской Республики является односторонним, а не зеркальным. Хотя стабильность государственной гарантии справедливого и равноправного режима инвестиций должна соответствовать стабильности инвестирования.

Действительно, заинтересованному лицу с иностранным элементом для инициирования арбитража против государства, по сути, не требуется сильно беспокоиться о правовой базе своих исковых заявлений: практически все исковые требования, поданные любыми физическими и юридическими лицами, не являющимися отечественными инвесторами и осуществляющими коммерческую деятельность в Кыргызской Республике, будут приняты и рассмотрены международным арбитражем, юрисдикцию которого признала Кыргызская Республика. Тем более что международных общих и специальных гарантий, регулирующих вопросы ответственности государств, более чем предостаточно, например:

- двусторонние инвестиционные соглашения;
- Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств;
- Резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 56/83 об ответственности государств за международно-противоправные деяния;
- Всеобщая декларация прав человека;
- Международный пакт 1966 года «О гражданских и политических правах»;
- Международный пакт 1966 года «Об экономических, социальных и культурных правах»;

[электронный ресурс]: Режим доступа: http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-russian.pdf (дата обращения: 5 апреля 2022 г.)

– Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций;
– Конвенция о защите прав человека и основных свобод, и др.

Ярким примером может послужить ситуация, когда государство, например, регулирует по своему усмотрению вопросы налогообложения, исходя из свои суверенных полномочий и публичных интересов страны. Но инвестору налоговые нововведения могут не понравиться, что чревато международным арбитражем по обвинению в косвенной экспроприации, как было в деле *EnCana Corporation v. The Republic of Ecuador*, когда трибунал посчитал, что принятая государственная налоговая норма является «*чрезвычайной*» и «*карательной*», и в действиях государства имеется косвенная экспроприация[1]. В деле же *Occidental Petroleum Corp. and Occidental Exploration & Production Co. v. Ecuador* арбитры и вовсе отметили, что налогообложение может иметь последствия, равносильные экспроприации[2].

В то же время государству в статусе истца ещё придётся значительно потрудиться, чтобы доказать: 1) свой статус пострадавшей стороны; 2) наличие оснований для возмещения ему ущёрба; 3) его причинение противозаконными действиями иностранных физических или юридических лиц. Одним из примеров тому является дело *David R. Aven, Samuel D. Aven, Giacomo A. Buscemi and others v. Republic of Costa Rica*, согласно которому государство, обнаружив, что владения истцов включают в себя водно-болотные угодья и охраняемый лес, прекратило строительства отеля, пляжного клуба и вилл истцами, в связи с отзывом у истцов разрешения на обеспечение экологической жизнеспособности. Также Коста-Рика начала уголовное расследование в отношении одного из истцов, хотя это вполне соответствовало законам Коста-Рики.

1 EnCana Corporation v. The Republic of Ecuador, LCIA Case № UN3481.

2 Occidental Petroleum Corp. and Occidental Exploration & Production Co. v. Ecuador, ICSID case № ARB/06/11.

Арбитраж установил, что истцы не провели надлежащую проверку экологических ограничений до начала проекта, нарушили закон Коста-Рики, скрыв наличие водно-болотных угодий и лесных массивов, и проводили на них строительные работы без разрешения государства. На основании этого арбитраж МЦУИС, не соглашаясь с доводами истцов, сделал вывод, что поведение инвесторов должно быть «*чутким к экологическим проблемам*», а указанные действия Коста-Рики не являлись косвенной экспроприацией. Однако при этом, отказывая во встречном иске Коста-Рики к истцам, арбитраж отметил, что осуществление государствами природоохранных мер должно быть «*справедливым, недискриминационным и соблюдать надлежащие правовые процедуры*»[1].

Нужно отметить, что из практики государственно-инвестиционных соглашений в Кыргызстане прослеживается то, что вопрос возмещения убытков так или иначе предусматривается в самих гражданско-правовых договорах, заключённых между государством и иностранными юридическими лицами. В то же время при надлежащем урегулировании рассмотренных отношений на законодательном уровне минимизируется необходимость заключения самостоятельных международных инвестиционных соглашений. На основании изложенного, считаю, что такой законодательный дисбаланс представляет собой нарушение принципа равенства сторон и заведомо демонстрирует гарантированное и заранее признаваемое государством нарушение своих обязательств.

В продолжение рассмотрения данного механизма защиты государства в международных инвестиционных спорах также рекомендуется пересмотреть и законодательное закрепление понятия инвестиций в Кыргызстане.

1 David R. Aven, Samuel D. Aven, Giacomo A. Buscemi and others v. Republic of Costa Rica. ICSID case No.UNCT/15/3. Final Award of 18 September 2018.

Согласно п. 1. ст. 1 Закона Кыргызской Республики об инвестициях:

«1. Инвестиции – это материальные и нематериальные вложения всех видов активов, находящихся в собственности или контролируемых прямо или косвенно инвестором, в объекты экономической деятельности в целях получения прибыли и (или) достижения иного полезного эффекта в виде:

- *денежных средств;*
- *движимого и недвижимого имущества;*
- *имущественных прав (ипотека, право удержания имущества, залог и другие);*
- *акций и иных форм участия в юридическом лице;*
- *облигаций и других долговых обязательств;*
- *неимущественных прав (в т.ч. право на интеллектуальную собственность, включая деловую репутацию, авторские права, патенты, товарные знаки, промышленные образцы, технологические процессы, фирменные наименования и ноу-хау);*
- *любого права на осуществление деятельности, основанной на лицензии или в иной форме, предоставленной государственными органами Кыргызской Республики;*
- *концессий, основанных на законодательстве Кыргызской Республики, включая концессии на поиск, разработку, добычу или эксплуатацию природных ресурсов Кыргызской Республики;*
- *прибыли или доходов, полученных от инвестиций и реинвестированных на территории Кыргызской Республики;*
- *иных форм инвестирования, не запрещённых законодательством Кыргызской Республики».*

Согласно п. 3 ст. 1 этого же Закона инвестиционная деятельность – это осуществление практических действий инвестора в отношении его инвестиций.

21 апреля 2022 года Кыргызстан сдал на хранение во Всемирный банк документ о ратификации Конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, что завершает процедуру примыкания нашего государства к остальным 156 государствам – участникам Конвенции. Данное обстоятельство, согласно моим ожиданиям, станет причиной резкого роста числа исков против государства с требованиями о возмещении многомиллионных ущербов по обвинениям в экспроприации иностранных инвестиций, в особенности при вышеуказанном понимании законодателями инвестиций и инвестиционной деятельности.

В статье 25 (1) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств указывается, что:

> *«В компетенции Центра находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями, между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства, при условии наличия письменного согласия участников спора о передаче такого спора для разрешения Центру».*

То есть государствам – участникам Конвенции предоставлена свобода определения понятия инвестиций, которой Кыргызстан не пользуется надлежащим образом. Недаром данный вопрос широко дискутируется в арбитражной практике. Уже имеется хороший опыт, который может быть использован Кыргызстаном, чтобы не все экономические

сделки и транзакции попадали под международную арбитражную юрисдикцию.

Для наглядности можно вспомнить дело *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo,* в котором истец заявил международные исковые требования о компенсации 750 000 долларов США в связи с экспроприацией инвестиций, вложенных путём создания им адвокатской конторы, состоявшей из нескольких юристов[1].

Ведь целью арбитража не является способствование стремлению инвестора к необоснованному обогащению, и выносимое международным арбитражным органом решение основывается не только на мнении инвестора, который попросту принял неверное решение об инвестировании в определённую отрасль развивающегося государства и ошибся с ожиданиями доходов и стандартов регулирования коммерческой деятельности на уровне развитой страны. В процессе разбирательства даются правовая и фактическая оценки правомерности действий принимающего государства с учётом применимого к делу национального законодательства, полнота и грамотность которого всецело зависит от самого государства.

В помощь для решения рассматриваемого вопроса Кыргызстану стоит, например, обратить внимание на решение МЦУИС по делу *Salini v. Morocco*, в котором были сформулированы критерии, более точно определяющие предметную юрисдикцию Международного центра (*тест Salini*), допустимую в отношении экономических операций, обладающих следующими характеристиками:

1) инвестор должен осуществить материальный вклад в определённый проект;
2) экономические отношения должны иметь определённую продолжительность;

1 Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1.11.2006, пункт 27-41.

3) у инвестора должна быть чёткая цель в получении прибыли;
4) инвестор должен принимать экономический риск;
5) инвестиции должны содействовать развитию принимающего государства[1].

Законодательный ориентир на данный тест может помочь нашему государству исключить незначительные инвестиции из числа пригодных для рассмотрения в МЦУИС, не допустить нежелательные инвестиции, контролировать и направлять действия инвесторов для придания им правомерности и экономической целесообразности для страны в целом.

6) Обеспечение полной защиты и безопасности

В международных инвестиционных арбитражах Кыргызстан зачастую подвергается обвинениям в нарушении принципа обеспечения полной защиты и безопасности (*full protection and security*), что, по мнению истцов, является экспроприацией иностранных инвестиций, как, например, в деле *Pantechniki v. Albania*.

Основанием и предметом иска было нападение и разбой на строительной площадке во время беспорядков в марте 1997 года в Албании, когда силы албанской полиции оказались не в состоянии обеспечить надлежащую защиту объекта инвестирования. Однако в решении единоличного арбитра Яна Полсона было отмечено, что «*Уровень и состояние развития принимающей страны должны учитываться при инвестиционно-правовой оценке. Не может быть установлено никакого нарушения права на полную защиту и безопасность, ибо строительный подрядчик на основе общего состояния безнадзорности и беззакония в Албании вряд ли*

1 Unter Verweis auf Salini Costruttori SpA and Italstrade SpA v. Kingdom of Morocco, ICSID case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23.7.2001, ILM 42 (2003), 609).

мог питать особые надежды на предоставление ему адекватной защиты со стороны полиции»[1].

С другой стороны, государство должно понимать, что обеспечение полной защиты и безопасности – это прямая обязанность государственных органов, которые должны и могут предпринимать соответствующие конкретные шаги в случае чрезвычайных ситуаций. Например, в деле по иску компании *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt* было признано, что государство-ответчик нарушило рассматриваемое обязательство, когда с февраля 2011 года по апрель 2012 года газопровод, в который инвестором были вложены инвестиции, подвергся 13 нападениям со стороны террористических организаций. Арбитраж МЦУИС признал, что ситуация с безопасностью в принимающем государстве была сложной, и вооружённые группы боевиков воспользовались политической нестабильностью.

Признав, что у Египта не было возможности предотвратить первые вооружённые атаки, арбитраж всё же пришёл к выводу, что их «*надлежало рассматривать как предупреждение египетскому государству, что могут быть совершены дальнейшие атаки, если не будут приняты меры безопасности*». Таким образом, посчитав, что египетские власти не предприняли «*каких-либо конкретных шагов*», чтобы защитить инвестиции от дальнейших атак, арбитраж признал правомерность заявления истца о том, что Арабская Республика Египет нарушила своё обязательство гарантировать полную защиту и безопасность иностранным инвестициям[2].

1 Pantechniki S.A. Contractors & Engineers ICSID case No. ARB/07/21, Award, 30.07.2009, para 81-82.

2 Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt. ICSID case No.ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017. §285, 289, 290.

Этим я хочу сказать, что при построении отношений с инвесторами необходимо, к примеру, законодательное закрепление того факта, что бремя, которое должна нести Кыргызская Республика – развивающееся государство, в связи с обеспечением и защитой прав инвесторов может быть ограниченным и распространяться только на политические риски, а не на экономические, которые, по сути, типичны для любых рыночных отношений.

7) Стабильность нормативно-правовой базы

Важным моментом для принятия решения инвестора об инвестировании является стабильность нормативно-правовой базы принимающего государства. В данном случае речь идёт о том, что инвестор ожидает от принимающего государства:

1) пропорциональности возможных изменений законодательства;
2) наличия обещаний со стороны государства о неизменности фискальной политики на протяжении определённого срока;
3) предоставление государством неотменяемости гарантий с целью привлечь инвестиции.

Если на момент инвестирования государство нарушило один или несколько факторов, что привело к финансовым потерям инвестора, то шансы выигрыша в международном арбитраже у него однозначно высоки.

В связи с этим государству надлежит регулировать свои действия соответственно. Для примера использования данного механизма защиты можно привести дело по иску компании «Тейнвер» и других против Аргентины, рассмотренное в МЦУИС. Арбитраж отказал в удовлетворении иска о том, что Аргентина нарушила правомерные ожидания инвесторов, применив к ценам на авиабилеты на вну-

тренние перелёты действовавшие в Аргентине правила. Вывод арбитров заключался в том, что применимое законодательство Аргентины носило весьма общий характер и не отражало каких-либо конкретных обязательств Аргентины по поддержанию определённого уровня цен на авиабилеты, в отличие от того, что заявляли инвесторы. Также арбитрами было отмечено, инвесторы «*очень мало сделали в плане должной осмотрительности*» до инвестирования в авиакомпании и «*нет доказательств того, что истцы наводили справки или обращались с какими-либо запросами о даче разъяснений или о получении заверений от Аргентины в отношении нормативно-правовой базы*» [1].

8) Отказ в правосудии

При возникновении спора с иностранным инвестором Кыргызстан должен подготовиться и к такому обвинению об отказе инвестору в правосудии и в произвольном обращении. Оно может иметь место, когда инвесторы обращаются в международный арбитраж после попыток защиты своих интересов в национальных судах принимающего государства, но встречаются лицом к лицу с неправомерным действием или бездействием судебных органов (затягивание слушаний, подкуп представителей судебной власти, дискриминация, отказ в правосудии или вынесении решения и т.п.). Международно-правовую ответственность за подобные действия или бездействия государственного органа будет нести принимающее государство.

Во избежание вышеприведенных обвинений основной задачей национальных судов является отправление правосудия в установленном законом порядке и вынесение мотивированного и обоснованного решения. При наличии данных факторов инвестор, который сочтёт возможным

1 Autobuses Urbanos del Sur S.A., Teinver S.A. and Transportes de Cercanías S.A. v. Argentine Republic. ICSID case No.ARB/09/1. Award of 21 July 2017. §444, 673–674, 677, 688, 854, 925, 962, 1010.

ссылаться на отказ в правосудии, не сможет получить поддержки у международных арбитров.

9) Прекращение договора с инвестором

Экономические отношения между государством и иностранным инвестором могут быть закреплены и в отдельном договоре, нарушение которого той или иной стороной вполне свойственно и ожидаемо. При нарушении договора инвестором одним из последствий может быть прекращение такого договора принимающим государством, что со стороны является вполне безобидным и правомерным способом защиты нарушенных интересов государства. Однако при столкновении Кыргызстана со схожей ситуацией и желанием, хотя бы и вполне справедливым, прервать договорные отношения с иностранным инвестором, рекомендуется внимательно отнестись к условиям договора и проанализировать экономические составляющие своего решения. Сразу хотелось бы отметить, что, несмотря на сложность таких договоров, после их подписания, принимающее государство не сможет в качестве оправдания своего деяния ссылаться на недопонимание содержания договоров или нехватку профессиональных кадров, способных дать квалифицированную оценку договорным отношениям.

Дело в том, что в арбитражной практике имеются дела, по которым инвестор при прекращении договора государством обращался в международный арбитраж с обвинениями в экспроприации иностранных инвестиций и потребовал компенсации в размере 535 млн. долларов США. Так, например, в ранее упомянутом иске компания *Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt*, поданном в МЦУИС в 2012 году, было заявлено, что государственные органы Египта, вовлечённые в договор купли-продажи газа и его поставки в Израиль,

незаконно прекратили действие договора из-за неоплаты счёта-фактуры в размере 37 млн. долларов США. Арбитраж указал, что:

1) заключённый сторонами долгосрочный договор не предусматривал права государства прекратить договор по вышеуказанному основанию, и что
2) прекращение являлось чрезмерным действием государства-ответчика, так как сумма неоплаченного счёта-фактуры являлась небольшой суммой в сравнении с потенциальными экономическими выгодами в миллиарды долларов[1].

В результате рассмотрения дела арбитраж МЦУИС пришёл к заключению о том, что прекращение договора действительно является незаконной экспроприацией, так как своими чрезмерными действиями египетские государственные органы привели к «*непоправимому прекращению*» инвестиционной деятельности, что равносильно экспроприации.

Резюме

Как мы видим из достаточно краткого анализа, приведённого в настоящей статье, единообразия в арбитражных решениях по рассмотренным вопросам нет, а среди практикующих специалистов многие вопросы остаются дискуссионными. Это ещё раз доказывает необходимость для Кыргызстана как принимающего государства:

– определить процедуру проведения переговоров, урегулирования разногласий и заключений мировых соглашений с иностранными инвесторами;
– выстроить эффективную систему сотрудничества и координации между государственными органами,

1 Ampal-American Israel Corp., EGI-Fund (08-10) Investors LLC, EGI-Series Investments LLC, BSS-EMG Investors LLC and David Fischer v. Arab Republic of Egypt. ICSID case No.ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017. §173–175, 178–183, 183, 187, 331–332, 344, 346–347.

ответственными за реализацию инвестиционной политики государства;

– разработать и внедрить раннюю систему предотвращения инвестиционных споров;
– оттачивать до деталей национальное законодательство, применимое к регулированию инвестиционной деятельности в Кыргызской Республике;
– внимательно относиться к содержанию подписываемых международных обязательств;
– обогатить структуры государственных органов подходящим кадровым персоналом, способным профессионально решать вышеперечисленные задачи;
– обеспечить профессиональный подход при выстраивании стратегии защиты в международных инвестиционных арбитражах.

ЕСТЬ ЛИ БАЛАНС МЕЖДУ ИНВЕСТИЦИЯМИ И УСТОЙЧИВЫМ РАЗВИТИЕМ? АКТУАЛЬНОСТЬ ПЕРЕСМОТРА ДВУХСТОРОННИХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ СОГЛАШЕНИЙ КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКИ ДЛЯ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ЗАЩИТЫ ОБЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ

Жылдыз Тегизбекова[1],
Азамат Сулейманов[2*]

Долгое время международное инвестиционное право и устойчивое развитие находились в противоречии друг с другом. Однако за два последних десятилетия эта ситуация резко изменилась. Регулирование иностранных инвестиций стало включать увязку с общественными интересами, такими как трудовые стандарты, охрана окружающей среды, устойчивое развитие, здравоохранение и благополучие животных. Комплексная разработка стандартов по-прежнему нуждается в значительном совершенствовании.

В настоящей статье изучены международная практика и обзор текущей ситуации с заключением международных инвестиционных соглашений и двусторонних инвестиционных договоров Кыргызской Республикой. Далее анали-

* Юрист, к.ю.н, доцент, Международный университет «Ала-Тоо», с автором можно связаться по электронной почте: zhyldyz.tegizbekova@iaau.edu.kg

** Юрист, магистр права, преподаватель Международного университета «Ала-Тоо», с автором можно связаться по электронной почте: suleimanov.azamat@alatoo.edu.kg

зируются инвестиционные соглашения Кыргызской Республики на наличие положений об устойчивом развитии, а также рассматривается дело «*Белоконь против Кыргызской Республики*»; предложены соответствующие рекомендации и выводы.

1. Практика заключения двусторонних инвестиционных договоров и международных инвестиционных соглашений

Иностранные инвестиции являются важным фактором экономического развития многих стран, особенно развивающихся. Транснациональная инвестиционная деятельность приносит в принимающие государства необходимый капитал и технологии, но может также вызывать озабоченность по поводу устойчивого развития, например, обеспокоенность экологическими и трудовыми правами. Для многих развивающихся стран такая озабоченность может быть особенно серьёзной.

Транснациональная инвестиционная деятельность регулируется не только внутренним законодательством принимающих стран, но и большим количеством международных инвестиционных соглашений (далее – МИС), особенно двусторонними инвестиционными договорами (далее – ДИД) и инвестиционными разделами в соглашениях о свободной торговле[1].

Международное инвестиционное соглашение – это договор между странами, касающийся вопросов защиты, поощрения и либерализации трансграничных инвестиций[2].

1 Zhyldyz Tegizbekova, *Amending BITs to Balance Private and Public interests in Environment Issues BITs: Where is the balance between Investment and Sustainable Development in Kyrgyzstan,* available at: https://www.academia.edu/40821746/Amending_BITs_to_Balance_Private_and_Public_interests_in_Environment_Issues_BITs_Where_is_the_balance_between_Investment_and_Sustainable_Development_in_Kyrgyzstan

2 Kavaljit Singh and Burghard Ilge*, Rethinking Bilateral Investment Treaties Critical Issues And Policy Choices,* Bothends, 2016.

Двусторонние инвестиционные договоры устанавливают условия и положения для частных инвестиций, осуществляемых физическими и юридическими лицами из одного суверенного государства в другое суверенное государство. ДИД часто обсуждаются как часть более крупного торгового соглашения между договаривающимися государствами[1].

МИС и ДИД предназначены для решения вопросов, связанных с трансграничными инвестициями, как правило, направлены на защиту экономических интересов как стран-получателей, так и иностранных инвесторов, одновременно поощряя открытые и основанные на правилах международные инвестиции[2]. Однако для иностранных инвесторов существует риск, так как страна-получатель является суверенной на своей территории и в принципе может изменять законодательство и политику, которые актуальны для инвесторов, в любой момент времени[3]. Это может существенно изменить статус и, следовательно, затраты и риски инвестиционного проекта[4]. В связи с этим МИС и ДИД действуют как страховой полис, защищая инвестиции от политических рисков и предлагая инвесторам правовую защиту в рамках эффективного механизма урегулирования споров между инвесторами и государством (ISDS)[5]. Таким образом, МИС и ДИД добавляют ряд важных компонентов к политическим и институциональным детерминантам прямых инвестиции и тем самым способствуют повышению привлекательности стран[6].

---

1 Georgetown Law Library, available at: https://guides.ll.georgetown.edu/c.php?g=371540&p=4187393

2 OECD, *Why International Investment Agreements Matter,* 2016.

3 Suarez Anzorena, C. Ignacio and William K. Perry, *Protecting Foreign Investment and Arbitration*, *in The Rise of Bilateral Investment Treaties*, 2010.

4 *Ibid*

5 UNCTAD, *World Investment Report 2015*, pp.125-126.

6 *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries,* UNCTAD Series on International Investment Policies for Development *2009.*

Основной и общей целью таких международных соглашений является содействие в размещении и защита инвестиций из одной договаривающейся страны на территорию другой договаривающейся стороны. Большинство соглашений о взаимной защите и поощрении иностранных инвестиций заключено между развитыми и развивающимися странами, вместе с тем растёт и количество соглашений между другими группами государств. По опыту большинства стран мира, инвестиционные соглашения включают семь основных разделов, применяемых на практике:

- предмет соглашения и срок его действия;
- условия допуска инвестиций в принимающую страну;
- условия режима в отношении инвесторов;
- порядок перевода прибыли и капитала за рубеж;
- порядок экспроприации собственности и выплаты компенсации;
- порядок разрешения споров между сторонами контракта;
- порядок разрешения споров между инвестором и принимающей страной.

Однако в большинстве МИС и ДИД применяется открытый подход, который благоприятствует широкому определению инвестиций. В свете этого всё чаще звучат призывы сделать МИС ориентированными на устойчивое развитие. Другими словами, МИС должны не только служить цели защиты иностранных инвесторов и их инвестиций, но они также должны играть стимулирующую роль для договаривающихся государств в достижении устойчивого развития и в защите прав будущих поколений[1].

1 Zhyldyz Tegizbekova, «*Does Climate Change Threaten The Rights of Future Generations Rights?* "Climate Change Law and Litigation Workshop», March 29, 2022, available: https://www.academia.edu/74872992/Does_Climate_Change_Threaten_The_Rights_of_Future_Generations_Rights_Climate_Change_Law_and_Litigation_Workshop_March_29_2022

ДИД – это один их видов МИС, соглашения, устанавливающие условия для частных инвестиций граждан и компаний одного государства в другом государстве. Этот тип инвестиций называется прямыми иностранными инвестициями.

Считается, что, гарантируя защиту иностранных инвестиций, ДИД содействуют иностранным инвестициям. Поскольку ДИД имеют две основные цели - поощрять инвестиции и защищать их, - они требуют от принимающего государства предоставления «*справедливого и равноправного режима*». Это базовый и общий стандарт, признанный в обычном международном праве и не имеющий отношения к внутреннему законодательству принимающего государства. Для придания содержания концепции справедливого и равноправного обращения некоторые ДИД перечисляют виды деятельности, которые должны быть защищены от вредных мер.

Большинство ДИД предоставляют ряд гарантий инвесторам одного договаривающегося государства на территории другого: справедливый и равноправный режим, защиту от экспроприации, свободную передачу средств и полную защиту и безопасность. Отличительной особенностью многих ДИД является то, что они допускают альтернативный механизм разрешения споров, при котором инвестор, чьи права в соответствии с ДИД были нарушены, мог прибегнуть к международному арбитражу, часто под эгидой МЦИУС (ICSID). По общей практике, механизмы урегулирования инвестиционных споров, которые являются неотъемлемой частью ДИД, позволяют иностранным инвесторам обходить внутренние суды и предъявлять иски суверенным государствам в международных арбитражных комиссиях. Так, в деле *Ioannis Kardassopoulos к Республике Грузия* (ICSID Case No. ARB/05/18) спор между сторонами этого разбирательства касался утверждений иностранного инвестора о том, что Республика Грузия нарушила свои обязательства перед иностранным инвестором в соответствии с Соглашением

между Правительством Греческой Республики и Правительством Республики Грузия и Договором к Энергетической хартии в отношении предполагаемой доли заявителя в концессии на нефть и газ в Грузии.

Первый в мире ДИД был подписан 25 ноября 1959 года между Пакистаном и Германией. В 1970-е годы росла обеспокоенность иностранных инвесторов растущей необходимостью создания и поддержания стабильного климата для инвестиций. Экспроприация и национализация в различных странах, таких как Чили, Иран, Ямайка и Ливия, продемонстрировали необходимость более эффективной защиты и привели к увеличению числа ДИД. Страны-экспортеры капитала, такие как Франция, Япония, Нидерланды, Соединённое Королевство и Соединённые Штаты вступили во многие ДИД[1].

В настоящее время насчитывается более 3000, по сравнению с примерно 300 в 1990 году. В последние годы число двусторонних инвестиционных договоров и соглашений о преференциальной торговле, в частности, росло бурными темпами; практически каждая страна является членом хотя бы одного из них[2]. Влиятельные государства-экспортёры капитала обычно договариваются о ДИД на основе своих собственных «типовых» текстов (таких как модель ДИД Индии или США)[3].

Однако сегодня такие заключёные международные договоры подпадают под критику правозащитников и неправительственных организаций. Так, неправительственные организации во многих странах выступают против заклю-

1 См. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, p. 2. Also see UNCTAD, *World Investment Report* (2006) XVII, 26.

2 *Tobin, Jennifer L.; Busch, Marc L. (2010), «A BIT is better than a lot: Bilateral Investment Treaties and Preferential Trade Agreements", World Politics. 62: 1–42.*

3 Пример модели ДИД Индии: https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bateral%20Investment%20Treaty.pdf

чения и использования ДИД, заявив, что они, в основном, предназначены для защиты иностранных инвесторов и не принимают во внимание обязательства и стандарты по защите окружающей среды, трудовых прав, социальных положений или природных ресурсов:

> *«Двусторонние инвестиционные договоры представляют собой угрозу государственной политике, демократическому управлению и общественным интересам и должны насторожить всех, кто занимается экологической и социальной политикой»*[1].

В связи с вышеуказанным, экологические положения становятся всё более распространёнными в международных инвестиционных соглашениях, а именно в ДИД. В последние годы подразделение МЦУИС Всемирного банка организовало новые раунды создания ДИД, что привело к тому, что быстро стал формироваться более однородный набор правил для регулирования глобального инвестиционного рынка.

Далее ЮНКТАД провёл работу по изменению инвестиционного режима и предложил новые варианты политики:

> *«Международная инвестиционная политика динамично развивается, и это имеет далеко идущие последствия. Реформа МИС с акцентом на будущее набрала хорошие обороты. Современные договоры часто предполагают ориентацию на устойчивое развитие, сохранение возможностей регулирования, а также изменения или изъятия, касающиеся механизма урегулирования инвестиционных споров. Наиболее частым направлением реформы является сохранение возможностей регулирования. В некоторых недавно разработанных МИС или типовых договорах содержатся*

1 Zhyldyz Tegizbekova, *"Amending BITs to Balance Private and Public interests in Environment Issues BITs: Where is the balance between Investment and Sustainable Development in Kyrgyzstan"*, available at: https://www.academia.edu/40821746/Amending_BITs_to_Balance_Private_and_Public_interests_in_Environment_Issues_BITs_Where_is_the_balance_between_Investment_and_Sustainable_Development_in_Kyrgyzstan

также прямые ссылки на гендерное равенство. Одним из центральных направлений реформы МИС является также арбитраж между инвесторами и государством. Наработки ЮНКТАД способствовали принятию первоначальных мер по обновлению договоров старого поколения. Всё чаще страны толкуют, изменяют и заменяют устаревшие договоры либо прекращают их действие»[1].

2. Перспективы включения целей устойчивого развития в положения двусторонних инвестиционных соглашений

Повестка Целей в области устойчивого развития ООН (далее - ЦУР) до 2030 года подчеркивает необходимость увеличения иностранных инвестиций для продвижения нескольких целей ЦУР, включая бедность, устойчивое сельское хозяйство, гендерное равенство, устойчивую энергетику, равенство стран, изменение климата и глобальное партнёрство.

Во время министерской встречи G20, состоявшейся в июле 2016 года, министры торговли крупнейших экономик мира согласовали набор руководящих принципов для инвестиций и разработки политики, направленных на «поощрение инвестиций для инклюзивного экономического роста и устойчивого развития»[2]. Согласно итогам встречи было решено, что существующий глобальный режим управления инвестициями необходимо реформировать, чтобы он был ориентирован на устойчивое развитие; что необходимо реформировать режим заключения международных инвестиционных соглашений, поскольку многие существующие

1 См. Записка секретариата ЮНКТАД: последние изменения в международном инвестиционном режиме: подведение итогов второго этапа реформ. Совет по торговле и развитию, Комиссия по инвестициям, предпринимательству и развитию. Одиннадцатая сессия. Женева, 11–15 ноября 2019 года. /B/C.II/42. – С. 2-3.

2 Эти принципы носят лишь рекомендательный характер.

международные инвестиционные соглашения, особенно ранние, не решают проблемы устойчивого развития.

Долгое время международное инвестиционное право и устойчивое развитие находились в противоречии друг с другом. Однако за два последних десятилетия эта ситуация резко изменилась. Регулирование иностранных инвестиций стало включать увязку с общественными интересами, такими как трудовые стандарты, охрана окружающей среды, устойчивое развитие, здравоохранение и благополучие животных. Комплексная разработка стандартов по-прежнему нуждается в значительном совершенствовании. Необходимо реформировать систему международных инвестиционных соглашений, с тем чтобы более эффективно решать проблемы устойчивого развития, связанные с иностранной инвестиционной деятельностью. Одновременно следует прилагать больше усилий для содействия тому, чтобы эта деятельность по иностранным инвестициям способствовала достижению устойчивого развития позитивным образом, внедряя экологически чистые технологии и способствуя сокращению моделей неустойчивого производства и потребления, а не препятствуя иностранным инвестициям в усилиях по достижению устойчивого развития.

На сегодняшний день государства уже начали вносить изменения в инвестиционные соглашения, а также в типовые двусторонние инвестиционные договора с учётом защиты своих общественных интересов. На сегодня типовые МИС, отвечающие потребностям устойчивого развития: Типовой ДИД США от 2012 года, Типовой ДИД Нидерландов 2018 года, Типовое международное инвестиционное соглашение 2004 года в целях содействия устойчивому развитию, Основы инвестиционной политики ЮНКТАД в интересах устойчивого развития 2015 года.

Хотя защита инвестиций остаётся главной целью международных инвестиционных соглашений, сегодня всё шире

признается, что такие соглашения можно и нужно составлять также для удовлетворения потребностей в области устойчивого развития.

Одно из эффективных решений – это внедрение положений об устойчивом развитии (ЦУР) в МИС.

Согласно доктринальным исследованиям[1], на сегодня существуют **8 основных типов ЦУР**. Типы ЦУР указывают на соответствующие виды проблем устойчивого развития, которые должны решаться:

1. Общие положения об устойчивом развитии (*General sustainable development provisions*) нацелены на решение проблем устойчивого развития в целом, вместо того, чтобы сосредотачиваться на конкретном элементе устойчивого развития, таком как охрана окружающей среды[2];
2. Положение о борьбе с коррупцией (*Anti-corruption provision*). Борьба с коррупцией широко рассматривается как важная часть государственной политики и ключевой элемент надлежащего управления как на международном, так и на национальном уровнях. УВД полезны в предотвращении и борьбе с коррупцией, связанной с транснациональной инвестиционной деятельностью, и могут сыграть полезную роль в обеспечении доступа к правосудию для всех и создании эффективных, подотчётных и инклюзивных институтов, как это предусмотрено в ЦУР;
3. Экологическое обеспечение (*Environmental provision*) нацелено на решение проблем, связанных с защитой окружающей среды в широком смысле.

1 См. *Manjiao Chi* Sustainable Development Provisions in Investment Treaties. An empirical exploration of the sustainable development provisions in BITs of Asia-Pacific LDCs and LLDCs.

2 См. Foreign direct investment and sustainable development in international investment governance, studies in trade, investment and innovation no. 90, United Nations ESCAP (2019).

Оно чётко отражает экологический аспект и некоторые элементы социального аспекта устойчивого развития. На данный момент термин «окружающая среда» следует понимать в широком смысле, охватывая не только природную среду и ресурсы, но и жизнь людей, животных и растений, здоровье и безопасность населения;

4. Трудовые права и обеспечение прав человека (*Labour rights and human rights provision*) охватывают не только основные трудовые права, такие как основные трудовые права, признанные Международной организацией труда, но также и более широкий спектр социальных прав, связанных с правами человека, таких как гендерное равенство, искоренение нищеты, образование и занятость. Этот тип ЦУР чётко отражает различные элементы социального измерения устойчивого развития;
5. Обеспечение существенной прозрачности (*Substantive transparency provision*) в основном занимается публикацией законов, нормативных актов, политики и практики, связанных с инвестициями, на местном, национальном и международном уровнях;
6. Положение о процедурной прозрачности (*Procedural transparency provision*) - это вопросы, касающиеся прозрачности процедур урегулирования инвестиционных споров, в частности международного инвестиционного арбитража;
7. Обеспечение национальной безопасности (*National security provision*) направлено на защиту основных интересов безопасности принимающих государств, особенно в исключительных обстоятельствах;
8. Ответственная деловая практика (*Responsible business practices*) в широком смысле решает насущную и деликатную проблему обязательств иностранных инвесторов в рамках МИС. Инвесторы, особен-

но многонациональные предприятия, являются ключевыми участниками транснациональной инвестиционной деятельности и основными заинтересованными сторонами глобального режима управления инвестициями. Они могут вызвать серьёзные опасения по поводу устойчивого развития, но они также могут способствовать устойчивому развитию в принимающих государствах, особенно в определённых секторах экономики. Хотя верно, что поведение инвесторов по-прежнему регулируется главным образом внутренним законодательством принимающих государств, для МИС также имеет смысл налагать определённые обязательства и на инвесторов.

Вышеуказанные типы ЦУР не составляют исчерпывающий перечень всех ЦУР в современных МИС.

Нацеленная на создание условий для устойчивого развития реформа нашла своё место в международной инвестиционной политике. Реформы проводятся на всех уровнях - национальном, двустороннем, региональном и многостороннем. На сегодняшний день государства уже активно вовлечены в имплементацию целей в области устойчивого развития в своей инвестиционной политике, так, к примеру, статья 14 Модельного ДИД Бразилии содержит положения, что инвесторы и их инвестиции должны стремиться к достижению максимально возможного уровня вклада в устойчивое развитие принимающего государства и местного сообщества.[1] Соглашение об экономическом партнёрстве между Японией и Мексикой прямо включает обязательства государств поощрять трансграничные инвестиции в деятельность, направленную на содействие устойчивому развитию и борьбу с изменением климата, посредством наращивания

1 Brazil Model Cooperation and Facilitation Investment Agreement, art.14, available at: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download

потенциала и институционального строительства, а также обмена информацией, в том числе для выявления инвестиционных возможностей и поощрения и развития деловых союзов в этой области окружающей среды[1].

Тем не менее, предстоит проделать ещё очень большую работу. Для того чтобы реформа была действительно успешной, международному инвестиционному сообществу необходимо решить следующие задачи[2]:

Во-первых, обновление договоров старшего поколения остаётся приоритетной задачей. Несмотря на предпринимаемые усилия по реформированию, на долю договоров, относящихся к МИС старшего поколения, которые не содержат ориентированных на реформы элементов, по-прежнему приходится большая часть договоров (в 10 раз больше, чем число современных МИС, заключённых с 2012 года). Это свидетельствует о масштабности задачи реформирования большей части режима МИС, призванного сделать его более сбалансированным, управляемым и благоприятствующим устойчивому развитию.

Во-вторых, реформа должна быть комплексной. Хотя усилия по проведению реформ сходятся в своей цели сделать режим МИС в большей степени нацеленным на обеспечение устойчивого развития, они предпринимаются странами спорадически и сосредоточены на конкретных аспектах режима, которыми зачастую занимаются в отрыве от всех остальных.

В-третьих, некоторые новаторские положения ещё предстоит апробировать. Пока ещё слишком рано оценивать

1 Agreement between Japan and the United Mexican States for the Strengthening of the Economic Partnership, signed September 17, 2009, art. 147 (1).

2 См. Записка секретариата ЮНКТАД: Последние изменения в международном инвестиционном режиме: подведение итогов второго этапа реформ. Совет по торговле и развитию. Комиссия по инвестициям, предпринимательству и развитию. Одиннадцатая сессия. Женева, 11–15 ноября 2019 года. /B/C.II/42. – С. 20-21.

эффективность некоторых инновационных формулировок, включаемых в МИС, с точки зрения их цели гарантировать права стран на регулирование. Многие из новых усовершенствований в МИС ещё предстоит проверить в инвестиционных спорах, и остаются сомнения относительно того, как арбитры будут толковать их в рамках процедур урегулирования споров между инвесторами и государством. Это относится как к новым положениям, которые широко используются в договорах, так и к тем, которые до настоящего времени использовались относительно редко.

В-четвертых, реформаторские усилия должны носить включающий характер и не сдерживаться по причине ограниченности потенциала. Успешное проведение реформ требует прозрачного и включающего процесса. Правительствам и международным форумам необходимо создать условия для конструктивного участия заинтересованных сторон, расширяя навыки и опыт участников переговоров и директивных органов[1].

3. Обзор и анализ двухсторонних инвестиционных договоров, заключённых Кыргызской Республикой

В целях развития экономического сотрудничества, создания и поддержания благоприятных условий для инвестиций инвесторов, а также в поощрении и защите иностранных инвестиций за годы независимости Кыргызской Республики было подписано 38 двусторонних соглашений и 1 многостороннее соглашение о защите и поощрении инвестиций (ЕврАзЭС). На сегодня Кыргызстаном прорабатываются вопросы заключения новых и обновлённых двусторонних инвестиционных соглашений[2]. По доступным данным, Кыргызстан подписал 38 ДИД, из них действующих только 24,

1 Там же.

2 См. Информация о прорабатываемых двусторонних инвестиционных соглашениях (ДИС), Министерство экономики и коммерции Кыргызской Республики, доступно на сайте: http://mineconom.gov.kg/ru/direct/7/64

остальные либо не вступили в силу, либо их действие было прекращено[1].

Изучив тексты ДИД, заключённые Кыргызстаном, необходимо отметить, что большинство из них не содержат положения ЦУР и являются договорами старого поколения. Например, положения ЦУР отсутствуют в ДИД Кувейт - Кыргызстан (2015), Кыргызстан - США (1993), Кыргызстан - Объединённые Арабские Эмираты (2014), Кыргызстан - Латвия (2008) и др[2].

Почти все ДИД, заключённые Кыргызстаном, направлены на защиту инвесторов и предоставление инвестиционных гарантий: права инвесторов и обязанности принимающего государства. В большинстве ДИД не содержатся положения о защите национальной безопасности, экологии, борьбе с коррупцией или о роли прав человека.

Манджяо Чи в своей работе «*Sustainable development provisions in investment treaties*» в 2018 году указал, что Кыргызстан имеет 36 ДИД, из которых только 5 ДИД содержат ЦУР, в то время как остальные 31 ДИД не содержат никаких ЦУР[3].

Ни один из ДИД, заключённых Кыргызстаном, не содержит положения о национальной безопасности.

При изучении всех действующих ДИД с участием Кыргызской Республики мы пришли к выводу, что только один ДИД полностью отражает политику ЦУР и содержит положения

---

1 Центр инвестиционной политики, двусторонние инвестиционные договоры (ДИДы) Кыргызстана, доступно на сайте: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/113/kyrgyzstan

2 См. Информация о подписанных двусторонних инвестиционных соглашениях (ДИД), Министерство экономики и коммерции Кыргызской Республики, доступно на сайте: http://mineconom.gov.kg/ru/direct/7/64

3 ARTNeT by Manjiao Chi, *Sustainable development provisions in investment treaties "An empirical exploration of the sustainable development provisions in BITs of Asia-Pacific LDCs and LLDCs",* UNESCAP, 2018 p.38.

об экологической защите, устойчивом развитии и о защите трудовых прав (ДИД Кыргызстан – Австрия 2016 года)[1].

ДИД Кыргызстан – Австрия 2016 года также содержит положение о сотрудничестве стран по борьбе с коррупцией и положение об ответственном корпоративном поведении[2].

Указанные Положения содержатся в преамбуле и статьях 4, 5 и 6 ДИД:

> *«признавая, что инвестиции как двигатель экономического роста могут играть ключевую роль в установлении стабильного экономического роста; соглашаясь, что эти цели могут быть достигнуты без ущерба здоровью, мерам общей безопасности и окружающей среде;*
>
> *признавая, что развитие экономических и деловых отношений может* ***обеспечить соблюдение международно-признанных норм трудового права****; выражая уверенность в том, что* ***ответственное корпоративное поведение может способствовать взаимному доверию между предприятиями и принимающими странами;***
>
> *подчёркивая, что всем правительствам и гражданскому сектору* ***необходимо придерживаться антикоррупционных мер ООН, прежде всего Конвенции ООН против коррупции (2003 года) ...»***
>
> ***Статья 4. Инвестиции и окружающая среда***
>
> *Договаривающиеся Стороны признают* ***неприемлемость поощрения инвестиций за счёт ослабления***

1 ДИД Кыргызстан – Австрия 2016, доступно на сайте: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5119/download

2 Zhyldyz Tegizbekova, *Amending BITs to Balance Private and Public interests in Environment Issues BITs: Where is the balance between Investment and Sustainable Development in Kyrgyzstan,* available at: https://www.academia.edu/40821746/Amending_BITs_to_Balance_Private_and_Public_interests_in_Environment_Issues_BITs_Where_is_the_balance_between_Investment_and_Sustainable_Development_in_Kyrgyzstan

национального законодательства по охране окружающей среды.

Статья 5. Инвестиции и труд

1) Договаривающиеся Стороны признают ***неприемлемость поощрения инвестиций за счёт национального трудового законодательства*** *государств Договаривающихся Сторон.*

2) В целях настоящей Статьи «законодательство в области труда» означает закон или нормативный правовой акт государств Договаривающихся Сторон, напрямую относящийся к следующим международно-признанным трудовым правам: а) право на объединение; б) право на совместную организацию и переговоры; в) запрет на использование любой формы принудительного или насильственного труда; г) защита трудовых прав детей и молодёжи, включая минимальный возраст трудоустройства детей, а также запрет и устранение наихудших форм детского труда; д) приемлемые условия работы в отношении минимальной заработной платы, рабочих часов, профессиональной безопасности и здравоохранения; е) устранение дискриминации в занятости и трудоустройстве.

Статья 6. Прозрачность

1) Каждая Договаривающаяся Сторона должна своевременно публиковать либо обеспечить открытый доступ к своим законам, нормам, процедурам, так же, как и к международным соглашениям, которые могут влиять на действие настоящего Соглашения.

2) Каждая Договаривающаяся Сторона должна своевременно давать ответы на конкретные вопросы и обеспечивать, по запросу, информацией другую Договаривающуюся Сторону по любым мерам и вопросам, оговоренным в пункте (1) настоящей статьи.

> *3) Ни одна из Договаривающихся Сторон не обязана отвечать на запрос о выдаче информации или предоставлении доступа к информации, касающейся отдельных инвесторов или инвестиций, раскрытие которой препятствует обеспечению соблюдения национального законодательства своего государства или противоречит законам и правилам, защищающим конфиденциальность.*

К договорам нового поколения также можно отнести ДИД между Кыргызстаном и Венгрией от 2020 года (однако данный договор только подписан, но ещё не ратифицирован). В преамбуле подписанного ДИД предусматриваются обязательства по соблюдению некоторых положений ЦУР – об устойчивом развитии, о защите здоровья, безопасности и окружающей среды, о поощрении и защите признанных прав человека, трудовых прав и о соблюдении международно-признанных стандартов корпоративной социальной ответственности[1].

В настоящее время число ДИД старого поколения, заключённых Кыргызской Республикой, превышает число современных, ориентированных на реформы договоров, и большинство известных случаев урегулирования споров между инвесторами и государством до сегодняшнего времени основывались на договорах старого поколения.

К примеру, в деле «*Белоконь против Кыргызской Республики*» сторона истца опиралась на положения ДИД между Латвией и Кыргызской Республикой о защите прав инвесторов в арбитражных судах. Международный арбитражный трибунал вынес решение в пользу Валерия Белоконь[2].

---

1 ДИД Кыргызстан – Венгрия 2020 (не вступил в силу), доступно на сайте: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/6037/download

2 Дело «*Belokon v Kyrgyz Republic*», Award, 24 October 2014, доступно на сайте: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ITA%20LAW%207008_0.pdf

Однако в 2017 году Апелляционный суд Парижа отменил решение против Кыргызстана в месте арбитража по соображениям международной публичной политики (запрет на отмывание денег). Кыргызстан утверждал, что приведение в исполнение арбитражного решения противоречило бы международной публичной политике, в частности, в отношении запрета отмывания денег (статья 1520 (5) Гражданского процессуального кодекса Франции).

В ходе основного разбирательства арбитражный суд постановил, что утверждения о мошенничестве и отмывании денег не были достаточно обоснованы. При вынесении своего решения Апелляционный суд счёл, что он может полагаться на документы и доказательства, которые не были представлены в арбитражный суд, и, в частности, на документы, которые стали доступны после вынесения арбитражного решения. Апелляционный суд Парижа постановил, что Белоконь действительно был вовлечён в практику отмывания денег, основываясь, в основном, на тексте самого арбитражного решения. Апелляционный суд Парижа установил, что существовали значительные финансовые связи между Валерием Белоконь и бывшим президентом Кыргызстана Курманбеком Бакиевым, который был вынужден уйти в отставку после смены режима в 2010 году и после того, как были сделаны инвестиции, то есть приобретение банка. Суд также постановил, что процесс торгов по приобретению банка был нерегулярным. В этом контексте Парижский суд уделил повышенное внимание утверждениям о неправомерных действиях инвестора, что привело к оценке фактов в пользу принимающего государства[1].

В недавнем решении кассационный суд оставил в силе решение Апелляционного суда, постановив, что, когда его попросили определить, может ли принудительное исполнение препятствовать международной публичной политике запрета отмывания денег, Апелляционный суд был прав,

1 Valeri Belokon v. Kyrgyz Republic, COUR D'APPEL DE PARIS, Feb. 21, 2017.

не ограничившись доказательствами, которые были представлены арбитражному суду или к выводам последнего. Это подкрепляет предыдущую судебную практику французских судов, отменявших решения, запятнанные коррупцией, даже когда такие обвинения в коррупции были рассмотрены и отклонены арбитражным судом[1].

Можно сказать, что Апелляционный суд Парижа и Кассационный суд Франции применили иное бремя доказывания, чем трибунал ЮНСИТРАЛ, что свидетельствует о том, что иностранным инвесторам следует проявлять осторожность, когда государства выдвигают обвинения в отмывании денег или коррупции. Таким образом, хотя в ДИД не было положения о борьбе с коррупцией, эта практика показывает, что суды начали уже применять нормы ЦУР при вынесении решений.

4. Выводы

Международная реформа инвестиционного режима способствовала принятию Кыргызстаном первоначальных мер по обновлению договоров старого поколения (например, в настоящее время ведутся переговоры по заключению обновлённого соглашения с Турцией) и/или заключению договоров нового поколения (ДИД Кыргызстан – Австрия, ДИД Кыргызстан - Венгрия).

Согласно имеющимся данным[2], за всю историю независимости Кыргызстан подписал 38 ДИД, многие из них так и не вступили в силу, некоторые прекратили своё действие.

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

2 Центр инвестиционной политики, Двусторонние инвестиционные договоры (ДИД) Кыргызстана, доступно на сайте: https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/113/kyrgyzstan

Из проведенного анализа можно заключить, что все ДИД, заключённые Кыргызстаном, можно поделить на две группы:

Договоры старого поколения: традиционные ДИД, не содержащие положения устойчивого развития (например, ДИД Кувейт - Кыргызстан (2015), Кыргызстан - США (1993), Кыргызстан - Объединённые Арабские Эмираты (2014), Кыргызстан - Латвия (2008);

Договоры нового поколения: ДИД с некоторыми положениями об устойчивом развитии (ДИД Кыргызстан – Австрия (2016), ДИД Кыргызстан – Венгрия (2020).

Сегодня толкование, изменение и замена устаревших договоров либо их прекращение становится международной обычной практикой государств. С учётом того, что до настоящего времени лишь небольшое количество заключённых Кыргызстаном ДИД относится к договорам нового поколения, существует настоятельная необходимость дальнейшего реформирования инвестиционных соглашений. В идеале, будущие международные инвестиционные соглашения должны быть ориентированы на устойчивое развитие и включать указанные выше все типы ЦУР.

5. Рекомендации

1) Инвестиционное законодательство должно быть пересмотрено. В целом инвестиционный закон Кыргызской Республики также является менее ориентированным на устойчивое развитие. Внутренний закон об иностранных инвестициях не содержит положений об охране окружающей среды, о защите трудовых и других прав человека и граждан Кыргызстана[1]. К примеру, законодательство Узбекистана об иностранных инвестициях требует от инвестора соблюдения *«законодательства, в том числе о конкуренции, о противодействии коррупции, об инвестициях и инвести-*

1 Закон КР от 27 марта 2003 года № 66 «Об инвестициях в Кыргызской Республике», доступно на сайте: http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/1190

ционной деятельности, о труде, о градостроительстве, об охране окружающей среды, а также техники безопасности, санитарных норм и правил»[1]. Необходимо отметить, что согласно закону Узбекистана (статьи 15 и 46), могут быть ограничены права и свободы инвестора в интересах национальной безопасности[2].

Законодательство Кыргызской Республики широко определяет инвестиции и инвестора и предусматривает краткий перечень обязанностей инвесторов. Требуется пересмотр определений инвестиции и инвестиционной деятельности.

В случае внесения изменений в национальный закон об этом, в новых ДИД также должна быть отражена новая терминология для синхронизации национального законодательства и заключаемых инвестиционных соглашений, поскольку по общей практике ДИД содержат широкое понимание инвестиций (например, ДИД Великобритании и др.).

2) Правительству Кыргызстана рекомендуется пересматривать и дополнять ДИД **положениями об устойчивом**

---

1 Статья 11 Закона Республики Узбекистан «Об инвестициях и инвестиционной деятельности» от 25 декабря 2019 г., №ЗРУ-598.

2 Закон Республики Узбекистан «Об инвестициях и инвестиционной деятельности» от 25 декабря 2019 г., №ЗРУ-598.

«Статья 15. ***Гарантии прав субъектов инвестиционной деятельности***

Правила настоящей статьи не распространяются на принятие, изменение, дополнение либо отмену актов законодательства, которые непосредственно связаны с обеспечением национальной безопасности Республики Узбекистан, определяемых в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права».

«Статья 46. Правовой режим для иностранных инвесторов и их инвестиций на территории Республики Узбекистан

Законодательство Республики Узбекистан может содержать в соответствии с международными договорами Республики Узбекистан, общепризнанными принципами и нормами международного права ограничения или запрет на иностранные инвестиции в определённых сферах экономики и охраны здоровья населения, животного и растительного мира, окружающей среды, а также обеспечения защиты интересов национальной безопасности Республики Узбекистан».

развитии ЦУР, в противном случае подписанные ДИД могут работать не в пользу интересов государства.

3) **Повестка дня ООН на период до 2030 года** должна быть руководством по развитию прямых иностранных инвестиций для всех заинтересованных сторон и положения ЦУР должны также входить в положения заключаемых ДИД.

4) Необходимо разработать свой **Модельный проект двустороннего инвестиционного договора** со стороны Кыргызстана[1], как это было сделано Нидерландами, Индией и другими странами.

Модельный ДИД государства – это позиция страны на международном уровне по вопросам инвестиционного режима, а также по защите интересов не только иностранных инвесторов, но и собственного суверенитета.

1 Примечание: авторы на данный момент планируют разработать модельный ДИД Кыргызской Республики, однако для окончательной версии ДИД необходимо, чтобы правовые коллизии, существующие в нормативных правовых актах Кыргызской Республики, были доработаны. Также при составлении модельного ДИД авторам необходимо уточнить позицию государства об обозначении таких концепций, как «инвестор», «инвестиции» и «инвестиционная деятельность».

РЕГУЛИРОВАНИЕ ФИНАНСИРОВАНИЯ ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ В ИНВЕСТИЦИОННОМ АРБИТРАЖЕ: ЗА И ПРОТИВ

Салтанат Иманова*

Инвестиционный арбитраж является важным средством урегулирования споров между инвесторами и государствами. Между тем, несмотря на то, что механизм урегулирования споров играет важную роль в защите прав и интересов иностранных инвесторов и поощрении привлечения инвестиций, на практике он также порождает и множество проблем. Одной из серьёзных проблем, вызывающих всё большее беспокойство, в частности, у государств, принимающих инвестиции, становится финансирование арбитражных разбирательств третьими лицами (далее – ФТЛ).

Не секрет, что международный инвестиционный арбитраж сам по себе является чрезвычайно дорогостоящей формой судебного разбирательства. Исходя из этого, одна из проблем для сторон, особенно для истца, чаще всего инвестора, состоит в том, чтобы не оказаться в состоянии неспособности оплачивать длительно продолжающееся арбитражное разбирательство. Общее мнение заключается в том, что в случаях, когда расходы могут вырасти до очень больших размеров, стороннее финансирование обеспечивает доступ

* Заместитель Генерального директора ЗАО «Чаарат ЗААВ» по правовым вопросам, член Королевского института арбитров (MCArb, Великобритания); с автором можно связаться по электронной почте: saltanat.imanova74@mail.ru.

к правосудию для тех, кто в противном случае не мог бы позволить себе обратиться с исками в арбитраж.

Таким образом, сложилось мнение, что стороннее финансирование может способствовать равенству сторон и укреплять всеобъемлющие принципы процессуальной честности и справедливости. Тем не менее стороннее финансирование обслуживает как тех, кто не может платить, так и тех, кто не желает финансировать разрешение своих споров, поэтому спрос растёт по мере распространения принятия стороннего финансирования.

Сегодня в мире существуют разные подходы к использованию механизма финансирования третьими сторонами и его регулированию в международных договорах. В некоторых правовых системах финансирование третьими сторонами просто запрещено, тогда как в других правовых системах финансируемая сторона обязана незамедлительно раскрывать информацию о названии и адресе стороны, осуществляющей финансирование. В некоторых международных договорах предусматриваются также и другие требования, например, обязывающие финансируемую сторону уведомлять суд о характере финансовых средств.

Несмотря на то, что бенефициарами финансирования третьими сторонами выступают мелкие, средние предприятия и крупные компании, нельзя забывать, что финансирование третьими сторонами в рамках урегулирования инвестиционных споров – это особый контекст, поскольку государства чаще всего выступают в роли ответчика, а частные инвесторы в роли истца. Финансирование третьими сторонами осуществляется как одностороннее финансирование, предоставляемое инвесторам, что создает серьёзный дисбаланс.

Также следует отметить, что финансирование третьими сторонами в рамках разрешения споров между инвесторами и государством по большей части всё ещё не регламентировано.

Только в последнее время несколько правовых систем, включая Сингапур, Гонконг, Нигерию и ряд других государств, приняли меры в целях либерализации нормативно-правовой базы в области финансирования третьими сторонами в рамках коммерческого арбитража[1].

В некоторых договорах финансирование третьими сторонами запрещено полностью (например, Соглашение о взаимном поощрении и защите инвестиций между Аргентиной и Объединёнными Арабскими Эмиратами от 16 апреля 2018 года).

В нескольких инвестиционных договорах содержатся требования о раскрытии, в основном обязывающие предоставлять второй стороне спора и суду информацию о существовании третьей стороны, осуществляющей финансирование, и её адрес (к примеру, Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между Канадой и Европейским союзом (CETA), временно действует с 21 сентября 2017 года).

Между тем, прежде чем оценить, на самом ли деле сегодня ФТЛ создаёт благоприятные возможности для участников инвестиционного арбитража или же, наоборот, несёт в себе негативные последствия, хотелось бы коротко остановиться на том, что такое ФТЛ и в чём заключается его суть.

ФТЛ может быть определено как оказание лицом (далее – спонсор), которое не является участником арбитражного разбирательства и не имеет материально-правового интереса в предмете спора, финансовой поддержки участнику спора на основании соглашения с ним в обмен на получение вознаграждения (возмещения) в зависимости от ре-

1 https://www.mlaw.gov.sg/content/minlaw/en/news/legal-industry-newsletters/note-by-senior-minister-of-state-for-law--indranee-rajah-s-c---o13.html;

https://www.gld.gov.hk/egazette/pdf/20172125/es1201721256.2018/06/03/jumping-tpf-bandwagon-nigerias-new-arbitration-bill-embraces-third-party-funding/

зультатов рассмотрения спора (как правило, в виде части взысканной суммы)[1].

ФТЛ представляет собой перераспределение рисков, связанных с инициированием и участием в судебном (арбитражном) процессе: в случае победы взысканная сумма разделяется между финансируемым лицом и спонсором согласно условиям соглашения о ФТЛ, а в случае проигрыша финансируемое лицо, как правило, не возмещает спонсору проинвестированную сумму. При этом интерес к такому механизму финансирования выражают не только лица, у которых недостаточно средств для оплаты юридических услуг и иных расходов в арбитраже, но и вполне платёжеспособные и сильные в экономическом плане компании, которые используют ФТЛ для распределения рисков и поддержания ликвидности[2].

По итогам анализа существующих в мировой практике подходов к ФТЛ в Докладе Рабочей группы ICCA – Queen Mary University[3] было выработано следующее определение финансирования арбитража третьими лицами – это соглашение между лицом, которое не является стороной в споре, о предоставлении стороне, её обособленному подразделению или юридической фирме, представляющей интересы такой стороны, денежных средств или другой материальной поддержки для финансирования разбирательства полностью или в части, в рамках одного дела или в определённом ряде дел, и такая поддержка или финансирование представляется в обмен на вознаграждение или возмещение, которое

1 Goeler J. von. *Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (= International Arbitration Law Library. Vol. 35).* – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016. P. 2.

2 Sergei Morozov. *Third-party funding of arbitration: international experience and possible use in Russia*// New Horizons of International Arbitration. Issue 4: Collection of Articles; Moscow: Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018, p. 243.

3 Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration // the ICCA Reports No. 4, 2018. p. 50.

полностью или частично зависит от исхода спора либо предоставляется в качестве гранта либо в обмен на выплату вознаграждений.

Преимущества и недостатки ФТЛ

Сторонники ФТЛ утверждают, что оно обеспечивает ряд преимуществ, таких как обеспечение доступа к правосудию. Стороны, имеющие большие шансы на благоприятный исход спора, могут иметь ограниченные материальные ресурсы, не позволяющие покрыть все процессуальные расходы. В таких случаях сторона может отказаться заявлять о своих требованиях, даже имея сильную позицию и высокую вероятность победы. Привлечение процессуальных инвесторов может решить эту проблему. Данный вид финансирования предоставляет стороне, собирающейся защищать свои права в коммерческом арбитраже, возможность пройти своеобразный due diligence перед принятием окончательного решения об инициировании разбирательства[1].

Иным положительным последствием ФТЛ, по мнению его сторонников, является распределение рисков, связанных с участием в арбитражном разбирательстве, между финансируемым лицом и спонсором согласно их экономическим интересам. Финансируемое лицо получает возможность защитить своё нарушенное право в судебном порядке, при этом не снижая уровень ликвидности.

По мнению Трибунала ICSID в деле *EuroGas Inc. и Belmont Resources Inc. против Словацкой Республики*, финансирование третьей стороной стало «обычной практикой» в арбитраже между инвестором и государством. По словам Мириам Сирс, старшего юриста Torys, стороннее финансирование «абсолютно необходимо для того, чтобы претензии по международным инвестиционным договорам» могли быть

1 *Яшин И. О.* Финансирование международного коммерческого арбитража третьей стороной // Молодой учёный. 2019. №30. с. 96-103.

переданы в арбитраж между инвестором и государством. Однако речь идёт не только о доступе к правосудию. Также было отмечено, что стороннее финансирование обеспечивает надежное финансовое управление для компаний, у которых есть наличные деньги для финансирования своих требований, но которые хотят снизить риск своих судебных разбирательств и снять расходы со своего баланса. Более того, стороннее финансирование даёт возможность рассмотреть более обоснованные заявления[1].

Ещё одним преимуществом стороннего финансирования считается возможность более квалифицированно вести дело, а это означает, что с помощью стороннего спонсора становится возможным вынести конкретный вопрос на рассмотрение арбитражного суда без передачи дела в национальный суд, где рассмотрение спора, скорее всего, будет двигаться значительно медленнее.

Другими словами, сторонний спонсор даёт инвестору возможность подать заявку с большей эффективностью. Кроме того, обычно фирмы, предоставляющие стороннее финансирование, имеют огромный опыт арбитража по инвестиционным договорам и поэтому могут достаточно точно рассчитать риски, что, конечно же, выгодно и финансируемой стороне.

Более того, доступ к независимой и объективной оценке возможностей успеха дела способствует реалистичному ожиданию результатов, которые, вероятно, будут достигнуты.

С другой стороны, критики утверждают, что ФТЛ искажает баланс интересов между государствами и инвесторами. Это меняет механизм традиционного разрешения споров в сторону спекулятивной выгоды вместо правосудия и упорядоченного урегулирования споров. Так, несмотря на ряд перечисленных выше преимуществ, одним из главных не-

1 EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14 // https://www.italaw.com/cases/3210

достатков ФТЛ и вызываемой им угрозой называют стимулирование подачи необоснованных исков[1]. Спонсор может настаивать на агрессивной тактике, имеющей своей целью склонить ответчика к мирному урегулированию необоснованного иска[2].

Либо спонсор может включить в своё портфолио инвестиций параллельно с исками, имеющими высокие шансы на успех, финансирование «слабого» и высокорискового иска, который, однако, в случае выигрыша принесёт значительно большую прибыль, чем менее рисковый актив. Особенно ощутимо этот вопрос встаёт в инвестиционном арбитраже, когда государства могут быть втянуты в арбитражные разбирательства для удовлетворения каких-либо скрытых интересов истцов или спонсоров.

Проблемы для государства, принимающего инвестиции

а. Риск завышения исковых требований

Одним из наиболее ярких примеров того, как ФТЛ работает на практике, является дело Teinver против Аргентины (*Teinver S.A., Transporters de Cercanias S.A. and Autobuses Urbanos DEL SUR S.A. v. Argentine Republic*). Дело Teinver представляет собой инвестицию в арбитражное дело, возникшее в результате экспроприации двух аргентинских авиакомпаний правительством Аргентины. В июле 2017 года арбитражный суд вынес решение в пользу истцов, которое давало Burford (спонсору) право получить более 100 млн. долларов в соответствии с соглашением о финансировании. Burford Capital вложила в это дело около 13 млн. долларов и продала свою долю на вторичном рынке за 107 млн. долларов (доходность составила 736%)[3].

1 Hodges Chr., Peysner J., Nurse A. *Litigation Funding: Status and Issues* (Oxford Legal Research Paper No. 49 (July 2012).

2 Hodges Chr., Peysner J., Nurse A. Op. cit. P. 13.

3 Burford Capital, 2017 Annual Report 23 (2017) at http://www.burfordcapital.

Общий объем инвестиций Burford Capital в судебные расходы составляет порядка 1 млрд. долларов. Конкурент фирмы на этом рынке компания Gerchen Keller из г. Чикаго (США) оперирует суммой инвестиций в 1,4 млрд. долларов. Всего на рынке альтернативных инвестиций в судебные процессы в США работает более 100 хедж-фондов и более 1000 частных инвесторов.

Внешнее финансирование судебных расходов стало совершенно неотъемлемой частью современной системы правосудия на Западе. Признанная и санкционированная судом деятельность становится всё популярнее и востребованнее, так как отвечает общественным интересам всех участников судебного процесса.

b. Раскрытие информации для оценки потенциальных конфликтов интересов между арбитрами и сторонним спонсором

Ещё одна проблема ФТЛ связана с отсутствием прозрачности в использовании финансирования со стороны третьих лиц. В большинстве случаев заявители, полагающиеся на финансирование со стороны третьих лиц, не раскрывают факт наличия финансирования со стороны. В некоторых случаях истцы отказываются раскрывать эту информацию, даже когда к этому призывает ответчик (дело *Sehil v. Turkmenistan*).

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID) завершил рассмотрение дела по иску турецкой строительной компании *Sehil Inşaat Endustri* к Туркменистану на 500 млн. долларов. Арбитражный суд встал на сторону Туркменистана и отклонил все претензии турецкой фирмы[1].

com/wp-content/uploads/2018/03/BUR-28711- Annual-Report-2017-web.pdf

1 Международный арбитраж встал на сторону Туркменистана в разбирательстве с турецкой строительной компанией Sehil//https://www.hronikatm.com/2021/05/sehil-vs-tm-icsid/

Нельзя отрицать, что арбитраж – это роскошь, которую могут себе позволить немногие. Следовательно, немногие могут позволить себе стороннее финансирование, поскольку оно всегда сопряжено с передачей судебного риска, что в большинстве случаев делает его проблемой. Помимо финансовой точки зрения, уже давно поднимается вопрос о том, какие вопросы, особенно этические и конфликтные, возникают при финансировании третьей стороной и как эти вопросы можно решить?

В связи с опасностью возникновения конфликта интересов возникает вопрос необходимости раскрытия факта финансирования и о его способности вызывать обоснованные сомнения в беспристрастности и независимости.

Для оценки конфликта интересов в отношении проблемы ФТЛ можно обратить внимание на пересмотренную версию Руководящих принципов международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже, выпущенную в 2014 году (Руководящие принципы IBA 2014 г.), которые обновили Руководящие принципы 2004 года, особенно Общие стандарты 6 и 7 применительно к вопросам ФТЛ.

В частности, Общий стандарт 6 (b) при определении того, имеется ли конфликт интересов и необходимо ли раскрывать такую информацию, указывает, что:

> *«[е]сли одной из сторон спора является юридическое лицо, то любое юридическое или физическое лицо, имеющее прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением, может быть рассмотрено как идентичное такой стороне спора».*

В пояснении к Общему стандарту 6 (b) закреплено, что каждая такая ситуация должна быть рассмотрена индивидуально. В качестве лиц, которые могут иметь прямой экономический интерес в арбитражном решении и, следо-

вательно, рассматриваться в качестве стороны спора, указаны спонсоры (third-party funders) и страховщики (insurers).

Для целей Общего стандарта 6 (b) термины «*спонсор*» и «*страховщик*» определяются в пояснениях к данному стандарту через следующие элементы:

1) юридическое или физическое лицо,
2) которое осуществляет финансирование или иную материальную поддержку («contributing funds, or other material support»),
3) для преследования в судебном порядке или защиты по делу («to the prosecution or defence of the case»), и
4) которое имеет прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением[1].

Общий стандарт 7 Руководящих принципов 2014 года также закрепляет обязанность стороны разбирательства раскрыть информацию, помимо прочего, о любых прямых или косвенных отношениях между арбитром и любым физическим или юридическим лицом, которое имеет 1) прямой экономический интерес в арбитражном решении или 2) обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением. Сторона обязана сделать это по своей инициативе при первой возможности.

Для выполнения данной обязанности сторона должна провести разумный поиск и предоставить любую релевантную информацию, которая ей доступна. Арбитр также обязан провести разумный поиск информации для обнаружения любого конфликта интересов, а также любых фактов или обстоятельств, которые могут дать разумные основания для сомнений в его независимости или беспристрастности. Отсутствие знания о конфликте интересов не оправдывает

1 Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже 2014.

неисполнение обязанности по раскрытию, если арбитр не провёл такой разумный поиск информации[1].

Между тем указанные положения Руководящих принципов носят рекомендательный характер и не могут применяться, если одна из сторон разбирательства с этим не согласна. Следовательно, такие механизмы должны закрепляться в применимых правилах арбитражных институтов и носить обязательный характер.

Так, несколько арбитражных учреждений рассматривают возможность или недавно ввели положения о ФТЛ, которые, в частности, требуют, чтобы стороны раскрывали информацию о существовании и личности стороннего спонсора (см., например, статью 11 (7) Регламента ICC 2021 года; статью 43 Регламента Миланской арбитражной палаты 2020 года; Правило 14 Проекта Арбитражного регламента ICSID 2020 года; Проект положения 7, предложенный Рабочей группой ЮНСИТРАЛ III по возможной реформе урегулирования споров между инвесторами и государством). Некоторые суды аналогичным образом обязали заявителей раскрывать личность своих сторонних спонсоров.

c. Возмещение затрат

Понятно, что когда спор выигрывает истец, то все расходы, включая гонорары спонсора, взыскиваются с государства. А как быть, когда арбитражное решение выносится в пользу государства и ему присуждена компенсация для покрытия своих затрат?

Тогда с большей долей вероятности истец, рассчитывавший на стороннее финансирование, не сможет исполнить решение арбитражного трибунала. У государств не остаётся эффективного способа принудительного исполнения этого решения. Ответчик не может привести в исполнение

1 Там же.

арбитражное решение в отношении истца, поскольку у него нет активов. Он также не может привести в исполнение арбитражное решение в отношении стороннего спонсора, поскольку он не является стороной арбитражного разбирательства и не может быть указан в арбитражном решении, поскольку арбитражные суды, как правило, не обладают юрисдикцией в отношении третьих сторон.

В целом, стороннее финансирование в значительной степени выгодно заявителям и сторонним спонсорам. Однако это сопряжено со значительными угрозами для государств, в том числе, в частности, с риском неспособности возместить свои расходы при успешной защите от претензий и необходимостью защиты от необоснованных претензий, которые никогда бы не были предъявлены, если бы не наличие финансирования со стороны третьих сторон.

Для эффективного разрешения всех вышеизложенных вопросов была создана Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ, которой поручено реформировать режим урегулирования споров между инвесторами и государствами.

В настоящее время выявлены ключевые проблемы ФТЛ, которые обсуждались на соответствующих сессиях Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ[1] (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами - УСИГ), которые включают:

1. Влияние финансирования третьими сторонами на ход разбирательства:

– коллизии интересов арбитров, вызванные финансированием третьими сторонами;
– влияние финансирования третьими сторонами на решения о распределении расходов (несение расходов и потенциальный перенос бремени доказывания);

1 *Башкова А. А.* Финансирование международного третейского разбирательства третьей стороной (third-party funding): преимущества и недостатки, процессуальные риски на примере новейшей практики//Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 1(8). с. 134–148.

– учёт финансирования третьими сторонами при принятии решения об обеспечении для покрытия издержек;
– защита закрытой информации, которая была раскрыта третьей стороне, осуществляющей финансирование, и степень, в которой такая сторона связана обязательствами о соблюдении конфиденциальности;
– контроль третьих сторон, осуществляющих финансирование, над арбитражным разбирательством и негативное влияние на мирное урегулирование споров.

2. Влияние финансирования третьими сторонами на систему урегулирования споров между инвестором и государством, включая:

– влияние финансирования третьими сторонами на рост числа дел по УСИГ и необоснованных требований;
– влияние финансирования третьими сторонами на поощрение и защиту инвестиций;
– дисбаланс, создаваемый практикой финансирования третьими сторонами, так как государствам-ответчикам оно, как правило, недоступно.[1]

Рабочая группа III ЮНСИТРАЛ, скорее всего, пожелает рассмотреть различные способы осуществления реформ, связанных с финансированием третьими сторонами в контексте инвестиционных споров и, возможно, рассмотреть вопрос о необходимости разработки типовых законодательных положений по этому вопросу. В данный момент работа Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ продолжается.

В Кыргызстане институт финансирования третьими лицами арбитражных разбирательств является относительно новым и не изученным. Комплексных исследований ещё

1 A/CN.9/WG.III/WP.157

нет, однако есть серьёзная озабоченность и осторожный интерес, вызванный рядом проблем, связанных с влиянием стороннего финансирования на арбитражные разбирательства, включая конфликт интересов у арбитров, рост числа необоснованных требований против государств, негативное влияние на возможность мирного урегулирования спора, раскрытие конфиденциальной информации спонсору, отсутствие доступа к информации об источнике финансирования, происхождение которого может быть нелегальным, и другие.

Руководствуясь вышеизложенными обстоятельствами, которые складываются вокруг ситуации ФТЛ, было бы целесообразно внимательно проанализировать этот институт и в случае необходимости предпринять следующие **меры регулирования деятельности по стороннему финансированию арбитражных разбирательств** в Кыргызской Республике:

1) Реформирование системы урегулирования инвестиционных споров посредством модернизации двусторонних инвестиционных соглашений.

Кыргызская Республика придерживается мнения о том, что прямые иностранные инвестиции благоприятно сказываются на развитии большинства стран с развивающейся экономикой. В этом отношении вопрос поощрения и защиты прямых иностранных инвестиций, а также урегулирования инвестиционных споров посредством надёжной, экономичной и предсказуемой системы является крайне важным не только для инвесторов, но и для принимающих стран, занятых поиском и привлечением капитала.

Опыт, накопленный Кыргызстаном в урегулировании инвестиционных споров, наглядно свидетельствует о том, что назрела острая необходимость дальнейшего пересмотра и модернизации существующих двусторонних инвестиционных соглашений (далее - ДИС) и инициирование в этой

связи переговоров с партнёрами с целью формирования современной и более прочной правовой основы для урегулирования инвестиционных споров, в том числе с учётом договоренностей о раскрытии/не раскрытии информации о ФТЛ.

Отдельно хотелось бы обратить внимание, что между государственными экспертами по правовым вопросам и должностными лицами, напрямую отвечающими за меры, которые потенциально могут нарушать договорные обязательства, существует разрыв в уровне знаний. Сокращение этого разрыва и усиление взаимных консультаций до возникновения конфликта может существенно уменьшить количество дел по инвестиционным спорам.

Между тем, учитывая большое количество ДИС, которые следует пересмотреть, здесь я соглашусь с некоторыми экспертами, необходимо параллельно определить и иные элементы реформирования системы урегулирования споров между инвестором и государством (институциональные и процедурные правила, кодекс поведения арбитров и финансовые нормы) с опорой на вклад всех заинтересованных сторон и при их участии.

2) Регулирование финансирования арбитражных разбирательств третьими лицами.

Финансирование третьими сторонами должно быть прозрачным и чётко регламентированным. Консультанты и арбитры должны иметь возможность проверять договоры, заключаемые между истцом и спонсором, а сумма дохода, которую получит спонсор, должна ограничиваться разумной долей вознаграждения.

В случае принятия пути регулирования финансирования арбитражных разбирательств третьими лицами (а не полного отказа от него, как, к примеру, Аргентина) рекомендуется изучить возможность предусмотреть в применимых

правилах третейских судов, функционирующих в Кыргызстане, требование о полном раскрытии информации о любых третьих сторонах, осуществляющих финансирование, и содержание соглашений о финансировании. Также в применимые правила третейских судов могут быть закреплены и другие аспекты регулирования финансирования третьими сторонами, которые будут сочтены целесообразными.

Регулирование особо важно в тех случаях, когда может возникнуть коллизия интересов между арбитрами и осуществляющими финансирование третьими сторонами.

Также в случае возникновения такой необходимости будет целесообразным:

а) Активно вовлекать арбитров МТС ТПП в деятельность рабочей группы по модернизации двусторонних инвестиционных соглашений.

б) Проанализировать и рассмотреть возможность внесения изменений в применимые правила МТС ТПП в части раскрытия информации и регламентирования ФТЛ с учётом международной практики.

МЕЖДУНАРОДНЫЕ АРБИТРАЖИ И ТРЕТЕЙСКИЕ СУДЫ ГОСУДАРСТВ ЕАЭС: СХОДСТВА И ОТЛИЧИЯ

Светлана Борцова*[1]

Сложившийся к настоящему времени Евразийский экономический союз (далее – ЕАЭС)[1][2]– результат многолетних интеграционных процессов и подтверждение движения всеобщего развития по спирали: сама жизнь вновь и вновь демонстрирует необходимость тесного взаимодействия в силу традиций и экономических связей между регионами, входящими в состав Союза[2].[3]

Возникновение разнообразных споров внутри любого сообщества также является вполне закономерным и предсказуемым процессом, влечёт за собой необходимость обращения в судебные органы.

Для рассмотрения споров, возникающих по вопросам реализации Договора ЕАЭС, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза создан Суд Евразийского экономического союза (встречающиеся вари-

* Магистр по управлению бизнесом (MBA) (Москва), Доктор по управлению бизнесом (DBA) (Лондон), Председатель ОЮЛ Ассоциации Гильдий Соотечественников, Управляющий партнер консалтинговой компании «ЭкоПартнер», юрист, арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: office@ecopartner.org.

1 http://www.eaeunion.org/

2 Источник: https://cyberleninka.ru/article/n/nadnatsionalnye-instrumenty-razresheniya-pravovyh-sporov-v-ramkah-evraziyskogo-ekonomicheskogo-soyuza/viewer

анты: суд ЕвразЭС или суд ЕАЭС)[1]. Свою фактическую деятельность по разрешению споров Суд ЕАЭС ведёт с начала 2015 года. Заявления принимаются от государств – членов ЕАЭС и от хозяйствующих субъектов[2], вопросы касаются области законодательства Союза и ограничиваются в основном оспариванием действий (бездействий) Евразийской экономической комиссии или вопросов соблюдения другим государством-членом (другими государствами-членами) Договора, международных договоров в рамках Союза и (или) решений органов Союза.

Немаловажный плюс суда ЕАЭС – это наличие института консультативных заключений. Несмотря на свой рекомендательный характер, консультативные заключения обладают таким же авторитетом, как и решения суда ЕАЭС.

Наднационального арбитража на уровне стран – участниц ЕАЭС, где могли бы рассматриваться споры как между предпринимателями, так и между странами - участницами ЕАЭС, а также между предпринимателями одной из этих стран по разрешению споров касательно вопроса внешнеэкономической деятельности, пока не существует. Идея создания подобного суда неоднократно обсуждалась на заседаниях ЕАЭС, но пока роль данного суда выполняют международные арбитражные и третейские суды[3] (далее – третейские суды или арбитраж), зарегистрированные в том или ином государстве – участнике ЕАЭС.

---

1 Источник: https://courteurasian.org/about_the_court/competence/

2 Под хозяйствующим субъектом понимается юридическое лицо либо физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя.

3 В данной статье между негосударственным арбитражным судом (арбитражем) и третейским судом поставлен знак равенства, в связи с чем данные названия судов пишутся в ряде случаев через слеш в дальнейшем и рассматриваются как равнозначные институты по рассмотрению и разрешению споров и противоречий, которые могли бы возникнуть в ходе осуществления Сторонами условий договора и переданы, по обоюдному соглашению сторон, на рассмотрение в негосударственный суд.

Если рассматривать компетенцию и деятельность негосударственных арбитражей и третейских судов в странах ЕАЭС, данный вариант разрешения споров только набирает обороты по привлечению своих приверженцев среди предпринимателей, несмотря на то, что уже долгое время в мире арбитраж считается лучшим способом разрешения споров как при внешнеэкономической деятельности, так и при внутристрановых вопросах бизнеса.

В случае, если судебная система в конкретной юрисдикции работает недостаточно эффективно, или если стороны не соглашаются представить свой спор в суды какого-либо государства, опасаясь предвзятости государственных судов, то негосударственный арбитраж или третейские суды являются предпочтительным способом разрешения споров.

> *«И тенденция состоит в том, что спорящие стороны уходят из государственных судов в третейские суды и международные арбитражи, поскольку не доверяют полностью компетентности, и главное, - независимости государственных судов при рассмотрении таких споров»*[1].

При этом арбитражный/третейский процесс не обязательно происходит быстрее, чем судебное разбирательство в государственных судах, и зачастую может быть более дорогостоящим. Тем не менее стороны предпочитают конфиденциальность и качество обслуживания со стороны частных судей (арбитров), которых они сами могут выбрать.

Третейское разбирательство является формой частного правоприменения в отличие от правоприменительной деятельности государственных судов, которые осуществляют её от имени государства. Однако его деятельность как органа гражданской юрисдикции санкционирована как в различных национальных нормативных актах, так и в специ-

1 *Ермакова Е. П.* Альтернативное урегулирование споров в области энергетики. Часть 2. Международные споры //Журнал «Вестник Государственной регистрационной палаты при Минюсте России», 2014., № 1-2. С. 37-46.

альных законах, напрямую регулирующих деятельность международных негосударственных арбитражей и третейских судов.

Несмотря на то, что в каждой входящей в ЕАЭС стране законодательство о внутренних третейских судах традиционно создавалось на основе ранее действовавшего соответствующего законодательства СССР, а законодательство о международном коммерческом арбитраже – на одобренном Резолюцией 31/98 Генеральной Ассамблеи ООН от 15 декабря 1976 года Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, оно имеет существенные различия. Во всех странах имеются регламентирующие процедуры создания и юрисдикционной деятельности их внутринациональных и международных третейских судов и арбитражей.

17 апреля 2004 года в Постановлении Межпарламентской Ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств № 23-10 была закреплена целесообразность гармонизации законодательства в сфере третейского судопроизводства. С этой целью было рекомендовано проведение разработки и принятия модельного закона «О третейском суде», который должен был регламентировать порядок формирования и деятельности не только третейских судов, действующих на постоянной основе, но и третейских судов ad hoc.

Если в некоторых из рассматриваемых государств не проводится разделение нормативной регламентации третейского разбирательства в зависимости от субъектного состава спорных правоотношений (например, Республика Армения, Кыргызская Республика и др., где существует единый закон, регламентирующий деятельность как международных, так и внутренних третейских судов), то, например, в Российской Федерации, Республике Казахстан и Республике Беларусь подобная градация сохранялась долгое время, что подтверждается наличием двух соответствующих законов.

Например, в Республике Казахстан с декабря 2004 года хозяйственные споры между компаниями решались в рамках двух законов: «О третейских судах» и «О международном коммерческом арбитраже». Разница была в том, что в первом случае участниками были резиденты Казахстана, а во втором – с участием иностранных компаний. И только в 2016 году был принят Закон «Об арбитраже», который объединил термины «международный арбитраж» и «третейский суд».

> *Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств от 25 ноября 2016 года № 45-6 О модельном законе «О третейских судах и третейском разбирательстве» был принят Модельный закон «О третейских судах и третейском разбирательстве» и постановлено: 1) направить указанный модельный закон в парламенты государств – участников Межпарламентской Ассамблеи СНГ; 2) рекомендовать его для использования в национальном законодательстве.*

Несмотря на то, что Модельный закон «О третейских судах и третейском разбирательстве» стал основой практически всех НПА, разработанных и действующих в настоящее время в государствах ЕАЭС, национальное законодательство содержит очень широкий спектр требований о необходимости регистрации постоянно действующих арбитражей и третейских судов. В одних случаях (Российская Федерация) законодательство предусматривает обязательную государственную регистрацию данных юрисдикционных органов; в других (Республика Армения) постоянно действующие институты арбитража работают со статусом учреждения, не являющимся юридическим лицом[1]. Например, в ряде стран СНГ для таких судов необходима только их учётная

1 В Республике Армения действуют: «Постоянно действующее арбитражное учреждение при торгово-промышленной палате Республики Армения» и «Финансовый арбитраж ассоциации (союза) банков».

регистрация (Республика Узбекистан) или вообще не требуется какая-либо специальная регистрация (Республика Молдова).

Следует отметить, что и нормами Модельного закона «О третейских судах и третейском разбирательстве» какая-либо регистрация создаваемых постоянно действующих третейских судов не предусматривается.

История становления международных арбитражей и третейских судов государств - участниц ЕАЭС начинается преимущественно в 1999-2005 годы. Так, в Республике Беларусь Закон «О международном арбитражном (третейском) суде» был принят 9 июля 1999 года. Соответствующие законы были приняты в Кыргызской Республике 30 июля 2002 года, в Республике Казахстан – 28 декабря 2004 года (затем в 2016 году). 25 декабря 2006 года был принят Закон Республики Армения «О коммерческом арбитраже» (вступил в силу 10 февраля 2007 года). Исключение составляет Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже», принятый 7 июля 1993 года.

Независимо от порядка регистрации национальных арбитражей и третейских судов, общим для всех законов, принятых в государствах ЕАЭС, является то, что они определяют статус постоянно действующего международного третейского суда как негосударственной, некоммерческой организации и исключают вмешательство государственных судов в деятельность международного третейского суда, за исключением случаев, предусмотренных указанными выше законами и другими национальными законодательными актами.

В качестве учредителей международных арбитражей и третейских судов в государствах – членах ЕАЭС выступают не только торгово-промышленные палаты, но и другие общественные некоммерческие организации. При этом могут создаваться новые организационные формы.

Например, Международный арбитражный суд «IUS» (Казахстан, город Алматы), объединил в себе казахстанский и российский арбитражные институты, являющиеся самостоятельными постоянно действующими третейскими (арбитражными) судами. Казахстанский арбитражный институт образован в городе Алматы в 1993 году, Российский арбитражный институт учреждён в городе Санкт–Петербурге в 2002 году. Органом управления Международного третейского суда «IUS» является Совет суда, возглавляемый председателями казахстанского и российского арбитражных институтов. Офисы этого Международного третейского суда находятся в ряде городов Республики Казахстан и Российской Федерации[1].

Другим примером постоянно действующего суда, продвигающего новые формы сотрудничества, может служить Международный Третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики (далее - МТС ТПП), который был официально зарегистрирован Министерством юстиции Кыргызской Республики в сентябре 2002 года и является постоянно действующим институциональным арбитражем[2]. В рамках расширения сотрудничества в международной арбитражной сфере в августе 2017 года было подписано Соглашение о сотрудничестве между Qinzhou Arbitration Commission (China) и МТС ТПП. Целью данного документа является содействие в разрешении споров, возникающих между китайскими предпринимателями, гражданами, а также их партнёрами по бизнесу из стран СНГ, Украины, Грузии и стран Прибалтики. В октябре 2019 года совместно с китайскими партнёрами МТС ТПП стал одним из учредителей Бишкекского Международного Третейского суда по недрам и коммерции (BICAMC). В июне 2019 года было подписано Рамочное соглашение о стратегическом

1 Международные арбитражные (третейские) суды на территории Содружества Независимых Государств. Источник: http://www.vneshmarket.ru/content/document_r_51BC3EFC-D975-49A1-BE44-92315BF73700.html

2 Источник: http://www.arbitr.kg/web/index.php

сотрудничестве по международной арбитражной деятельности между Гуаньчжоуским новорегиональным международным арбитражным судом Китайской Народной Республики и МТС ТПП, а также Соглашение о сотрудничестве между Харбинской арбитражной комиссией и МТС ТПП[1]. В целях реализации данного соглашения Qinzhou Arbitration Commission (China) и МТС ТПП включили в свои списки по 50 квалифицированных арбитров с обеих сторон.

Наряду с арбитражным судом в Армении действует также и Финансовый арбитраж ассоциации (союза) банков. 15 мая 2010 года Совет Ассоциации (Союза) банков Армении, приняв за основание устав Ассоциации (Союза) банков Армении и руководствуясь Гражданским кодексом Республики Армения и положениями закона «О коммерческом арбитраже», принял решение о создании Финансового арбитража ассоциации (союза) банков Армении (далее – Финансовый арбитраж) и об утверждении его устава и положения. Финансовый арбитраж является самостоятельным, постоянно действующим арбитражем со статусом учреждения, не являющегося юридическим лицом[2].

В Республике Беларусь также постоянно действует Третейский суд при Ассоциации белорусских банков, который создан Решением Главного управления юстиции Мингорисполкома от 28 сентября 2012 года №32, принят на учёт под №007.

В Российской Федерации одновременно действуют международные коммерческие арбитражи и третейские суды, их отличия следующие:

- разные источники правового регулирования;
- различная компетенция в зависимости от статуса сторон.

1 Подробнее: kg.akipress.org/news:0/?f=cp

2 Источник: https://www.eurasialegal.info/index.php/legal-articles/2-right-of-the-countries-cis/1309-2012-06-18-04-30-02?

Третейские суды рассматривают споры из внутреннего гражданского оборота и с участием российских лиц. Международные коммерческие арбитражи разрешают споры с участием иностранных лиц либо когда одной из сторон является российское лицо с иностранными инвестициями. Однако единой является их правовая природа как негосударственных способов разрешения споров между участниками гражданского оборота.

Вопросы компетенции международных третейских судов, созданных в государствах – членах ЕАЭС, имеют свои особенности. Но основным обобщающим правилом является то, что указанные суды принимают исковые заявления и рассматривают споры на основании соглашения сторон (арбитражной оговорки), вытекающего из гражданско-правовых договоров, в том числе, если одна из сторон является нерезидентом государства.

Например, в Российской Федерации к компетенции международного арбитражного суда законодательство относит «споры резидентов: споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории Российской Федерации, между собой, споры между их участниками, а равно и их споры с другими субъектами права Российской Федерации». Аналогичные положения содержит Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» и Закон Кыргызской Республики «О третейских судах Кыргызской Республики». Кроме того, законодательство допускает к рассмотрению в международных третейских судах и другие споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на разрешение этих судов и если это не запрещено законодательством республик.

Но и здесь есть исключения из правил, например, в законодательстве Республики Казахстан присутствуют ограниче-

ния компетенции арбитража относительно рассмотрения дел с участием государственных органов:

> *«Арбитраж не вправе рассматривать споры между физическими и (или) юридическими лицами Республики Казахстан с одной стороны и государственными органами, государственными предприятиями, а также юридическими лицами, пятьдесят и более процентов голосующих акций (долей участия в уставном капитале) которых прямо или косвенно принадлежат государству, с другой – при отсутствии согласия уполномоченного органа соответствующей отрасли (в отношении республиканского имущества) или местного исполнительного органа (в отношении коммунального имущества)»*[1].

Арбитраж и третейские суды, независимо от их принадлежности к государствам, самостоятельно решают вопрос о наличии или отсутствии у него компетенций (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор, в том числе в случаях, когда одна из сторон возражает против арбитражного разбирательства по причине недействительности арбитражного соглашения. Одним из главных, обязательных для всех судов принципов, который действует независимо от страны нахождения, является то, что арбитражная оговорка должна быть заключена сторонами в письменной форме. Оговорка признаётся заключённой в письменной форме в случае, когда она включена в договор как один из его пунктов или же составлена в виде отдельного документа, именуемого арбитражным соглашением. Причём недействительность основного договора никак не влияет на действительность арбитражной оговорки. Даже если в договоре отсутствует арбитражная оговорка, у сторон всегда сохраняется возможность её заключить в любое время. Главное, чтобы это было сделано до подачи иска от

1 Закон Республики Казахстан «Об арбитраже» от 8 апреля 2016 года № 488-V ЗРК.

одной из сторон в какой-либо государственный суд. 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.

Хочется отметить, что при обращении в третейский суд для передачи спора на арбитражное рассмотрение одно пропущенное слово в названии третейского суда может послужить основанием для отклонения судом принятия иска к рассмотрению. В редких случаях дело может быть принято даже с ошибочным наименованием суда, если одна из сторон подала иск в третейский суд с ошибкой в названии или неполным указанием названия суда, а другая сторона в отзыве на иск не предоставила возражений.

Множественность нормативных правовых источников внешнеторговой деятельности, включая многосторонние и двухсторонние соглашения, поставила проблему выбора права, применимого к регулированию конкретных внешнеэкономических правоотношений, то есть какое материальное право применять к внешнеэкономическим сделкам при заключении договоров, а главное, при разрешении спорных ситуаций между сторонами (в том числе контекст арбитражной оговорки): право резидента страны, где осуществляется экономическая деятельность, право иностранного контрагента либо общее (международное торговое) законодательство.

Нормами национальных законодательств стран ЕАЭС определено, что соглашение сторон о выборе права должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и обстоятельств дела, рассматриваемых в их совокупности. Если сторонами чётко не определено право, подлежащее применению при рассмотрении спора, применяется право, наиболее тесно связанное с гражданско-правовыми

отношениями, осложнёнными иностранным элементом. Выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным без ущерба для прав третьих лиц с момента заключения договора. Однозначно, общим правилом о применимом праве является свобода участников внешнеэкономической деятельности в выборе права, применимого к регулированию их отношений, хотя в ряде стран ЕАЭС национальным законодательством устанавливается исключительность для ряда вопросов (например, вопросы, связанные со спорами, предметом которых является недвижимое имущество).

Но в свете последних событий, связанных с экономическими санкциями против Российской Федерации со стороны иностранных государств[1], изменения планируются и в системе права, а может, и в правовой системе в целом. Так, например, при разрешении экономических споров между резидентами Российской Федерации с лицами, зарегистрированными в иностранном государстве или территории (список государств и территорий в Распоряжении Правительства Российской Федерации см. выше), в Госдуме рассматриваются дополнения в Гражданский[2] и Арбитражный[3] процессуальные кодексы, которые могут изменить регулирование вопросов исключительной подсудности.

В настоящей же статье было рассмотрено только действующее законодательство на момент проводимого анализа, а значит, выбор права, применимого к регулированию отно-

1 Распоряжением Правительства РФ от 5 марта 2022 № 430-р утверждён перечень иностранных государств и территорий, совершивших недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц.

2 Статья 403 ГПК РФ (Исключительная подсудность дел с участием иностранных лиц).

3 Статья 248 АПК РФ (Исключительная компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по делам с участием иностранных лиц).

шений во внешнеэкономической деятельности, это в большинстве случаев свобода выбора участников.

Третейское разбирательство состоит в том, что стороны доверяют разрешение спора и вынесение решения третьим лицам. Именно поэтому суд называется третейским. Это качество третейского разбирательства существенно отличает его от других форм защиты субъективных гражданских прав государственными органами.

Сегодня во всех государствах ЕАЭС международные третейские суды сотрудничают с международными арбитражными судами Европы, Азии, США. В списки арбитров третейских судов включены арбитры из этих стран, что позволяет повысить независимость и беспристрастность арбитров при рассмотрении споров.

Во всех третейских судах при выборе арбитров действует правило – число арбитров должно быть нечётным. Состав арбитража может быть единоличным либо коллегиальным. Формирование состава арбитража производится путём избрания (назначения) арбитров (арбитра) по соглашению сторон. Но в каждой стране есть свои принципы отбора арбитров и исключения из общих правил. Например, в соответствии с пунктом 3 статьи 5 Регламента МАС при БелТПП:

> *«для разрешения споров истцы и ответчики вправе избирать в качестве арбитров лиц, которые не значатся в Рекомендательном списке арбитров МАС при БелТПП. Однако для разрешения споров между субъектами Республики Беларусь в качестве арбитра может быть назначено только лицо, включённое в Рекомендательный список арбитров МАС при БелТПП».*

Аналогичное требование установлено и в отношении арбитра-председателя. Количественный состав международного арбитражного суда для разрешения спора определяется

соглашением сторон, а при отсутствии такого соглашения включает трёх арбитров»[1].

Или, например, Республика Армения:

> *«В случае, если соглашением сторон количество арбитров чётное, то количество арбитров должно быть увеличено на один арбитр. В этом случае дополнительный арбитр назначается Арбитражным учреждением»[2].*

В арбитражах и третейских судах стран-участниц ЕАЭС стороны могут устанавливать свои правила рассмотрения споров, но в пределах утверждённых норм законов и регламентов третейских судов. Например, Законом Республики Беларусь регламентировано, что при условии соблюдения положений закона, стороны могут по своему усмотрению договориться о порядке разбирательства дела составом международного арбитражного суда[3]. В Законе Кыргызской Республики[4] предусмотрено следующее: «В разовом третейском суде стороны могут по своему усмотрению определить порядок третейского разбирательства». Российская Федерация в Законе «О международном коммерческом арбитраже» определила:

> *«При условии соблюдения положений настоящего Закона стороны могут по своему усмотрению договориться о процедуре ведения разбирательства третейским судом. В отсутствие такого соглашения третейский суд может с соблюдением положений настоящего Закона вести арбитражное разбиратель-*

1 Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде».

2 Регламент Постоянно действующего арбитражного учреждения при Торгово-промышленной палате Республики Армения.

3 Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде».

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

ство таким образом, какой считает надлежащим. Полномочия, предоставленные третейскому суду, включают полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства».

В ряде стран ЕАЭС установлено, что арбитраж сам определяет правила производства при рассмотрении споров, как правило, это происходит при условии, если стороны не договорились о порядке производства рассмотрения споров. Например, в Регламенте Республики Армения правила производства арбитража определены так: «… арбитражный трибунал рассматривает дело таким образом, который считает целесообразным, соблюдая равное отношение к сторонам и обеспечивая равные возможности для сторон защищать свои интересы». В Республике Казахстан правила рассмотрения споров, не определённые регламентом постоянно действующего арбитража, а также положениями Закона «Об арбитраже», и не согласованные сторонами, определяются арбитражем. Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» предусматривает:

«Если сторонами этот порядок не определён, третейский суд самостоятельно определяет его в соответствии с настоящим Законом. Порядок третейского разбирательства постоянно действующим третейским судом осуществляется по применимым правилам этого третейского суда, если иное не установлено соглашением сторон».

Как альтернативу досудебного разбирательства при разрешении споров международные третейские суды стран ЕАЭС применяют и другие формы разрешения споров, такие как медиация, примирительные процедуры и др. При этом, в зависимости от страны, формы альтернативного разрешения споров могут различаться как названиями, так и методами проведения, и зависят как от законодательства о медиации

(которое на сегодня действует в каждом из государств – членов ЕАЭС), так и от принципов делового оборота, принятых в каждой стране. Например, в Республике Армения в арбитраже применяются альтернативные методы разрешения споров – посредничество, мини-суды, нейтральные переговоры и т.д.

Фундаментальным принципом третейского разбирательства является окончательность арбитражного решения. Это означает, что компетентный государственный суд (участниц ЕАЭС) вправе отменить арбитражное решение, отказать в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда/в признании и приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража только при наличии прямо определённых в законе оснований.

Признавая окончательный характер арбитражного решения, стороны демонстрируют доверие к тому арбитражному учреждению, которое они избрали, что накладывает большую ответственность, в том числе и на избранных (назначенных) арбитров.

Международные третейские суды наделены полномочиями определять порядок исполнения решения и применять меры обеспечительного характера. Результат третейского разбирательства оформляется судебным решением, которое незамедлительно становится обязательным, если в третейской записи стороны не предусмотрели иного.

По вопросам исполнения решения арбитражных/третейских судов действует Нью-Йоркская конвенция ООН 1958 года «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений». Участниками этой конвенции являются около 200 государств (среди них все страны – участницы ЕАЭС). Этот фактор существенно облегчает процесс исполнения решения негосударственных арбитражных/третейских судов где бы то ни было – практически во всём мире.

Арбитражное решение признаётся обязательным и при подаче в суд письменного заявления приводится в исполнение в соответствии с гражданским процессуальным законодательством республик – стран ЕАЭС. Надо отметить, что государствами ЕАЭС при присоединении к Нью-Йоркской конвенции были сделаны заявления о порядке отмены решений международных третейских судов, которые были отражены в национальных законодательствах стран. Государства определили порядок отмены арбитражных решений через суд при предоставлении доказательств стороной, против которой было принято арбитражное решение. Перечень причин, по которым решение международного третейского суда может быть отменено, отражён в национальных законодательствах о деятельности арбитражей и третейских судов и имеет закрытый список.

Резюмируя вышесказанное, отмечу, что международные нормы о работе арбитражей и третейских судов хоть и имеют общие корни и принципы работы, со временем всё больше расходятся в деталях, закрепляемых в национальных нормативных актах. А в рамках всё увеличивающихся объёмов внешнеторговых операций государств ЕАЭС давно назрела необходимость разработки механизмов и учреждения арбитражного института для разрешения споров между предпринимателями внутри ЕАЭС и между странами – участницами ЕАЭС, а также между предпринимателями одной из этих стран касательно вопроса внешнеэкономической деятельности, хозяйственно-договорных отношений и т.д., а также государств ЕАЭС с другими странами. Как это будет выглядеть – большой вопрос. Будет ли это «наднациональный» арбитраж ЕАЭС по коммерческим вопросам или какой-либо из ныне действующих институтов получит соответствующую индульгенцию от других арбитражных институтов и стран ЕАЭС, время покажет…

ОТДЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ОТМЕНЫ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Майдан Сулейменов[1*],
Асель Дуйсенова[2**]

1. Порядок и сроки отмены арбитражных решений

Порядок, субъекты и сроки отмены арбитражных решений установлены ст. 53 Закона Республики Казахстан от 8 апреля 2016 года «Об арбитраже» (далее – Закон об арбитраже), а также Гражданским процессуальным кодексом Республики Казахстан (глава 56 «Производство по ходатайству об отмене арбитражных решений»). Глава 56 ГПК посвящена производству по делам об отмене решений арбитражей, созданных и действующих в соответствии с законодательством Республики Казахстан.

Решения иностранного арбитража, то есть решения, вынесенные иностранным международным коммерческим арбитражем, отменить в Казахстане в соответствии с ГПК

* Директор НИИ частного права Каспийского университета, Член Международного совета при Верховном Суде Республики Казахстан, Председатель Правления Арбитражной палаты Казахстана, Председатель Казахстанского Международного Арбитража, академик НАН РК, д.ю.н., профессор; с автором можно связаться по электронной почте: info@arbitrage.kz

** Ведущий научный сотрудник НИИ частного права Каспийского университета, Руководитель аппарата Арбитражной палаты Казахстана, Исполнительный директор Казахстанского Международного Арбитража, к.ю.н.; с автором можно связаться по электронной почте: aseld@mail.ru.

нельзя. Такие решения подлежат отмене в той стране, где они были вынесены, т.е. в любом случае за пределами Казахстана.

Ходатайство об отмене арбитражного решения подаётся в суд в соответствии с Гражданским процессуальным законодательством Республики Казахстан. Согласно п. 1 ст. 464 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения может быть подано сторонами арбитражного разбирательства, третьими лицами, не привлечёнными к участию в деле, но в отношении прав и обязанностей которых арбитраж принял решение по основаниям, предусмотренным законом, в течение одного месяца со дня получения арбитражного решения.

Ходатайство об отмене арбитражного решения согласно п. 2 ст. 464 ГПК (с учётом изменений и дополнений, внесённых в ГПК Законом Республики Казахстан от 10 июня 2020 г. № 342-VI[1]) подаётся в соответствующий суд апелляционной инстанции Республики Казахстан:

1) по месту рассмотрения спора арбитражем, если арбитражное решение принято на территории Республики Казахстан;
2) по месту нахождения постоянно действующего арбитража, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве;
3) по месту образования арбитража в Республике Казахстан, если арбитражное решение принято по закону Республики Казахстан в иностранном государстве.

Судья возвращает ходатайство, если истёк срок для отмены решения, установленный частью первой настоящей статьи,

1 Закон Республики Казахстан от 10 июня 2020 г. № 342-VI «О внесении изменений и дополнений в Гражданский процессуальный кодекс Республики Казахстан по вопросам внедрения современных форматов работы судов, сокращения излишних судебных процедур и издержек».

и нет оснований для его восстановления в соответствии с ГПК (см. п. 3 ст. 464 ГПК).

Согласно п. 1 ст. 465 ГПК ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом в течение десяти рабочих дней с момента возбуждения дела по правилам, предусмотренным ГПК.

Судья при подаче ходатайства третьим лицом имеет право продлить производство по делу в случае необходимости представления дополнительных доказательств на срок до одного месяца.

Стороны арбитражного разбирательства, а также третьи лица, в случае подачи ими ходатайства об отмене арбитражного решения, извещаются судом о времени и месте судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещённых надлежащим образом о времени и месте судебного заседания, не является препятствием к рассмотрению дела.

На практике суды нередко вызывают на судебное заседание не только стороны арбитражного разбирательства, третьих лиц, но и постоянно действующие арбитражи.

> *Например, определением СМЭС г. Алматы от 30.10.2017 года о принятии к производству и возбуждении гражданского дела и установлении языка судопроизводства ходатайство ТОО «Т» об отмене решения единоличного арбитра КМА по делу № 22/2017 от 27.09.2017 года по иску ТОО «А» к ТОО «Т» о взыскании суммы задолженности было принято к производству суда, возбуждено гражданское дело. При этом КМА неверно был определён в ходатайстве и судебной повестке в качестве «Лица, чьи действия обжалуются», поскольку согласно ст. ст. 464 и 465 ГПК арбитраж не является ни лицом, чьи действия обжалуются, ни ответчиком. КМА мог не принимать участия в заседании, однако счёл необходимым довести до сведения суда, а также сторон*

> *арбитражного разбирательства свою позицию по данному делу в порядке объяснения. Определением СМЭС г. Алматы по делу № 7527-17-00-2М/128 от 09.11.2017 года в удовлетворении ходатайства ТОО «Т» об отмене решения единоличного арбитра КМА было отказано.*

В данном случае судам необходимо обратить внимание на п. 14 Рекомендаций Верховного Суда Республики Казахстан, согласно которым извещение арбитража, об отмене решения которого заявлено, не требуется[1].

Законом Республики Казахстан от 10 июня 2020 года № 342-VI ст. 465 ГПК была дополнена статьей 1-1 в следующей редакции:

> *«1-1. Ходатайство об отмене арбитражного решения рассматривается судом апелляционной инстанции в коллегиальном составе не менее трёх судей коллегии по правилам раздела 3 настоящего Кодекса».*

С момента введения этой новеллы ещё не прошло и двух лет, поэтому пока трудно сказать, каким образом эти новеллы отразились на качестве судебной практики по отмене арбитражных решений. Можно только надеяться, что коллегиальное рассмотрение ходатайства об отмене арбитражного решения должно повысить качество рассмотрения.

В соответствии с п. 3 ст. 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.

Большое значение при применении судами указанных норм ГПК имеют также положения п. 1 ст. 52 Закона об ар-

---

1 Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan

битраже, согласно которым бремя доказывания наличия предусмотренных п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения лежит на стороне, заявляющей ходатайство об отмене.

Суд по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения выносит определение об отмене арбитражного решения либо отказе в удовлетворении ходатайства. Определение суда может быть обжаловано, опротестовано в соответствии с ГПК.

> *Следует отметить, что на практике суды нередко выносят определения об отказе в удовлетворении ходатайств об отмене арбитражных решений, не найдя предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже процессуальных оснований для отмены. Например, определением районного суда № 2 Казыбекбийского района г. Караганды за № 3512-18-00-2/5545 от 4 мая 2018 года в удовлетворении ходатайства гр-ки П. об отмене арбитражного решения было отказано, поскольку законных оснований, предусмотренных ст. 52 Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» для отмены решения, стороной не приведено.*

В соответствии с п. 5 ст. 465 ГПК в определении об отмене арбитражного решения суд должен решить вопросы отмены определения о передаче арбитражного решения на принудительное исполнение.

В соответствии с п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня получения стороной, заявляющей это ходатайство, арбитражного решения, а в случае, если было подано заявление в соответствии со ст. 51 Закона об арбитраже, со дня вынесения арбитражного решения по этому заявлению.

Следует отметить, что эта норма не соответствует подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже[1], предусматривающего, что ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трёх месяцев с даты, когда сторона, заявляющая это ходатайство, получила арбитражное решение, а в случае, если была подана просьба в соответствии со ст. 33 – с даты вынесения арбитражным судом решения по этой просьбе.

Пункт 2 ст. 53 Закона об арбитраже устанавливает срок в один месяц, а не три, как это делает Типовой закон ЮНСИТРАЛ. Кроме того, согласно п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ходатайство об отмене арбитражного решения не может быть заявлено по истечении одного месяца со дня вынесения арбитражного решения по заявлению о пересмотре арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам, поданному в соответствии со ст. 51 Закона об арбитраже.

В то время как, согласно подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ **о международном торговом арбитраже** ходатайство об отмене не может быть заявлено по истечении трёх месяцев с даты вынесения арбитражным судом решения по просьбе об и**справлении, толковании арбитражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения, заявленной в соответствии со ст. 33 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.**

Смысл этой нормы Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже заключается в том, чтобы «приостановить» течение трёхмесячного срока для подачи ходатайства об отмене полученного стороной арбитражного решения на тот период, пока арбитражный суд (состав арбитража) будет рассматривать просьбу стороны об и**справлении, толковании арби-**

1 Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, принятый Комиссией ООН по праву международной торговли 21 июня 1985 года, с изменениями, принятыми 7 июля 2006 г.

тражного решения или вынесении дополнительного арбитражного решения.

С учётом этого, институт пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам в принципе чужд арбитражному разбирательству и неудачно заимствован казахстанским законодателем из ГПК, налицо явная ошибка законодателя. По смыслу подпункта 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ **о международном торговом арбитраже в п. 2 этой статьи Закона об арбитраже отсылка должна быть не к ст. 51, а к ст. 50 Закона об арбитраже.**

Следует отметить, что п. 3 ст. 31 ранее действовавшего Закона о международном арбитраже[1] **в этом вопросе полностью соответствовал** подпункту 3) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ **о международном торговом арбитраже, отсылая к ст. 30 «**Исправление и толкование решения. Дополнительное решение**» Закона о международном арбитраже.**

Более того, пункт 1 ст. 464 ГПК не соответствует п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже, поскольку ничего не говорит о сроке для подачи ходатайства об отмене арбитражного решения в случае пересмотра арбитражного решения по вновь открывшимся обстоятельствам.

На наш взгляд, законодателю необходимо в п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже ссылку на ст. 51 заменить ссылкой на ст. 50 Закона об арбитраже, а п. 1 ст. 464 ГПК привести в соответствие с п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже.

В п. 2 ст. 53 Закона об арбитраже и п. 1 ст. 464 ГПК установлен предельный срок для подачи ходатайства об отмене арбитражного решения, который равен одному месяцу со дня получения арбитражного решения. При этом в соответствии с п. 3 ст. 464 ГПК судья возвращает ходатайство, если

1 Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года «О международном арбитраже» (утратил силу).

истёк срок для отмены решения, установленный частью первой настоящей статьи, и нет оснований для его восстановления в соответствии с ГПК.

В этой связи важный вывод закреплён в Обобщении судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений:

> *«В целях предупреждения злоупотреблений правом оспаривания арбитражного решения судам следует исключать расширительный и формальный подход к срокам обращения с ходатайством об отмене арбитражных решений»*[1].

Согласно п. 4 ст. 465 ГПК суд по результатам рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения выносит определение об отмене арбитражного решения либо отказе в удовлетворении ходатайства. На определение суда может быть подана частная жалоба, принесено ходатайство прокурором в соответствии с ГПК.

2. Устранение дефектов арбитражного решения

В соответствии с п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже суд вправе по обращению одной из сторон приостановить на установленный срок производство по ходатайству об отмене арбитражного решения для возобновления арбитражного разбирательства либо принятия иных мер, позволяющих устранить основания для отмены арбитражного решения. Если арбитры выносят новое решение, сторона вправе в течение установленного судом срока без представления искового заявления ходатайствовать об отмене решения в

1 Подробнее см.: Обобщение судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1 квартал 2018 года // 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: НИИ частного права, 2019. С. 351.

части, относящейся к возобновленному арбитражному разбирательству или изменениям в первоначальном решении.

Данная норма практически дословно была заимствована из п. 4 ст. 31 ранее действовавшего Закона о международном арбитраже. Закон о третейских судах[1] такой нормы не предусматривал, поскольку не в полной мере соответствовал Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

Часть первая п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже соответствует подпункту 4) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, предусматривающему, что в случае поступления просьбы об отмене арбитражного решения суд может в надлежащем случае и по просьбе одной из сторон приостановить производство по вопросу об отмене на установленный им срок, с тем чтобы предоставить арбитражному суду возможность возобновить арбитражное разбирательство или предпринять иные действия, которые, по мнению арбитражного суда, устранят основания для отмены арбитражного решения.

Введение данной нормы направлено на соблюдение арбитражного соглашения сторонами, ограничение вмешательства государственного суда в разрешение спора, охваченного арбитражным соглашением, а также её введение позволит сократить издержки сторон на повторное обращение в арбитраж[2].

Часть первая п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже, вслед за подпунктом 4) ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, прямо не указывает, какие именно дефекты арбитражного решения могут быть устранимы, оставляя решение этого вопроса целиком на усмо-

1 Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2004 года «О третейских судах» (утратил силу).

2 См.: Комментарий к ст. 420 ГПК РФ. // Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах. Под общ. ред. В. В. Хвалей Москва, 2017. С. 863-864. (авторы комментария *С. В. Гузей, А. Д. Зеленин*).

трение состава арбитража, разрешившего спор по существу. Такова международная практика и в этом есть своя логика – свести к минимуму возможность вмешательства государственного суда.

Тем не менее применение на практике п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже вызывает ряд вопросов со стороны судей. Так, по мнению судьи Верховного Суда РК Г. Альмагамбетовой:

> *«Статья 52 Закона содержит основания отмены арбитражного решения, в том числе и те, которые носят неустранимый характер. В связи с чем следует конкретизировать при наличии каких-либо оснований отмены арбитражных решений возможно приостановление производства по делу судом и возможно возобновление арбитражного разбирательства. Случаи возобновления арбитражного разбирательства не регламентированы Законом. Не ясно, какие меры могут быть приняты арбитражем для устранения оснований для отмены арбитражного решения»*[1].

На наш взгляд, основания, предусмотренные п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже для отмены арбитражного решения, могут носить как устранимый, так и не устранимый характер.

К числу устранимых дефектов арбитражного разбирательства или арбитражного решения можно отнести:

1) дефекты, которые носят процессуальный характер:

а) сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным судом уважительными, не могла представить свои объяснения (подпункт 3) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже);

---

1 См.: *Альмагамбетова Г.* Какова практика применения в судах закона «Об арбитраже? // Zakon.kz, 11.07.2017 г. // http://sud.gov.kz/rus/massmedia/sudya-verhovnogo-suda-galmagambetova-kakova-praktika-primeneniya-v-sudah-zakona-ob

б) состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, или при отсутствии такого соглашения не соответствовали настоящему Закону (подпункт 4) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже);

2) дефекты, которые связаны с нарушением компетенции состава арбитража, например, вынесение арбитражного решения по вопросу, выходящему за пределы арбитражного соглашения (подпункт 1) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже).

К числу неустранимых дефектов арбитражного разбирательства или арбитражного решения можно отнести следующие:

1) арбитражное решение содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу (подпункт 1) п. 1, подпункт 2) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже);

2) одна из сторон арбитражного соглашения была признана судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан (подпункт 2) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже);

3) имеется вступившее в законную силу, вынесенное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям решение суда или арбитражное решение либо определение суда или арбитража о прекращении производства по делу в связи с отказом истца от иска (подпункт 5) п. 1 ст. 52 Закона об арбитраже);

4) арбитражное решение противоречит публичному порядку Республики Казахстан (подпункт 1) п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже).

По смыслу части первой п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже суд вправе, но не обязан приостановить производство. Такое решение судом принимается по обращению одной из сторон, а не по собственной инициативе. При приостановлении рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения суду необходимо вначале установить наличие оснований для отмены арбитражного решения. В противном случае он не сможет чётко сформулировать, какие именно дефекты арбитражного разбирательства или арбитражного решения должны быть исправлены составом арбитража[1].

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже не предусматривает на этот счёт отдельную статью, которая бы регламентировала случаи возобновления арбитражного разбирательства. Не нуждается в этом и Закон об арбитраже. Основанием для возобновления арбитражного разбирательства тем же составом арбитров (или единоличным арбитром) для устранения выявленных судом дефектов арбитражного решения или арбитражного разбирательства будет являться определение суда о приостановлении им на установленный срок рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения.

В соответствии с частью первой п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже суд вправе приостановить на установленный срок производство по ходатайству об отмене арбитражного решения для возобновления арбитражного разбирательства либо принятия иных мер, позволяющих устранить основания для отмены арбитражного решения. Такими мерами со стороны состава арбитража могут быть:

1 См.: Комментарий к ст. 420 ГПК РФ. // Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах. Под общ. ред. В. В. Хвалей Москва, 2017. С. 864. (авторы комментария *С. В. Гузей, А. Д. Зеленин*).

1) надлежащее уведомление стороны о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве;

2) предоставление возможности стороне представить свои объяснения;

3) проведение арбитражного разбирательства в соответствии с процедурой разбирательства в точном соответствии с соглашением сторон;

4) в случае вынесения арбитражного решения по вопросу, выходящему за пределы арбитражного соглашения, исключить из арбитражного решения разрешение этих вопросов.

Статья 465 ГПК была дополнена п. 3-1 (в редакции п. 3 ст. 52 Закона об арбитраже) в соответствии с Законом РК от 21.01.2019 г. № 217-VI[1]. До внесения указанного дополнения в ГПК применение института исправления дефектов арбитражного разбирательства и арбитражного решения на практике было довольно проблематичным, поскольку суды не всегда руководствовались положениями п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже.

К сожалению, ни часть первая п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже, ни часть первая п. 3-1 ст. 465 ГПК не называют точный срок, на который суд может приостановить рассмотрение ходатайства об отмене арбитражного решения, в то время как этот срок имеет важное значение для возможности надлежащего устранения составом арбитража выявленных судом дефектов арбитражного разбирательства или арбитражного решения. Установление продолжительности такого срока остаётся на усмотрение суда, что является крайне нежелательным.

---

1 Закон Республики Казахстан от 21 января 2019 г. № 217-VI «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам усиления защиты права собственности, арбитража, оптимизации судебной нагрузки и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства».

Часть вторая п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже является новеллой и предусматривает последствия вынесения нового решения. Ни Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, ни ранее действовавший Закон о международном арбитраже не содержали такой нормы. Её автор нам неизвестен.

Следует согласиться с замечанием Г. Альмагамбетовой о том, что:

> *«при этом данная норма констатирует о наличии права на внесение ходатайства без представления искового заявления, вместе с тем в производство суда сторона, против которой вынесено решение, обращалась не с иском, а с ходатайством, и здесь не может идти речи об исковом производстве»*[1].

Очевидно, что такая явная ошибка законодателя подлежит исправлению.

Возобновление арбитражного разбирательства в соответствии с п. 3 ст. 53 Закона об арбитраже, п. 3-1 ст. 465 ГПК возможно только в том случае, когда суд по обращению одной из сторон приостанавливает производство по ходатайству об отмене арбитражного решения.

> *Так, в мае 2020 года в Арбитражную палату Казахстана поступил запрос от представителя стороны с просьбой оказать содействие в возобновлении арбитражного разбирательства в Международном арбитраже по Западно-Казахстанской области после отмены судом арбитражного решения.*
>
> *Как следует из определения этого арбитража от 15 мая 2020 года в рамках рассмотрения судом ходатайства об отмене арбитражного решения, ходатайство*

1 См.: *Альмагамбетова Г.* Какова практика применения в судах закона «Об арбитраже? // Zakon.kz, 11.07.2017 г. // http://sud.gov.kz/rus/massmedia/sudya-verhovnogo-suda-galmagambetova-kakova-praktika-primeneniya-v-sudah-zakona-ob

в суд о приостановлении производства по отмене арбитражного решения для возобновления арбитражного разбирательства либо принятия иных мер, позволяющих устранить основания для отмены арбитражного решения, представителем стороны заявлено не было. Арбитражное решение было отменено судом № 2 г. Уральска 21 апреля 2019 года (дело № 2711-20-2/2457). В связи с этим арбитражем было правильно отказано в возобновлении арбитражного разбирательства.

Представителю стороны было рекомендовано обратиться в указанный арбитраж не с ходатайством о возобновлении арбитражного разбирательства, а с новым исковым заявлением, поскольку арбитражная оговорка не была признана недействительной, утратившей силу или неисполнимой.

3. Правовые последствия отмены судом арбитражного решения

Пункт 3 ст. 44 **утратившего силу Закона о третейских судах предусматривал:**

«в случае отмены решения третейского суда любая из сторон вправе в соответствии с третейским соглашением обратиться в третейский суд. В случае, если решение третейского суда отменено полностью или частично вследствие недействительности третейского соглашения или потому, что решение принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановление по вопросам, не охватываемым третейским соглашением, соответствующий спор дальнейшему рассмотрению в третейском суде не подлежит».

Закон об арбитраже не содержит подобных норм о возможности повторного обращения в арбитраж в случае отмены арбитражного решения судом. Означает ли это, что стороны лишены такой возможности? Мы считаем, что нет, не означает. Если арбитражное решение действительно, исполнимо и не утратило силу, спор охватывается арбитражным соглашением, стороны являются дееспособными, спор может быть предметом арбитражного разбирательства, то стороны вправе повторно обратиться в арбитраж.

Согласно п. 15 Рекомендаций Верховного Суда:

> *«15. Если арбитражное решение отменено по основаниям, предусмотренным пунктом 2 статьи 52 Закона, а также в случаях, если: арбитражное решение содержит решение по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением; арбитражное решение содержит решение по вопросу, не подпадающему под условия арбитражного соглашения; арбитражное решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; неподведомственности спора арбитражу; арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан, то сторона вправе обратиться в компетентный суд для разрешения спора.*
>
> *В остальных случаях не утрачивается право на обращение в арбитраж согласно заключённому между сторонами арбитражному соглашению.*
>
> *При этом необходимо учитывать, что, если арбитражные решения по вопросам, которые охватываются арбитражным соглашением, могут быть отделены от решений по вопросам, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит*

решения по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением»[1].

Доводы о возможности сторон при наличии действительного арбитражного соглашения повторно обратиться в арбитраж в случае отмены арбитражного решения государственным судом находят своё подтверждение в судебной практике.

Например, согласно определению Медеуского районного суда г. Алматы от 24 июля 2017 года заявитель гр-ка Ш. обратилась в суд с ходатайством об отмене решения Арбитража «Forum Votum» от 12.06.2017 года, мотивируя свои требования тем, что исковые требования ТОО «Специальная финансовая компания «Finance» к гр-ке Ш. о взыскании суммы задолженности были удовлетворены. Постановлено взыскать с гр-ки Ш. в пользу ТОО «Специальная финансовая компания «Finance» сумму задолженности в размере 489 968 тенге и сумму регистрационного и арбитражного сборов в размере 21 550 тенге. Заявитель считает данное решение арбитража незаконным, так как после отмены Медеуским районным судом г. Алматы первоначального решения арбитража «Forum Votum» от 21.12.2016 года взыскатель ТОО СФК «Finance» не имело право подавать повторно исковое заявление в тот же арбитраж «Forum Votum» к тому же ответчику, также полагает, что ранее оплаченные суммы в размере 163 506 тенге в АО «Альянс банк» арбитражем не учтены. На основании чего просит отменить решение Арбитража «Forum Votum» от 12.06.2017 года.

Между тем суд не согласился с доводами заявителя гр-ки Ш. в том, что Арбитраж «Forum Votum» не

1 Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan

должен был вынести повторное решение, тогда как первоначальное арбитражное решение Арбитража «Forum Votum» от 21.12.2016 года было отменено по тем обстоятельствам, что в материалах дела отсутствовало надлежащее извещение должника гр-ки Ш. Более того, суд не увидел каких-либо основании для отмены решения Арбитража «Forum Votum» г. Алматы от 12.06.2017 года, так как данное арбитражное разбирательство проходило с участием сторон, в том числе и представителя гр-ки Ш. При указанных обстоятельствах и в связи с отсутствием других оснований по отмене решения Арбитража «Forum Votum» г. Алматы от 12.06.2017 года, суд пришёл к выводу, что заявление Шойбековой Н.С. удовлетворению не подлежит. Руководствуясь ч. 4 ст. 465, ст. ст. 268-269 ГПК, суд в удовлетворении ходатайства гр-ки Ш. об отмене решения Арбитража «Forum Votum» от 12 июня 2017 года отказал.

Представляется, что повторное возобновление дела в арбитраже после того, как первоначальное решение было отменено государственным судом, не является препятствием к тому, чтобы дело в арбитраже было рассмотрено в том же составе. Но, конечно, это может быть сделано только при соответствующем волеизъявлении сторон, участвующих в арбитражном разбирательстве.

Как правило, Регламенты постоянно действующих арбитражных институтов содержат специальные положения в отношении снижения размера сборов при повторном обращении. Например, при повторном обращении с исковым заявлением в КМА в течение одного года размер арбитражного сбора может быть снижен по решению председателя КМА[1].

1 См.: п. 9 ст. 4 Положения об арбитражных расходах и сборах КМА // http://www.arbitrage.kz/2016-09-11-09-51-05/2016-09-11-10-27-13.html

4. Субъекты отмены арбитражных решений

Проблематичным в Казахстане является вопрос о субъектах отмены арбитражных решений, а именно о третьих лицах. Как известно, обращение к арбитражному разбирательству является одним из способов защиты гражданских прав и возможно лишь при наличии должным образом заключённого между сторонами арбитражного соглашения, являющегося по своей правовой природе гражданско-правовым договором.

Согласно п. 2 ст. 2 Гражданского кодекса Республики Казахстан (далее – ГК) граждане и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своих интересах. Они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора. При этом в силу п. 1 ст. 8 ГК граждане и юридические лица по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им гражданскими правами, в том числе правом на их защиту.

Таким образом, инициатором арбитражного разбирательства могут быть исключительно стороны арбитражной оговорки.

Нормы о возможности отмены решений арбитражей третьими лицами в казахстанской юридической литературе неоднократно подвергались критике, поскольку решение арбитража обязательно только для сторон и ни в каком случае не может затронуть третих лиц. Почему третье лицо, не участвовавшее в арбитражном разбирательстве, вдруг получает право на отмену решения арбитража и таким образом вмешивается в отношения двух сторон?

Данная формула несёт в себе большой риск для деятельности арбитражей Казахстана, поскольку создаёт предпосылки для необоснованной отмены арбитражного решения.

Так, например, практике известны случаи, когда учредитель (участник) одного из юридических лиц пытался обжаловать арбитражное решение как третье лицо, права которого, по его мнению, были затронуты решением, вынесенным арбитражем по спору между двумя юридическими лицами. Или, например, супруг или супруга одной из сторон спора, возникшего из договора между двумя физическими лицами, также предпринимали попытки обжаловать решение как третье лицо.

Согласно подп. 4) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже арбитраж возвращает исковое заявление, если затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения.

Применение данной нормы на практике вызывает много вопросов. Нередко стороны, необоснованно ссылаясь на интересы третьих лиц, тем самым пытаются прекратить арбитражное разбирательство[1].

Так, в 2016 году составом арбитража КМА было рассмотрено дело № 11/2016 по исковому заявлению ТОО «Р» (Истец) к АО «СК» Н» (Ответчик) о взыскании страхового возмещения вреда.

Ответчиком было подано ходатайство о привлечении АО «К» (перестраховщик) в качестве третьего лица в арбитражном разбирательстве и рассмотрения вопроса о подведомственности спора арбитражу. При этом Ответчик также заявил, что дело подлежит рассмотрению в суде общей юрисдикции в соответствии со ст. 27 Закона об арбитраже и ст. 40 Регламента КМА.

АО «К» заявило, что арбитражное разбирательство подлежит прекращению, а спор, возникший между Ис-

1 См., например: Сборник Решений Казахстанского Международного Арбитража (2008 – 2013 гг.) // Сост.: Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Алматы: КМА, 2014. С. 249-250, 456-458.

тцом и Ответчиком, подлежит передаче на рассмотрение в суд, т.к. затрагиваются интересы АО «К», которое выступило перестраховщиком по договору факультативного страхования.

Истец выступил против участия АО «К»» в арбитражном разбирательстве, пояснив, что оно не имеет права подавать заявление в арбитраж. Согласно п. 3 ст. 33 Регламента и п. 3 ст. 31 Закона об арбитраже право заявления ходатайств предоставлено сторонам, участвующим в арбитражном разбирательстве. Поскольку Законом об арбитраже не предусмотрено право третьих лиц обращаться в арбитраж с заявлениями и ходатайствами, Истец просил арбитраж оставить заявление третьего лица без рассмотрения. По мнению Истца, дело подлежит рассмотрению в арбитраже.

Состав арбитража пришёл к следующим выводам. Согласно п. 1 ст. 20 Закона об арбитраже арбитраж самостоятельно решает вопрос о наличии или отсутствии у него полномочий (юрисдикции) рассматривать переданный на его разрешение спор.

В юриспруденции термин «третье лицо» используется как в процессуальном, так и материальном гражданском праве. Во всех же ходатайствах Ответчика и АО «К» этот термин используется в процессуальном смысле. Отсюда односторонние суждения о привлечении или вступлении (невозможности привлечения или вступления) в арбитражный процесс перестраховщика в качестве третьего лица.

Однако Закон об арбитраже, по мнению состава арбитража, использует этот термин с точки зрения материального гражданского плана.

Юридической доктриной круг третьих лиц в гражданско-правовом понимании определён следующим образом. К обязательствам с участием третьих лиц отнесены: регрессные обязательства (по переложению исполненного долга на третье лицо); обязательства в пользу третьего лица (а не кредитора); обязательства, исполняемые (за должников) третьими лицами.

При этом, по мнению состава арбитража, проведение анализа первых двух позиций не актуально, поскольку они к рассматриваемому делу отношения не имели. Третья же позиция интересна в том плане, что заинтересованными в этом вопросе лицами (Ответчик и АО «К») перестраховщик рассматривается как то самое третье лицо, интересы которого затрагиваются, но не охваченное арбитражной оговоркой.

Однако при перестраховании ответственным перед страхователем (Истец) за страховую выплату остаётся страховщик по основному договору страхования. Заключение страховщиком договора перестрахования не освобождает его от ответственности перед своим страхователем по основному договору страхования. Иначе говоря, перестрахователь (Ответчик), обладая статусом регулируемой и лицензируемой финансовой организации, является носителем риска неисполнения заключённого им основного договора страхования в полном объёме, несмотря на то, что этот риск застрахован им у перестраховщика.

Перестраховщик же (АО «К») не несёт ответственности перед страхователем по основному договору, и все свои претензии, связанные с неисполнением данного договора, страхователь (Истец) может предъявлять лишь к своему контрагенту – основному страховщику (Ответчик).

Таким образом, состав арбитража пришёл к выводу о том, что в гражданско-правовом понимании перестраховщик вообще не является третьим лицом, и потому использование подп. 3) п. 1 ст. 27 Закона об арбитраже о возврате искового заявления на том основании, что затрагиваются интересы третьих лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, не обосновано.

Статья 40 Регламента предусматривает вступление в арбитражное разбирательство третьих лиц лишь с согласия сторон и самого третьего лица. С неполучением такого согласия не связывается прекращение производства по делу ввиду отсутствия юрисдикции арбитража.

Статья 20 Закона об арбитраже содержит исчерпывающий перечень споров, не подведомственных арбитражу, в число которых не входят споры, арбитражные решения по которым затрагивают или могут затронуть интересы третьих лиц.

В рассматриваемом составом арбитража случае Истец заявил о своём несогласии с тем, чтобы АО «К» (перестраховщик) вступило в дело в качестве третьего лица. Следовательно, принять участие в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица АО «К» не может.

На основании изложенного состав арбитража пришёл к выводу о том, что исковое заявление не подлежит возврату, поскольку интересы третьего лица (перестраховщика) не затрагиваются, участие перестраховщика в арбитражном разбирательстве в качестве третьего лица невозможно. Соответственно, состав арбитража признал наличие у него компетенции по рассмотрению данного дела.

Однако впоследствии вынесенное по данному делу решение состава арбитража КМА от 28 декабря 2016 года было отменено Определением СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 года со ссылкой на противоречие публичному порядку, а также на то, что данным решением, по мнению суда, затрагиваются интересы третьих лиц.

Апелляционная судебная коллегия Алматинского городского суда по гражданским и административным делам оставила Определение СМЭС г. Алматы от 30 января 2017 года без изменения, частную жалобу – без удовлетворения (Определение Алматинского городского суда за № 2а-1275/17).

В обоих определениях суд фактически пересмотрел арбитражное решение по существу, поскольку принялся исследовать обстоятельства дела, анализируя вопрос о третьих лицах, выяснять позиции сторон по существу спора. Между тем суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу в силу его окончательности и отсутствия таких полномочий у суда. В определениях судов речь должна идти только об анализе возможных оснований для отмены арбитражного решения.

Пункт 1 ст. 464 ГПК не содержит оснований, по которым арбитражное решение может быть отменено. Такой перечень предусмотрен ст. 52 Закона об арбитраже и носит исчерпывающий характер. Статья 52 Закона об арбитраже такого основания для отмены ***арбитражного решения, как нарушение арбитражным решением интересов третьего лица, не предусматривает.***

СМЭС г. Алматы в своём определении от 30 января 2017 года не привёл мотивировку того основания, по которому он отменил арбитражное решение. Суд указал на

два возможных основания для отмены (согласно п. 2 ст. 52 Закона об арбитраже): 1) арбитражное решение противоречит публичному порядку РК; 2) спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству РК. При этом все доводы стороны, заявившей ходатайство об отмене арбитражного решения, о том, что оно противоречит публичному порядку, суд отклонил, признав их недоказанными и необоснованными. А второе основание – неарбитрабельность не проанализировал.

Согласно п. 1 ст. 464 ГПК третье лицо, не привлечённое к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которого арбитраж принял решение, наделяется правом подачи ходатайства об отмене арбитражного решения.

Для применения данной нормы необходимо соблюдение двух важных условий:

1) правом на подачу ходатайства об отмене арбитражного решения наделено не любое третье лицо, а только то, которое не было привлечено к участию в деле, но в отношении права и обязанностей которого, арбитраж принял решение.

Так, согласно п. 16 Рекомендации Верховного Суда:

«Статья 464 ГПК предусматривает исключительный перечень лиц, имеющих право на подачу ходатайства об отмене решения арбитража. При подаче ходатайства третьим лицом суду следует установить, что арбитраж принял решение в отношении его прав и обязанностей»[1]*;*

1 Рекомендации круглого стола «Некоторые вопросы применения Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» (г. Астана, 30 июня 2017 г.) // Опубликованы на сайте Верховного Суда РК http://sud.gov.kz/rus/content/rekomendacii-kruglogo-stola-nekotorye-voprosy-primeneniya-zakona-respubliki-kazahstan

2) третье лицо должно доказать суду наличие оснований для отмены арбитражного решения. Даже в том случае, когда арбитраж действительно вынес арбитражное решение в отношении прав и обязанностей третьего лица, оно все равно должно доказать наличие в деле предусмотренных ст. 52 Закона об арбитраже оснований отмены арбитражного решения.

Во всём мире просто так без наличия доказанных оснований для отмены арбитражного решения отменить его невозможно.

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN SLOVENIA

Aleš Galič*

The Slovenian 2008 Arbitration Act is based on the UNCITRAL Model Law. In regard to recognition and enforcement of foreign arbitral awards, however, the New York Convention is directly applicable. Slovenia withdrew both the "commercial case reservation"´ as well as the reciprocity clause reservation. In the present article the author discusses the positions adopted in the Slovenian case law and in the legal writing concerning grounds for refusal of recognition and enforcement of foreign awards as well as the procedural issues.

Key words: *arbitration, exequatur, arbitral award, public policy, recognition and enforcement, New York Convention*

1. Introduction

A comprehensive reform of arbitration law in Slovenia was implemented in 2008, when the Arbitration Act[12] (hereinafter - AA) was adopted. The new law is based on the UNCITRAL Model Law on International Arbitration, Slovenia thus becoming another member of the growing number of "Model Law Jurisdictions". It should be noted that the new law took into account the lat-

* Associate professor at the University of Ljubljana, Faculty of Law, Slovenia; ales.galic@pf.uni-lj.si

1 *Zakon o arbitraži*, Official gazette of the Republic of Slovenia, No. 45/2008.

est amendments of the UNCITRAL Model law, adopted in 2006.[1] These mostly concern the loosening of form requirements of an arbitration agreement and the establishing of a more comprehensive regime dealing with interim measures in support of arbitration. The adoption of the Model law proved to be relatively simple and, as the constantly growing number of "Model Law jurisdictions" is proving a satisfactory solution, well suited to the needs of practice. The reform aims to make Slovenia a regionally attractive venue for international arbitration, whereby it should in general contribute to the promotion of arbitration in domestic cases as well. Until 2008 arbitration has been regulated in the Civil Procedure Act,[2] whereby the regime, inherited from the Yugoslav era, has in principle remained in force.

The new law did not bring far reaching changes concerning recognition and enforcement of foreign awards, since Slovenia (by virtue of succession from Yugoslavia) has been a party to the 1958 New York Convention (hereinafter - NYC) prior to its enactment.

Concerning the "nationality" of the award, Slovenian law fully relies on the relevance of the seat of arbitration. A domestic arbitral award is an award, rendered by an arbitration with the seat in Slovenia (Art. 1/1, AA), whereas a foreign arbitral award is an award, rendered by an arbitration with the seat in a different country.

2. General considerations

A foreign arbitral award may not be enforced in Slovenia unless it is recognized by the competent Slovenian court. Slovenia is a contracting state of the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. In 2008 Slovenia withdrew both the "commercial case reservation" as well as the

1 Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its thirty-ninth session, 19 June-7 July 2006. UNO Doc. No. A/CN.9/605.

2 *Zakon o pravdnem postopku*, Official gazette of the Republic of Slovenia, No. 26/1999.

reciprocity clause reservation.[1] Until the coming into force of the Arbitration Act Slovenian courts did not rely directly on the Convention but rather on provisions concerning recognition and enforcement of arbitral awards in domestic law, which aimed (not always entirely correctly) to transpose the provisions of the Convention. The new Arbitration Act simply stipulates that for recognition and enforcement of foreign arbitral awards the New York Convention shall apply (Art. 42/2 AA). Due to the aforementioned withdrawal of both reservations, this applies to awards, rendered in non-commercial cases and awards, rendered in non-contracting states as well.

A direct referral to the NYC (adopted following the German approach) differs from the old regulation in the International Private Law and Procedure Act,[2] which aimed at transposing the rules of the Convention into national law. The new approach is more adequate as it avoids certain problems, caused by inadequate and imprecise transposition of the Convention in the national law. For example, because of the wording of the text in the old law it was unclear, which grounds for a denial of recognition of a foreign arbitral award the court should invoke *ex officio* and which on the motion of a party; it was unclear as well, which party bears the burden of proof; in contrast, the NYC clearly limits the number of grounds that can be invoked *ex officio* and places the burden of proof on the party who opposes the recognition. Since no rules concerning recognition and enforcement of foreign arbitral awards exist any longer in Slovenian national law and since the latter merely refers to the application of the NYC, the so called *more favourable right provision* (Art. 7 NYC) is not relevant anymore in that context. It, however, remains operable in cases where another international treaty, containing a more

1 *Akt o spremembi Akta o notifikaciji nasledstva glede konvencij Organizacije združenih narodov in konvencij, sprejetih v Mednarodni agenciji za atomsko energijo*, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 35/2008.

2 *Zakon o mednarodnem zasebnem pravu in postopku*, Official Gazette of the Republic of Slovenia, No. 56/1999.

favourable regime of recognition, needs to be applied (e.g. the European or the Washington Convention).

The Slovenian doctrine does not support the view that the exhausting available legal remedies against the award already in the country of the seat of arbitration are a mandatory precondition for resisting recognition of a foreign award in Slovenia. Hence, a party may resist recognition of a foreign award in Slovenia, although it did not previously challenge the award in the country of the seat of arbitration.[1] It is also accepted that in the proceedings concerning recognition of a foreign award a Slovenian court is not bound by factual findings and legal views of the court in the country of the seat of arbitration (e.g. concerning the question whether the requirements regarding the form of arbitration agreement were complied with, or whether the arbitration agreement in the given case binds a non-signatory third party).[2]

Under the NYC the party applying for recognition shall, in order to obtain the recognition, at the time of the application, supply both the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof as well as the original arbitration agreement or a duly certified copy thereof (Art. 4 NYC). It is a well-known fact that especially the latter requirement often causes difficulties in practice. The Slovenian law on the other hand – following the example of the Austrian ZPO,[3] provides for less stringent requirements (Art. 42/4 AA). It is sufficient for the applicant to supply the original or a simple copy of the *award*, whereas it is left to the discretion of the court, whether it shall require the party to present the original or an authenticated copy of the *arbitration agreement.* The court should exercise this discretion in disputed cases and not in cases, where the existence of a written and

1 For comparative overview (including Slovenia) see: Haas, Das Verhaeltnis ..., in: Schiedsgerichtsbarkeit im Zentraleuropa (2005), p. 60.

2 Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cpg 2/2009 dated 16 December 2009.

3 Par. 614/2 of the Austrian ZPO; the German law is not substantially different either – Par. 1063/3 in relation to Par. 142/3 ZPO.

valid arbitration agreement has not been put in question (by the opponent). Under the old law, providing an original or authenticated copy of the arbitration agreement was (just like under the NYC) mandatory.[1] The attempt for recognition of one foreign arbitral award in Slovenia failed precisely due to this hurdle.[2] This decision of the Slovenian court was adopted in the time when the new law was already in force, however, the courts applied the old law in regard to the duty to supply the original of the arbitration agreement. The Supreme Court offered an interesting (however very restrictive) answer as to the petitioner's argument that it is in any case irrelevant, whether he can produce the original of the arbitration agreement. The petitioner, namely, argued that even if the original of the arbitration agreement cannot be provided, it should be acknowledged that the arbitration agreement was validly concluded in a tacit manner at least – since the claimant relied on the arbitration agreement in its statement of claim in arbitration, whereas the defendant did not contest jurisdiction in its defense plea. The petitioner argued that the arbitration agreement must therefore be deemed to have been concluded in a conclusive manner – if it had not already been expressly concluded. The Supreme Court did not accept this argument. It acknowledged that the arbitration agreement can indeed be concluded tacitly in a manner described by the petitioner. In that case, however, in the view of the Supreme court, the requirement of Art. 4 NYC (and the then applicable old Slovenian law) that the petitioner should supply the original of the arbitration agreement, is still relevant. In such a case this requirement means that the petitioner should supply the original of the claim in arbitration (from which the court could conclude that he indeed invoked the arbitration agreement) as well as the original of the respondent's defense plea in arbitration (from which it could be concluded that he did not contest the jurisdiction of

1 Art. 105/2 pf the International Private Law and Procedure Act.

2 Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cpg 6/2010 dated 11 October 2010. The case concerned an award adopted by a tribunal seated in the Republic of Srpska (Bosnia and Herzegovina), proceeding in accordance with the Rules of the Permanent Court of Arbitration attached to the Chamber of Commerce of the Republic of Srpska.

the tribunal).[1] In another case the Supreme Court seems to have accepted the view that in case, where the respondent objects the recognition of a foreign award for the lack of jurisdiction of the arbitral tribunal, it is decisive, whether he contested the jurisdiction of the tribunal already in arbitration proceedings. If the respondent does not contest jurisdiction already in arbitration proceedings, he loses the right to rely on this ground for refusal of recognition of the foreign award.[2]

At the time of adoption of the Slovenian AA it was emphasised that accomplishing coherence of the AA with the Model Law is not enough, that coherence in its use in practice is required as well, so that the practice will be in harmony with the prevailing opinions in international (foreign) theory and judicial as well as arbitration practice.[3] Only thereupon true compatibility of domestic law with international law is achieved, as well as the possibility that foreign users will know what they can expect of arbitration in a certain country (and judicial proceedings relating to arbitration).[4] In the following some questions, regarding which judicial practice and theory in Slovenia have already expressed its opinion, will be presented – with no ambition of making this presentation systematic and comprehensive.

3. Law applicable to the arbitration agreement

The prevailing view in Slovenian legal writing (which in this regard, nevertheless, stresses that numerous aspects must be con-

1 Decision of the Slovenian Supreme Court No Cpg 6/2010 dated 11 October.2011.

2 Decision of the Slovenian Supreme Court No. 2/2009 dated 16 December 2009.

3 See Explanatory memorandum to the draft Arbitration Act; Obrazložitev predloga AA, Prva obravnava, EVA: *2008-2011-0002 (Para. 1.1).*

4 The legislative goal that the interpretation of the Arbitration Act would take into account also comparative legal aspects is mirrored in Art. 2 of the Act, which stipulates that "In the interpretation of this Law, regard is to be had to the need to promote uniformity in application of UNCITRAL Model law on international commercial arbitration." This is explicitly stated also in the Explanatory memorandum to the draft Arbitration Act; Obrazložitev predloga AA, Prva obravnava, EVA: *2008-2011-0002 (Para. 1.1).*

sidered separately) is that in absence of an *explicit* agreement of the parties, the validity of the arbitration agreement is governed by the law of the country of the seat of arbitration.[1] What remained almost unnoticed[2] was the viewpoint (of numerous foreign academics, tribunals and courts) that if the parties had agreed on the law applicable to the merits, they have thereby tacitly expressed their will that the arbitration agreement should be governed by the same law (despite of a well-recognized doctrine of separability of the arbitration agreement from the main contract).[3]

4. Written form of the arbitration agreement

The Slovenian AA adopted a relatively liberal approach in regard to form requirements (Art. 10). The Slovenian legislature transposed the option No. I offered by the UNCITRAL Model law as amended in 2006. Form requirements were, thereby, substantially loosened, however, they were not abolished, so that the option No. II for Art. 7 of the 2006 Model Law Reform was rejected. Concerning form requirements in regard to a foreign award, it is accepted that both requirements laid down in Art. 5 NYC as well as in Art. 2 NYC must be complied with (s.c. "two stage examination of the form requirement").[4] It is not sufficient if a foreign award fulfills the form conditions of the law of the seat

1 Ude, Wedam Lukić, *Schiedsgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien* (1998), p. 79, Mežnar in: Galič, Mežnar, Arbitration law in Slowenia. in: Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa (2005), pp. 560-562, Ilešič, Polajnar Pavčnik, Wedam Lukić, Mednarodno zasebno pravo… (1992), p. 149.

2 Ketler, Merodajno pravo …, in: PP 32 (2013) 8, pp. 26-27.

3 See e.g. Blackaby, Partasides, Redfern, Hunter; *Redfern and Hunter on International Arbitration* (2009), p. 166.

4 Decision of the Slovenian Supreme Court, No. 2/2009 dated 16 December 2009. Here the Court held that concerning the form of the arbitration agreement both the requirements of the law of the seat of arbitration (*in casu*: Croatia) as well as those of the NYC or, as the case may be, the country of enforcement (*in casu*: Slovenia; here the form requirements were less stringent than in the NYC already at the time when the old law was in force) must be fulfilled.

of arbitration (Art. 5 NYC) it must also conform with the form requirements of Art. 2 NYC.

Since Slovenian law softens the form requirements, whereas, the NYC provides for more strict rules on form, this issue had to be addressed in the new act as well. In order to avoid insisting on more stringent form requirements when it comes to foreign awards, the Slovenian Arbitration Act includes a provision that the requirements of form concerning an arbitration agreement in a foreign arbitral award shall be deemed to be fulfilled if the arbitration agreement fulfills (the less stringent) form criteria of the Slovenian law (Art. 42/3).[1] A circumstance that a foreign award was adopted on the basis of an arbitration agreement, which does not comply with requirements of the NYC is thus not an obstacle for its recognition in Slovenia, if it, nevertheless, complies with form requirements of Slovenian AA. In any case, the burden of proof lies with the party who opposes the recognition of the award.[2]

It is sometimes difficult to determine whether a certain issue in the proceedings for recognition of a foreign award concerns the form of the arbitration agreement or its validity and effect. In a given case the Slovenian Supreme Court established that the respondent did not sign the contract, which contained the arbitration clause, whereas he signed the annex to this contract (which contained a reference to the main contract and formed its part) only as a guarantor.[3] The Court concluded on these facts that the form requirement as a condition for recognition of a foreign award was not complied with. In addition to the question of form requirements in this case the Supreme Court also assessed, whether an arbitration agreement (with effect to the

1 The rule is in line with the UNCITRAL recommendations. See Recommendation regarding the interpretation of article II, paragraph 2, and article VII, paragraph 1, of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards , done in New York, 10 June 1958, adopted by the UNCITRAL on 7 july 2006 at its thirty-ninth session.

2 Decision of the Slovenian Supreme Court, 2/2009 dated 16 December 2009.

3 Ibidem.

non-signatory guarantor) at all exists. It stated that there is no provision in the NYC concerning the question, whether an arbitration agreement at all exists, however, following the rule of interpretation *ad maiori a minus*, this question should also be a question of proper form.[1] That is why the Court applied Slovenian law (and concluded that the non-signatory third party – the guarantor – is not bound by the agreement). Whereas the result (concerning the non-binding effect of the arbitration agreement to the non-signatory guarantor) might be convincing, the way the Supreme Court came to this conclusion is not. A convincing conclusion should have separately tackled two questions – whether an arbitration agreement in a proper form actually exists and whether it binds third parties as non-signatories. One question is whether an arbitration agreement in a valid form actually exists between the signatories. If it does, then the question whether this agreement binds the non-signatory must be examined. The latter question is not a question of form, but a question of the validity of the arbitration agreement (insofar it concerns possible binding effects for the third party as a non-signatory). Therefore, the court in the country of enforcement should apply the law of the seat of arbitration (if the parties have not themselves designated the law governing the arbitration agreement; Art. 5/1 (a) NYC), in the given case Croatian law. The application of the correct law (Croatian), of course, does not mean that the final result as to the merits will be different.

Assessing this case, the Court established that the parties did not have the intention to bind the guarantor with the arbitration agreement. In reaching this conclusion the Supreme Court relied on the statement of the claimant, who in prior proceedings in a Croatian court explicitly stated that the parties had no intention to bind the guarantor with the arbitration agreement.[2] However, something remained unanswered in the discussed case, although it shouldn't have. It is quite possible that the Slovenian

1 Ibidem.

2 Ibidem.

court has – by rejecting recognition of the award – offered protection to the party who has seriously abused its procedural rights and acted in bad faith. In the discussed case, apparently, proceedings against the guarantor were first initiated in a Croatian court of law, which rejected the claim as inadmissible because it found that a valid arbitration agreement existed. Since, in accordance with Croatian law, the court does not give effect to an arbitration agreement *ex officio*, one can validly assume that in these proceedings the guarantor as a defendant himself – successfully - contested jurisdiction of the Croatian court by invoking the arbitration agreement. Only after his claim had been dismissed in the court, the claimant pursued its claim in arbitration in Croatia. A party who has himself successfully relied on the arbitration agreement in court proceedings in the country of origin, thus forcing the claimant to pursue his claim in arbitration, should not be allowed to successfully challenge that same arbitration agreement when it comes to the recognition of the award abroad. Such acts amount to a clear case of v*enire contra factum proprium* and abuse of procedural rights. Unfortunately, in the given case the Slovenian Supreme court did not examine this issue.

5. Arbitrability

Unlike the UNCITRAL Model law, the AA defines the limits of (objective) arbitrability. These are broad. Following the German (Par. 1030 ZPO), Swiss (Art. 177 International Private Law Act) and Austrian (Par. 582 ZPO) example the law stipulates that any claim involving an economic interest (patrimonial claims; *premoženjskopravni zahtevek*) can be the subject of an arbitration agreement. Since Slovenian legislature, by defining limits of arbitrability, deliberately followed the laws of the above mentioned countries, it can be expected that Slovenian courts and arbitral tribunals will also directly rely on positions taken by courts, tribunals and academics in these countries. It has also

been explicitly confirmed that by adopting the new concept concerning the limits of arbitrability Slovenian legislature wanted to expand these limits comparing the previously adopted criteria of "rights which the parties may freely dispose of" (former Art. 460 CPA).[1] In the new law, such criteria remain only for arbitration concerning claims not involving an economic interest, although with a slightly different wording; it is decisive whether the parties are entitled to conclude a settlement on the issue in dispute.

According to the former Yugoslav law of arbitration parties were not allowed to enter arbitration agreements in disputes falling within an exclusive (international) jurisdiction of domestic courts. In addition, a foreign seat of arbitration could not be agreed upon in disputes between two domestic parties. Such restrictions have – to a greater or lesser extent – remained endemic in arbitration laws of all countries of former Yugoslavia. Among these, they have been perhaps to a greatest extent abolished in Slovenia. An arbitration agreement, conferring jurisdiction to a foreign arbitration, is not admissible if it refers to a dispute, over which Slovenia reserves an exclusive international jurisdiction (Art. 5, AA). However, this restriction applies only if both parties are Slovenian nationals or legal entities with the seat in Slovenia. Otherwise, physical persons, who are nationals or residents in Slovenia, and legal entities, registered and domiciled in Slovenia (including the Slovenian State and legal entities of public law character), can confer jurisdiction to a foreign arbitration without any restrictions. Looking at it from a different angle, the above cited rule also means that unless the dispute relates to a matter falling within exclusive international jurisdiction of Slovenian courts, two domestic entities can confer jurisdiction to a foreign arbitration without any obstacles as well. Subjective limits to arbitrability are broad as well. An arbitration agreement may be concluded by any natural or legal person, including the Republic of Slovenia and other entities of public law (Art. 4/2 AA). Such a position had already been adopted, however, legisla-

1 Damjan, Reforma arbitražnega prava…, v: Podjetje in delo 33 (2007) 6-7, p. 1315.

ture considered that it was appropriate to explicitly confirm this in the new law in order to ensure certainty and predictability for foreign users as well.[1]

6. Public Policy (*Ordre public*)

The Slovenian doctrine agrees (at least on an abstract level) that courts, which exercise control over arbitral awards, should apply the public policy reservation with great restraint, whereas, the concept of public policy should be construed in a very reserved manner.[2] The Slovenian Supreme Court confirmed that the public policy reservation should be applied only as "the last resort" with extreme caution in a restrictive and reserved manner and only in cases, where this is absolutely necessary to prevent results, which would be unbearable for domestic legal order and incompatible with the system of values on which it is based.[3] It is accepted both in theory[4] as well as in case law[5] that the standard of *international* public policy should apply when it comes to control over foreign arbitral awards (and foreign judgments). However, it is also accepted that international public policy is not a concept of international or supranational legal order[6] but a concept of *national* law (hence: international public policy of the Republic of Slovenia).[7]

1 See Explanatory memorandum to the draft Arbitration Act; Obrazložitev predloga AA, Prva obravnava, EVA: *2008-2011-0002*.

2 Keresteš, Pridržek javnega reda …, in: Podjetje in delo 25 (1999) 8, p. 1631, Ilešič, Polajnar Pavčnik, Wedam Lukić, Mednarodno zasebno pravo… (1992), p. 25.

3 Decision of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 462/2009 dated 28 January 2010.

4 Keresteš, Pridržek javnega reda …, in: Podjetje in delo 25 (1999) 8, p. 1632, Kramberger Škerl, Javni red …, in: ZZR PFL 65 (2005), pp. 255 do 257, Ude, Wedam Lukić, Schiedsgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien (1998), p. 85.

5 Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cpg 4/2004 dated 28 June 2006.

6 Keresteš, Pridržek javnega reda …, in: Podjetje in delo 25 (1999) 8, p. 1632.

7 Decision of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 462/2009 dated 28 January 2010.

Pursuant to the definition, offered by the Supreme Court, public policy relates to fundamental legal principles of domestic law, i.e. those on which the domestic legal order is founded. It consists of constitutional principles, basic principles arising from laws, basic principles of the legal order of the Council of Europe, European Communities and international agreements adopted to guarantee the minimum standard of legal protection, all subject to the overriding restriction that not every mandatory norm constitutes a part of public policy but only those, the violation of which, would threaten the legal and moral integrity of the domestic legal system.[1] In addition, the notion of public policy also includes principles of international customary law: basic moral principles, and vital economic, political … interests of the state.[2] It is acknowledged that public policy contains both a substantive and procedural part.[3] It has also already been confirmed that, for example, the respect for *res iudicata* forms a part of procedural public policy[4] as well as of fundamental procedural guarantees.[5] Substantive public policy consists of (*inter alia*) principles of free competition and prevention of abuse of dominant market position.[6]

The reference to *international* public policy in regard to control over *foreign* arbitral awards might imply that the interpretation of public policy is different, when it applies to the control over domestic arbitral awards (in challenge or exequatur proceed-

1 Ibidem.

2 Decision of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 462/2009 dated 28 January 2010, Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cp 16/2006 dated 7 February 2007 (both cases related to recognition of foreign court judgments, not arbitral awards. The Supreme Court implicitly confirmed, though, that the standard of review of compatibility with public policy is the same in regard to foreign judgments and arbitral awards).

3 In legal writing e.g. Kramberger Škerl, Javni red …, in: ZZR PFL 65 (2005) p. 255.

4 Decision of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 82/2007 dated 10 December 2009.

5 Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cpg 4/2004 dated 28 February 2006.

6 Judgment of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 14/92 dated 3 July 1992.

ings). Such a conclusion would, however, be incorrect. Both the legal writing as well as the case law (at least implicitly) confirm that criteria of compliance with public policy are essentially the same, regardless of whether a foreign or a domestic award is concerned.[1] "Domestic public policy" (*ordre public interne*) in regard to domestic awards is, again, not construed as the entirety of all mandatory (cogent) rules in Slovenian law. It already follows from the wording of the AA that the lawmaker did not see the concept of public policy as a synonym for all mandatory (cogent) rules, when it comes to control over domestic awards. Such a conclusion can, nevertheless (?), be made, if one compares general grounds for setting aside the arbitral awards on the one hand and the special regime of setting aside awards in consumer and labour disputes on the other. Concerning the latter, the grounds for challenging awards are broader (with the purpose of ensuring a more comprehensive protection of weaker parties). In labour and consumer disputes the court shall, beyond the reasons stipulated in Art. 40 (hence, public policy including), set the arbitral award aside also "if *mandatory provisions* of the law have been violated, the application of which may not be waived …" (Art. 47 and 49 AA). Clearly, since the law stipulates that the violation of "mandatory provisions" is an additional ground for challenging awards in labour and consumer disputes, the violation of public policy as a ground for challenge under general rules must have a narrower meaning.

7. Recognition of an award which was set aside in the country of the seat of arbitration

At least a part of legal writing in Slovenia accepts the possibility that the court enjoys a certain degree of discretion and may

1 Ude, Wedam Lukić, Schiedsgerichtsbarkeit in der Republik Slowenien (1998), p. 95 and the judgment of the Slovenian Supreme Court No. No. II Ips 14/92 dated 3 July 1992. In favour of the view that there is really no substantial difference as to the review of public policy requirement, regardless of whether it concerns a foreign or domestic award see in detail (with focus on Croatia): Sikirić, Javni poredak …, Zbornik PFZ 59 (2009) 2-3, p. 263.

recognise a foreign arbitral award even if it was set aside in its home country (or in spite of existence of reasons for non-recognition from Art. 5 NYC).[1] This follows from the wording in Art. 5 of the New York Convention: "… *may* be refused…" (although the word „*may*", can have, depending on the context, also a binding character). The old law did not adequately transpose the wording of NYC and thus left no room for the court's discretion to recognise the award notwithstanding grounds for non-recognition from Art. 5 NYC. As the new AA directly refers to the application of the NYC this question becomes relevant again.

Due to the (in)famous *Radenska/Kajo* case (the arbitral award, which had been set aside in Slovenia but was later, nevertheless, recognized in Austria[2]) it is well known in Slovenia that in the system of the European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 the award, which was set aside in the country of the seat of arbitration, may nevertheless be recognized in another contracting country, if the setting aside of the award was based on the violation of public policy.[3] Hence, the court in the country of recognition must disregard the finding that the award was found to violate the public policy of the country of origin. This court must, nevertheless, deny recognition if it finds that the award violates the public policy of its country.

In this context it might be worth mentioning that under the New York Convention there is no need for a "double exequatur". In order to enforce a foreign arbitral award in Slovenia, it is not necessary first to obtain an exequatur for the award in the country of the seat of arbitration (it is recalled that in many jurisdictions – including Slovenia - a special exequatur procedure is required

1 Keresteš, Pridržek javnega reda …, in: Podjetje in delo 25 (1999) 8, p. 1631, Galič, Arbitration in transformation…, in: Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa (2005), p. 123.

2 See e.g. Gaillard, Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (1999), p. 999.

3 Ilešič, O mednarodni arbitraži…, PP 15 (1996) 17-18, pp. 42-44, Serajnik, Mednarodna arbitraža…, PP 15 (1996), p. 36. Sekolec, Razveljavitev arbitražnih odločb …; Pravnik 49 (1994) 10-12, pp. 365-372.

also for domestic awards, where at least the compliance with the limits of arbitrability and public policy is controlled). After the adoption of the new AA in Slovenia even certain leading experts on arbitration law expressed a concern (in their oral presentations), that Slovenian arbitral awards will not be resognised abroad, if the creditor does not achieve prior exequatur (confirmation of enforceability) already in Slovenia. The reason for this might be in the provision of art. 5/1 (e) NYC, that the recongition of a foreign award may be refused if *the award has not yet become binding on the parties*. Nevertheless, it is known (or it should be known) that this question was specifically considered and solved already when the NYC was being adopted. The so called "*double exequatur*", which was the basis even for the Geneva Convention of 1927, wanted to be prevented. Hence, in the context of Art. 5/1 (e) of the NYC the award will be considered as binding even if still open to challenge proceedings in the country of the seat; or if it is not enforceable in that country.[1] It is generally recognized that this is one of the major advantages of the NYC in comparison to the Geneva Convention.[2]

8. The right to be heard

The Slovenian Supreme Court stated in one case that a tribunal seated in Austria violated the right to be heard (Art. 5/1 (b) of the NYC) because it had served only the "notice of proceedings" and the notice on appointment of the arbitrator to the respondent, domiciled in Slovenia upon the commencement of arbitration proceedings. In the view of the Supreme Court the respondent should have also been served a statement of claim (it was not in dispute that, subsequently, both the preparatory brief as

1 Voit in: Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung (2007), No. 5 at Par. 1061, Born, International Commercial Arbitration (2009) p. 97.

2 Gaillard, Savage, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration (1999), p. 971.

well as the notice of oral hearing were served properly).[1] The Supreme Court's decision might be correct but only (sicer ta "but" nima smisla), if the claimant in this case in fact submitted a claim in arbitration. This is, however, not necessarily the case. The Supreme Court overlooked that the filing of a claim is not necessarily the first procedural step in arbitration and that, there may not even be any separate "statement of claim" in arbitration. Arbitration may commence with the filing of the aforementioned "notice of proceedings" or – as it is usually called, a "*request for arbitration".* This can, if it already contains all of the necessary elements, fulfill the purpose of the claim. Only if these requirements are not met will the tribunal set a new time-limit and require the claimant to file a statement of claim in which it must state the facts supporting his claim, the points at issue and the relief or remedy sought (compare arts. 21. and 23. of the Model law). It is, thus, quite plausible that there was no document called a "statement of claim" in the above-given arbitration, if the aforementioned "notice of arbitration" already contained all of the necessary elements of such a claim. It is, therefore, wrong to categorically conclude that "service of the statement of claim is the only possible way that the respondent is properly informed of arbitration proceedings"[2] and that it is irrelevant, whether all other documents and notices were properly served on the respondent. In one of its other (older) decisions, the Supreme Court held that the right to be heard was not violated by a tribunal seated in Austria, since the statement of claim was effectively served upon the respondent in Slovenia. Whereas this decision is correct in the outcome, it suffers from a very fundamental error in its reasons. The Supreme Court, namely, suggested that the cross-border service of documents in arbitration should be effected in compliance with the rules governing cross-border service of judicial and extra-judicial documents (*in casu*: The

1 Decision of the Slovenian Supreme Court No. III R 32/2001 dated 15 November 2001.

2 Ibidem.

1965 Hague Convention on Service of Process).[1] This standpoint is clearly wrong (and it could not possibly be expected that the Supreme Court would hold it should it be faced with the same issue today). International treaties governing cross-border service of documents (the aforementioned one as well as the EU Service of Documents Regulation No. 1393/2007) indeed apply to the cross-border service of *extra-judicial* documents as well. It is, however, clear that this notion does not cover documents from arbitration proceedings (but documents, drawn by bodies like public notaries or *huissiers de justice*, whereby, as the ECJ clarified in the *Roda Golf* case, service of such documents may be required in the course of legal proceedings).[2] One of advantages of arbitration in comparison to litigation in a court of law is precisely that arbitration makes it possible to avoid the formalities and difficulties concerning cross-border service (e.g. in regard to required translations).

The Supreme Court holds that the obligation of the tribunal to give reasons in its award (unless the parties agree otherwise) forms an integral part of the parties' right to be heard.[3] It has, however, stressed that requirements in this regard are lower than those, expected from courts of law. It is sufficient if the

1 Decision of the Slovenian Supreme Court No. Cpg 1/2004 dated 7 December 2004. In this case the Supreme court even suggested (*obiter dictum*) that the addressee could require the translation (!) of the document into the language of the state where the service was effected. Erroneously (with suggesting the applicability of the EU 1393/2007 Regulation) also Ude, Arbitražno pravo (2004), p. 200.

2 For the interpretation of the notion of "extra-judicial documents" in the EU 1393/2007 Regulation see the judgment of the ECJ in the case Roda Golf & Beach Resort SL (C-14/08) dated 25 June 2009). See also the manual containing notifications of member states defining which documents can be served as "extra-judicial documents" pursuant to the (then) Regulation No. 1348/2000, available at: http://ec.europa.eu/justice_home/judicialatlascivil/html/pdf/1348_Repertoire.pdf. Concerning the understanding of «extra-judicial documents» in the context of the Hague Conventions see: Permanent Bureau of the HCPIL, Practical handbook on the operation of the Hague convention of 15 November 1965 on the service abroad of judicial and extrajudicial documents in civil or commercial matters, 3. Edition, Den Haag, 2006, p. 29.

3 Decision of the Slovenian Supreme Court No. II Ips 82/2007 dated 10 December 2009.

award gives the *key reasons* for the decision and if a position is taken on the *essential arguments and submissions* of the parties. The review of compliance with the procedural guarantee of the right to a reasoned decision may not in fact become a tool for exercising a *revision a fond* of correctness of factual and legal findings of the tribunal.[1]

9. Recognition and enforcement of protective and interim measures, adopted in a domestic or a foreign arbitration

The new law, in contrast to the prior regulation, empowers the arbitral tribunal to order such interim measures of protection at the request of a party, as it considers necessary (Art. 20, AA). The arbitral tribunal may require any party to provide appropriate security in connection with such a measure (Art. 20/1, AA). Except in urgent cases, the defendant must be given the opportunity to be heard before the interim measure is issued (Art. 20/2, AA). Provisional and protective measures of arbitral tribunals are enforceable unless they were rendered *ex parte.* The latter are binding (the party who disrespects such a measure can be liable in tort), but not enforceable. Moreover, it must be taken into account that the arbitral tribunal is empowered only to regulate relations between parties to the arbitration agreement. Such measures may not be directed against a third party, who is not bound by the arbitration agreement. Measures, through which an arbitral tribunal would require, e.g. a bank to freeze the assets of a defendant in the bank accounts, would not be admissible.[2]

The same method of enforceability applies to interim and protective measures regardless of whether they were rendered in a domestic or in a foreign arbitration (Art. 43 AA). The creditor can immediately request enforcement in the local court, pursuant to rules of territorial jurisdiction for matters of enforcement

1 Ibidem.

2 Sutton, Gill, Russell on Arbitration (2003), p. 266.

of judgments. The court may permit enforcement unless an application for a corresponding interim measure has already been made to a court (Art. 20/4, AA). Before authorising the enforcement the court shall, in incidenter manner, examine possible violations of *ordre public* and arbitrability (in case of "domestic" interim measures) on grounds for refusal of foreign awards (in case of "foreign" interim measures) *ex officio*; Art. 43/1 AA. In addition, enforcement of an interim measure may also be refused in cases, when the court determines that such a measure, as stipulated by the arbitral tribunal, cannot be enforced (concerning factual and legal grounds that relate to the content or effect of the measure). In such cases the court may, upon the motion of a party reformulate or adjust the contents of the interim measure, provided that the original content of the measure is not substantially infringed (Art. 43/3; AA). The request will also be refused if the party, against whom the request is directed, proves that the arbitral tribunal's decision, with respect to the provision of security in connection with the interim measure issued by the arbitral tribunal, has not been complied with or that the arbitration tribunal has revoked, modified or suspended the interim measure.

The party who is seeking or has obtained recognition or enforcement of an interim measure shall promptly inform the court of any termination, suspension or modification of that interim measure (Art. 43/4 AA). Upon the request of the party, the court may annul or alter the decision on enforceability of the interim measure (Art. 43/5 AA). The court which decides on the enforcement of the interim measure may, if it considers it proper, order the requesting party to provide appropriate security, if the arbitral tribunal has not already made a determination with respect to security or where such a decision is necessary to protect the rights of third parties (Art. 43/6 AA).

The approach of the Slovenian legislature towards protective and interim measures in arbitration is liberal. Slovenia is one of the first jurisdictions which have followed the 2006 changes of

the UNCITRAL Model law.[1] It however remains to be seen, how this system will work in practice. So far, there are no reports of a practical experience with these new rules in Slovenia.

10. jurisdiction, procedure and appeals in the exequatur procedure

A valuable novelty in the AA in comparison to the old law, consists of a concentration of subject matter and territorial jurisdiction of the courts in (controlling and supportive) matters relating to arbitration.[2] Jurisdiction for all these matters – thus also for the exequatur procedure for domestic and foreign awards – is vested with the District court of Ljubljana (*Okrožno sodišče v Ljubljani;* Art. 9/1 AA).[3] The new restricted number of appeals is also an improvement – there is now only the possibility of one appeal, which goes directly to the Supreme court of the Republic of Slovenia.[4] No extraordinary appeals are admissible (Art. 9/3 AA).

11. Conclusion

A mere review of statutory provisions concerning recognition and enforcement of foreign and domestic arbitral awards does not allow for a comprehensive assessment whether Slovenia may be qualified as an »arbitration friendly« jurisdiction. With broad legal concepts such as the »right to be heard«, a »fair trial« and especially »public policy« along with »arbitrability« much and sometimes all is dependent on case-law. Courts need to have enough understanding for arbitration as a dispute resolution method and, more importantly, they need to possess a sense of

1 Damjan, Reforma arbitražnega prava…, in: Podjetje in delo 33 (2007) 6-7, p. 1319.

2 The concentration of jurisdiction aims to promote both the quality as well as uniformity of application of arbitration law. See the official Explanatory memorandum to the Draft Arbitration Act, Prva obravnava, EVA: *2008-2011-0002*.

3 Different rules of jurisdiction of the courts apply in regard to arbitration in consumer (Art. 44 AA) and labour disputes (Art. 48 AA).

4 It would be difficult to exclude possibility of an appeal entirely since a right to appeal is explicitly guaranteed in the Slovenian Constitution (Art. 25).

self-restraint. Self-restraint in the sense that, especially in cases with foreign arbitral awards in international commercial arbitration, they accept results, that would perhaps – in cases of (appellate) control of domestic judgments of state courts – not be accepted. Moreover, judges need to possess enough legal conscience not to be considering whether the acceptance or refusal of the arbitral award in the case at hand would benefit the domestic or the foreign party. The court's approach to the scrutiny of arbitral awards should not be »friendly« merely because the arbitral award would prove beneficial to the domestic party and automatically »hostile« when the domestic party has lost the arbitration. Protection of domestic public policy must not become an empty excuse for the protection of the domestic party.[1]

There is not enough case-law in Slovenia for a comprehensive assessment to be made. The prevailing viewpoint in Slovenian legal writing does emphasize the correct understanding of arbitration and the court's need for reserved approach when deciding upon granting or denying the effect of arbitral awards. Such a viewpoint enables an optimistic prognosis. However quite a few judgments of the Slovenian courts may already be putting this optimism to the test.

1 Compare Ilešič, O mednarodni arbitraži…, PP 15 (1996) 17-18, pp. 42-43.

I, ROBOT

Kaibyldaeva Begaim[1*],
Inomov Abubakr[2**]

Our intelligence is what makes us human,
and AI is an extension of that quality.

Yann Le

Artificial intelligence has become a reality. Not in the apocalyptic form of the killer machines that Hollywood has made familiar to us, but through robots that perform actions previously thought to fall within the realm of human intelligence, such as predicting behavior or analyzing information.

Following the breath-taking achievements in artificial intelligence, there has been much assumption about which professions and tasks will be replaced by robots. For example, in the international arbitration, artificial intelligence is already making nascent, positive strides in an effort to lighten the workload and help participants in the arbitration process. International arbitration has developed leaps and bounds the past decade. International arbitration is borderless, flexible, efficient and serves transnational justice. In the era of globalisation and technology take over, there has been much speculation about not just pro-

* CEO of the Business Soft, Arbitrator ICA CCI KR, Advisor IAC Tashkent, Mediator, kbegaim@mail.ru.

** Chairman of the International Commercial Arbitration Court of Tajikistan and First Class Counsel of Justice, opendoors7@mail.ru.

cess of arbitration being technologically advanced but if the arbitrators can also be replaced by robots. Artificial Intelligence is making its presence felt in international arbitration but will the AI future be a realistic solution to disputes or will there be no significant impact? The future beholds the answer.

In the international arbitration, AI has been used for wide range of tasks including appointment of arbitrators, legal research, drafting, reviewing written submissions, translating of documents, case management and document organization, cost estimation, hearing arrangements, drafting procedural orders.

We are talking about programs developed to process small amounts of information that allow access to data that can have a decisive influence on proceedings strategy. Thus, we can search for the types of variables and statistics related to arbitration, construction, oil and gas issues and many other areas, giving arbitrators the tools to decide how to handle the case, while allowing clients to determine whether to take the dispute to arbitration or whether an amicable settlement is better. These tools for analyzing and processing information can also be extremely useful for scientific purposes.

This technology is similar to other legal forecasting technologies that have been developed. For example, *Jurimetría,*[1] a legal forecasting tool owned by Wolters Kluwer, provides information on the chances of success of an appeal before the courts, based on analysis of millions of court decisions. It is only a question of time before this technological tool is able to perform the task of forecasting in the arbitration world.

Technological developments have now penetrated the complex task of arbitrator selection as well. By this we mean intelligent arbitrator selection, which strives to change arbitrator assignment from an intuitive process based on personal recommendations to a data-driven decision. Therefore, through questionnaires carried out by the parties, their in-house lawyers, and the

1 https://en.wikipedia.org/wiki/Jurimetrics

firms representing them, the goal is to obtain very diverse but accurate information about arbitrators.

It seems that more and more people are becoming comfortable with artificial intelligence in our daily lives. But how comfortable would we be if robots could be appointed as arbitrators? Although this would require significant cultural changes, perhaps we are closer to it than we think. Artificial intelligence involves the automation of tasks or functions, including decision-making, that are usually associated with the human intelligence. Apparently, artificial intelligence tools are already being used in some areas of dispute resolution, usually to improve efficiency. For example, disclosure software is no longer limited to keyword searches, but can use predictive coding and natural language processing to extract and convey actual meaning from documents.

AI tools can also be used to identify and analyze the public authorities and analyze submissions. The truth is that automated tools can handle large volumes of documents or data faster, more efficiently, and more accurately than any Human.

Not surprisingly, the legal services market has quickly adopted artificial intelligence, with several predictive "solutions" already well established in the context of litigation. Just as computers are now better than doctors at detecting and predicting skin cancer, it seems that robots can give a more accurate assessment of the likely outcome of a case than humans can.

The success of artificial intelligence in predicting outcomes naturally raises the question of whether computers can also make court decisions. Will a Robot be able to decide an arbitration case? Should we acclaim such a development?

In fact, a robo-arbitrator has a lot to say for the own benefit. The appointment of robots will be less vulnerable to challenge based on conflicts of interest or bias. Presumably, the decision-making process will be less susceptible to human weaknesses such as

bias, illogic, or just a bad day. And there is clear potential for reducing the time and expense of hearings.

But we wonder if the parties are ready for this. Although artificial intelligence is rapidly evolving, it cannot yet capture the nuances of evaluating the facts that might affect the decision. Perhaps this is a good thing, since "accurate consideration" at some point devolves into "illogical human bias," but it is not always easy for the parties to come to terms with such decisions. In general, it is currently difficult to imagine how robots could resolve disputes that depend on a factual decision, such as which of the two witnesses to believe. Failure to give sufficient weight to the factual details of a case may constitute a violation of the right to be heard.

This raises another significant disadvantage of automated decision-making. The reasons for the decision are not transparent. Software developers are reluctant to disclose the algorithms and coding that led to the result, so unlike a reasoned arbitration decision, the reasons for the decision will not be articulated.

Robot decision-making must also be inherently cautious, with the attendant risk of perpetuating trends and stifling development. Because conclusions are based on analysis of existing data, the ability to change or evolve the law in response to changes in human thinking is suppressed. Existing biases and assumptions are reproduced and perpetuated. In short, it takes a person to think outside the box.

Beyond these practical and political objections, however, the possibility of a robot making decisions raises some difficult philosophical questions. Our arbitration law assumes that decisions are made by a human being performing a "judicial" function. On some level, we seem to assume that there is inherent value in being listened to by someone who is subject to duties of justice and respect.

Will we ever be able to accept or reconcile the automatic application of undisclosed algorithms as a substitute for this, no matter how significant the efficiency savings? Should we recognize that if the parties are willing to accept this form of dispute resolution, it is the right choice, and amend our arbitration law to reflect that? There is no definite answer.

The robo-arbitrators negotiate automatically, without the need for human intervention. For example, if a trader creates a strategy that can repeatedly generate profits, he/she will not spend hours sitting in front of a computer to trade, because the robot is capable of making countless decisions. Unlike the human brain, the trades made by robo-arbitrators are not interfered with by emotions. Robo-arbitrators are capable of executing the same strategy repeatedly over a long period of time.

In practice, a company with specialists who need to create thousands of types of portfolios for different kinds of clients gets better *risk* **x** *return* ratios. Various calculations are needed to make a diversified investment portfolio. In this case, agile robots come to the rescue, which automate accounts and automatically calculate how much of your money should go to all of this. They can work 24 hours a day, 7 days a week, with no breaks. Robots do not get tired, they do not sleep, and they work faster than any human.

As much as they are considered intermediaries, human accompaniment is necessary. Robo-arbitrators perform the same operations as humans, but automatically and without their own autonomy. Parameters must be defined for the process to go right.

Dispute resolution by robots is undoubtedly one of the biggest causes for concern. There are systems that claim to provide solutions to lawsuits, such as the robot Siarelis,[1] implemented by the Colombian public body Superintendencia de Sociedades de Colombia to resolve corporate disputes. The system, it says, asks the judge and his or her team a series of questions about the

1 https://www.ibanet.org/article/14AF564F-080C-4CA2-8DDB-7FA909E5C1F4

merits of the case being decided and automatically gives them the opinion. In addition to telling them whether or not they should accept the claimant motions, it also shows them the most significant court decisions in similar past cases.

For now, this robot acts as a guide for the judge, but it is possible that in the near future it will completely displace the judge and the same will happen with international arbitrators. One serious obstacle to this, however, is the fact that the decisions these systems make, even if they are correct, have no basis in fact. In other words, the robot simply makes a decision but does not explain the reasons for its conclusion in clear language, which is unacceptable for all judicial systems.

This is because people need to know the reasons why their case is decided one way or another, especially if the decision is not in their favor, because that is the only way to challenge the decision, if there is an opportunity to do so.

Another obstacle to the introduction of robo-arbitrators is that, in principle, machines do not have feelings, empathy, or any notion of justice beyond processed data and precedent. This can lead us to make correct but unfair decisions.

In addition, we must not forget that justice is not a simple algorithm, but a real human virtue, which in practice requires a complex analysis of the situations and circumstances of a particular case, as well as the facts and application of the law, in order to be able to find a balance in the company. Accordingly, at this point, the likelihood that a robot could take advantage of such a virtue and completely abandon human involvement in the resolution of a dispute seems improbable.

Leaving aside the question of whether artificial intelligence can replace us in the future, we would be on the wrong track now without appreciating the benefits and opportunities that this technology offers, especially since the developments described

are increasing the efficiency and transparency of international arbitration, which is certainly a long-expected development.

There are many various activities to develop artificial intelligence tools for online courts, arbitration and mediation. Some countries have made progress in developing artificial intelligence tools for online courts, arbitration, and mediation. The Potential of Artificial Intelligence in Dispute Resolution and, in particular, the mention that cross-border small disputes, which are difficult to resolve at present, can be resolved smoothly and efficiently in the near future with the help of Artificial Intelligence. The only way forward is for these cross-border cases of small value to be conducted by robo-judges/robo-arbitrators/robo-mediators, and for their decisions to be secured by the Social Credit System.[1] In the near future, the first advanced robots will be able to speak several languages, know the laws of different jurisdictions, and analyze a large volume of court decisions, allowing them to make correct and consistent decisions. Judges, arbitrators, and mediators must begin training their own robots to compete with other robots in the near future.

Currently, and for the foreseeable future, machines will not be able to act ethically. Ethical issues are key to the success of any arbitration institution designing and implementing online processes. Regardless of how cost-effective online arbitration may be, the developers of such online processes need to focus on the general principles of fair trial, as well as the ethical principles of ODR, such as accessibility, informed participation, and increasingly the evolving ethics of artificial intelligence, transparency, non-discrimination, user-controlled, and IT development, accountability, and data agency.

In addition, the quality of artificial intelligence is determined by the quality of algorithms and the quality and quantity of data available for mathematical analysis. Algorithms must be "trained" on data, and in this process algorithms and models are significantly adapted. It is the quantity and quality of data that

1 https://en.wikipedia.org/wiki/Social_Credit_System

determines the quality of artificial intelligence modules. Arbitrators or arbitration courts are unlikely to have enough data at their disposal to adequately train their robots.

A robo-judge cannot be fair because a robo-judge is not a human being and humans are not machines. At present, and for the foreseeable future, a robo-judge will be an advanced statistical machine operating on past data. Artificial intelligence will have a significant positive impact on achieving justice, but it may also have a dark side.

If we allow robo-judges to control human decision-making, then step by step people might start behaving like machines, and that is a big risk we have to prevent. One might ask: How so? And why such a development is negative? Some may hope that robo-judges will be less biased than humans, at this time the latter will feel vulnerable in the presence of centrally controlled robots.

We see a promising future for the online arbitration. Technology as a tool to help humans make decisions could allow people to have more influence over how their disputes are resolved and perhaps minimize issues of bias. Users would then have more options for dispute resolution and better control over their data than relying solely on robo-judges.

Technology is becoming the second "discipline," along with the law, to revitalize arbitration. This is not news and is not related to COVID-19, but certainly not being able to meet in person for months has removed much of the resistance to technology in ADR proceedings.

Artificial intelligence is here and now, and it would be unwise to ignore it. Instead, lawyers can use it as a tool to transform their services. Artificial intelligence in the legal field is done by transforming natural language into machine learning, driven by an algorithm - the mathematization of the task. We all help machine learning when we use Internet booking sites that

require us to show that “I am not a robot”. Perhaps traffic images unknown to us are being used to train autonomous vehicles.

Artificial intelligence is “ideal” for dispute resolution because its predictive factors allow parties to decide whether to settle. Ebay's online processes resolve 60 million disputes a year, and China has online courts - No Court Room. Other sites, such as Legal Utopia, help consumers identify legal problems and provide advice on how to solve them. The Company describes itself as a “LawTech” social enterprise focused on the use and application of artificial intelligence with a design approach to fulfill our mission of making law accessible to all.

They can extract meaning from documents, identify personal qualities such as unfairness, and look for patterns in disputes. This would free arbitrators from paperwork and allow them to do their own work. But for this to work, they will have to learn technology.

Accurate forecasting of time and money will lead to more accurate pricing, with law firms charging less for work done by machines and more for work requiring legal skills. Whether AI will replace lawyers and arbitrators may depend on the type of AI and the respective investments of the parties in technology. By 2050, there is a 50% chance of general AI. However, we believe that AI is automation and will not replace humans.

The computing power available exceeds our understanding. Would not it be great just to put all the documents submitted and prepared for a particular legal dispute into a machine, wait a few seconds - or, for starters, a few minutes - and get a decision or an arbitration award? Sounds attractive, does not it? Well, perhaps in the near future such a possibility will appear.

Almost all of us already use some form of technology in our work, whether it be laptops or computers, various search engines or virtual meetings software, sitting in our home offices around the world. Suspension of proceedings can create even more legal

problems, especially with regard to the financial situation of the parties. To solve these problems, artificial intelligence tools can contribute to a smooth and regular process. However, some of these tools are not yet available or are used infrequently, and there is certainly a specific amount of skepticism about the unknown. Are we ready for technology to take the place of judges and arbitrators, to adjudicate and ultimately decide our legal fates?

Thus, the most basic application of AI in arbitration or litigation is to help manage the vast amounts of documentation that previously had to be reviewed and checked by junior lawyers, assistant judges and attorneys.

All of these technologies can impact key participants in an arbitration proceeding. Another example is the digitalization of the arbitration process, where you can use electronic documents instead of sending hard copies. In arbitration cases, it is not uncommon sometimes to need 300 exhibits and a 200-page summary multiplied by five examples, because you have to send them to the whole court, whose members may be in different countries, and other lawyers - that is a lot of documents that have to be printed.

You can also hold hearings using a video platform. That way no one goes anywhere, everyone stays in their office and uses the online platform to conduct the hearing. Of course, this saves on costs.

This is extremely interesting for arbitration institutions because it also expands the arbitration market with lower cost disputes that historically have not been arbitrated because arbitration can sometimes be expensive.

From this perspective arbitrators can use these tools to make the research phase faster and more efficient.

Also, with the development of blockchain, we have what are called “smart contracts,” which automatically execute them-

selves. It is quite possible that a smart contract between me and the other party could agree that if we have a disagreement, it will be referred to an external robot with artificial intelligence for resolution. Thus, a fundamental question arises: Is arbitrage necessarily a human activity?

The general opinion is that this is extremely problematic from a legal point of view. We may wonder if it is even legal to have robots as arbitrators, first, because there is no legislation that explicitly considers such a possibility. It is not addressed in the current legislation because, of course, this issue is not envisioned as a possibility at the time they are drafted. And this creates a problem with the composition of the arbitral tribunal: some legislation defines arbitrators as persons, so by definition they cannot be robots. But in others, there is a "middle ground," and so the question remains unanswered.

One of the limitations of the possibility of transferring arbitration to AI will be the lack of harmonized legislation and differences in the forms of expression and consolidation of the norms of law of a particular state. For example, the system of the legislation of Great Britain, the USA, Canada, Australia, New Zealand allows inclusion of a precedent as a source of law in the AI, thereby recognizing the law-making function of arbitration. But what about, for example, the Romano-Germanic legal system, where the main source of law is a normative act. The existing differences can be solved within the framework of a specialized Convention, as well as the international regulator created on its basis.

Then there is the question of the form and content of the award itself. If a robo-arbitrator issues the decision in the form of a code, can it be considered an arbitral award? In France, for example, it would not be considered an award because the award must contain legal reasons, expressed in words, to justify it. There are also constitutional problems. A common limitation, of course, is our constitutions and fundamental rights convention. Nowadays due process means that you are entitled to a fair trial, and a

fair trial nowadays means that people consider your situation because people combine strict application of the law with more subtle considerations of fairness. And at this time, we do not think anyone would accept the legitimacy of robots as judges or arbitrators, because they are not human, they have no heart, and they do not resort to justice. So once an arbitration needs to be enforced outside of the blockchain, an arbitration award made by a robot will be considered invalid and therefore unenforceable.

Besides the debate if it is permissible to appoint robotic arbitrators, there is also general concern if the awards generated by the robots can be equated to man-madewards. Robots generate awards based on rule-based algorithm and machine-learning algorithms.

The result generated by the robot based on these algorithms are standard. The major drawback in robot generated awards are the requirement of reasons. Article 31(2) of the UNCITRAL Model Law[1] for instance requires arbitrators to state reasons upon which the award is based.

But now the more interesting question is, what if we do not need to enforce these smart contracts? After all, if the robot awards you 150 bitcoins, 150 bitcoins are automatically deducted from my account. It is simply done. There is no court to enforce the award - completely divorced from the court system and the constitution. And in this case, you do not have to seek anything in any court, because it will be enforced directly. So, it is a complete vicious circle. Does arbitration have to be human? We are all sitting comfortably in this room, but we have to think that 10 years from now people will be thinking very differently, and the idea of robo-arbitrators might be considered acceptable. We are all conditioned by our own cultural and historical context, and that may change over time. The problems are not just with blockchain, but with all new technologies. First, there is the problem of privacy. The generally accepted principle is that arbitration is confidential. However, turning to digital technology or artificial

1 https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration

intelligence involves, to some extent, human input in the end. People completely unrelated to the arbitration will program and process these technologies. This is a matter for the arbitral tribunal to decide, but a simple confidentiality agreement will suffice to protect the confidentiality of the proceedings.

There is also the question of due process, especially with the tools of predictive justice that we mentioned earlier. At present, these tools are not perfect because they tend to put the facts of the case and the reasoning of past courts almost on the same level. This may, to some extent, infringe on the fundamental right to be heard. Indeed, if arbitrators blindly follow the results of predictive justice tools, it infringes on the right of parties to be heard because there is a risk that arbitrators will give too much weight to precedents over the facts of the case. This applies not only to arbitration, but to judicial proceedings in general. If arbitrators or judges do not pay sufficient attention to the specific facts of the case and the statements of the parties, but follow precedents, this would be considered a violation of the principles of human rights and the right to be heard, which in all democracies is one of the basic principles of justice. And this is very interesting, because one of the big problems is the issue of controlling the proceedings. Some authors describe AI and these new technological tools as an additional arbitrator.

The question is, do these tools just help us make the decision, or do they make the decision themselves, and we just follow them because we trust them more than we trust humans? Paradoxically, as AI tools get better and better, the problems with humans will increase because we humans will attach more and more importance to what the robot says. A Robot cannot be wrong!

РОЛИ ЮРИСТОВ В МЕДИАЦИИ: ПРАКТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ И ВОЗМОЖНОСТИ

Фидана Алиева[*1]

Медиация с принятием Сингапурской конвенции по медиации 20 декабря 2018 года (полное название – Конвенция Организации Объединённых Наций о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации)[12] приобрела ещё большее признание, как со стороны потребителей этой услуги, так и со стороны юридического сообщества. Медиация всё чаще становится одной из услуг, предлагаемой арбитражными судами. 21 марта 2022 года государствами-членами Вашингтонской конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров были приняты отдельные правила по медиации для разрешения споров между государствами и инвесторами. До этой даты с 1965 года Конвенция содержала исключительно арбитражные правила и правила примирительной процедуры.

В настоящей статье рассматриваются основные роли представителей юридической профессии в медиации, включая

* Медиатор Азиатского банка развития, региональный медиатор Аппарата омбудсмена (Группа Всемирного банка), международный тренер “IM-CAMPUS” (Германия), основатель и медиатор Центра медиации и переговоров, судья международного конкурса по коммерческой медиации Международной Торгово-промышленной палаты (Париж), медиатор и арбитр МТС ТПП; с автором можно связаться по электронной почте: fidana.mediator@gmail.com.

1 Сингапурская конвенция по медиации, Организация Объединённых Наций, 2018, доступна на сайте: www.uncitral.un.org.

практические аспекты реализации этих ролей, а также их значимость в практике разрешения споров. К этим ролям относятся роли юриста, консультирующего по вопросам медиации, юриста, сопровождающего клиентов в медиации, а также медиатора-юриста.

Медиация не альтернатива, а полноценный механизм

Медиация представляет собой процесс разрешения споров, проводимый конфиденциально и по доброй воле сторон, при котором нейтральное лицо – медиатор, помогает сторонам прийти к взаимоприемлемому решению. Процедура медиации менее формальна, но при этом имеет определённую структуру, стадии и во многих странах закреплена законодательно, в том числе и в Кыргызской Республике. На сегодняшний день медиация применяется в коммерческих, семейных, трудовых, IT-спорах, а также в спорах между инвесторами и государствами. Медиация в мире имеет 40-летнюю историю развития. Медиации в Кыргызской Республике в этом году исполняется 10 лет. Закон Кыргызской Республики «О медиации» был принят 5 лет назад 28 июля 2017 года.

Медиацию, как и арбитраж, часто называют альтернативой судебному разбирательству, что в определённой степени искажает смысл и цель медиации. Альтернатива – второстепенный вариант на случай, если не сработает основной. Когда речь идёт о споре, сторонам однозначно не хочется рисковать и тратить своё время, поэтому они доверяют выбор способа разрешения спора своим юристам. Медиация, как арбитраж и как суд – это полноценный метод разрешения споров с конкретными инструментами, и выбирать её нужно тогда, когда на то есть воля сторон, подкреплённая рекомендацией юристов, и если спор медиабелен. Как было отмечено одним из судей Окружного суда округа Колумбии,

«определение наличия у конкретного дела медиативного потенциала это не наука, а искусство[1]». И действительно, на практике определение медиабельности дела требует определённых знаний и применения ряда медиативных техник.

Медиация уникальна тем, что она может быть внесудебной, досудебной и судебной. В случае судебной медиации на медиацию направляет стороны судья, и в большинстве стран с действующим законом медиации стороны не вправе отказаться от информационной встречи с медиатором. Надя Александер, профессор права Сингапурского университета управления называет медиацию «*свободой в рамках*»:[2] с одной стороны, процедура медиации регулируется, требует соблюдения определённых этических стандартов и профессиональной компетентности, с другой – характеризуется гибкостью и самоопределением сторон. Таким образом, медиация представляет собой хорошую возможность как для юристов, так и для их клиентов. Далее будут рассмотрены основные роли юриста в медиации.

Юрист, консультирующий по вопросам медиации

Одна из первоочередных ролей юриста – это помощь в выборе релевантного способа разрешения спора из таких способов, как медиация, арбитраж и судебное разбирательство. Согласно исследованию, проведённому среди юристов Литвы, Великобритании, Германии и Австрии, результаты которого отражают мнение 314 698 практикующих юристов этих стран, 19,94% респондентов рекомендуют медиацию, поскольку их клиенты сами принимают решение по спору, 17,46% - ввиду более короткой продолжительности

1 *Пун Г.* Руководство по медиации для корпоративных юристов, Издательство ООО «Межрегиональный центр управленческого и политического консультирования», Москва, 2012, стр. 21.

2 Alexander, Nadja Marie, *Mediation: The New Normal?* (December 4, 2020). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3742561 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3742561.

медиации в сравнении с другими способами разрешения споров, 15,58% - рекомендуют медиации своим клиентам, поскольку эта процедура более гибкая и менее формальная, 14,98% - считают медиацию более приемлемой по стоимости, 11,41% юристов рекомендуют медиацию в связи с конфиденциальностью процесса, 11,31% - поскольку в медиации минимизируется проявление негативных эмоций и снижается уровень психологического стресса и, наконец, 5,56% рекомендуют медиацию благодаря более высокой вероятности исполнения принятых в медиации решений.[1] Таким образом, есть несколько причин, по которым юристы при обращении к ним клиентов рекомендуют медиацию и в первую очередь это не меньшая стоимость, а такие преимущества медиации, как право на самоопределение, экономия времени и гибкость, а также меньшая формальность процедуры. Согласно результатам этого исследования среди причин, по которым юристы не рекомендуют медиацию, следующие: «другие», включая нарастающую эскалацию и обязательную медиацию, ясность в отношении того, что стороны не смогут договориться, если одна из сторон пытается затянуть процесс и злоупотребить медиацией, когда участие в медиации вызывает дополнительные расходы, немедиабельность спора, когда их клиент является недееспособным, умственно или психически отсталым, нежелание другой стороны участвовать в медиации, нежелание клиента нести ответственность за принятое решение в случае медиации – 27,98% респондентов, невозможность получения выгоды от медиации их клиентами – 24,09% ответивших, что только суд может принять верное решение – 15,80% респондентов, нежелание потерять более высокий доход, обеспеченный при выборе других методов разрешения споров – 10,62%, отсутствие знакомых медиаторов, которых они могли бы незамедлительно порекомендовать

1 Kraemer R. *Reasons Why Lawyers Recommend or Do Not Recommend Mediation to Their Clients.* Vilnius University Press, ISSN 1392-1274, eISSN 2424-6050, 2021, Vol. 120, pp. 155–166, DOI: https://doi.org/10.15388/Teise.2021.120.12

своим клиентам – 8,29% респондентов, отсутствие веры в медиацию – 7,77% и негативный прошлый опыт медиации – 5,44% респондентов.[1] Из вышесказанного можно сделать вывод, что медиация, как и другие способы разрешения споров, несмотря на многие преимущества, имеет ряд недостатков, и не всегда юристы рекомендуют своим клиентам прибегнуть к ней, отдавая предпочтение арбитражу или судебному разбирательству, что вполне естественно.

В случае с медиацией, юристу, к которому обратились за консультацией, прежде всего необходимо понять характер взаимоотношений между сторонами и их намерения в этой связи. Также важно понять, какое значение для сторон имеют репутационные риски и вопрос конфиденциальности. Согласно статье 1 Закона Кыргызской Республики «О медиации», медиация применяется к спорам, возникающим из гражданских, семейных и трудовых правоотношений, а также уголовно-правовых отношений[2]. Учитывая вышеперечисленное, а также, если для сторон не менее важны финансовая сторона вопроса и временные сроки, то медиация – это тот механизм, с которого стоит начать. Если всё-таки после рассмотрения этих вопросов юрист однозначно не может дать ответ по поводу применения медиации, то в этом случае необходимо оценить перспективы дела в суде, потенциал арбитража и медиации в данном споре и только потом принимать окончательное решение, связанное с выбором способа разрешения спора. В организациях и компаниях, предлагающих услуги арбитража и медиации, например, таких как JAMS[3], помощь в выборе способа разрешения спора оказывает кейс-менеджер. Также, такую помощь в

1 Kraemer R. *Reasons Why Lawyers Recommend or Do Not Recommend Mediation to Their Clients.* Vilnius University Press, ISSN 1392-1274, eISSN 2424-6050, 2021, Vol. 120, pp. 155–166, DOI: https://doi.org/10.15388/Teise.2021.120.12.

2 Закон Кыргызской Республики «О медиации» №161 от 28 июля 2017 г., доступен на сайте www.minjust.gov.kg.

3 JAMS – мировой лидер в сфере оказания услуг в области коммерческого арбитража и коммерческой медиации (США).

американских судах, к примеру, оказывают судьи на первом заседании, которое полностью посвящено выбору способа разрешения спора, а не разбирательству по существу дела.

Выбор медиатора – ещё одна особенность процедуры медиации, когда юристы сторон выбирают или рекомендуют своим сторонам выбрать того (ту), кто является авторитетом и профессионалом в области медиации. Стоит развеять сомнения касательно беспристрастности медиатора в случае, если один из юристов сторон знаком с медиатором. Медиатор решения не принимает, неважно, какой подход он (а) использует - фасилитативный, оценочный или другой. При применении оценочного подхода по согласованию между сторонами и их просьбе медиатор может предложить вариант (ы) решения или пределы суммы, в которых стороны могли бы достигнуть соглашения, но опять же, только стороны решают, соглашаться с предложенным вариантом или нет.

Сейчас в мировой правовой практике очень успешно развивается направление «*collaborative lawyering*» (правовая практика сотрудничества) и в этой связи медиация у юристов, выбирающих это направление, в приоритете. В этом случае их клиенты имеют право участвовать в фасилитативном процессе со всеми преимуществами самоопределения, сохраняя при этом право на юридическое представление своих интересов юристами.[1]

Также, говоря об этой роли юриста, необходимо отметить рекомендацию включать в договорные отношения медиативную оговорку, что в случае возникновения спора значительно облегчает процесс обращения к медиации, когда обе стороны в первую очередь обязаны обратиться к медиации, а также значительно сокращает затраты времени и ресурсов, связанные с выбором способа разрешения спора,

1 K. Douglas, B. Batalog, *The role of lawyers in mediation: insights from mediators at Victoria's Civil and Administrative Tribunal*. Monash University Law Review (Vol 40, No 3), p. 768.

поскольку он определён сторонами в договоре. Даже если медиативная оговорка не была заключена, у сторон есть право обратиться к медиации посредством заключения договора о проведении медиации с медиатором/организацией, оказывающей услуги по медиации. В случае наличия арбитражной оговорки, стороны также могут обратиться к медиации на любой стадии арбитражного разбирательства.

Юрист, сопровождающий своих клиентов в медиации

Ещё одна важная роль юриста в медиации – это сопровождение своего клиента в этом процессе. Нет необходимости сравнивать медиацию с судебным процессом, поскольку это две абсолютно разные по цели и процессуальным особенностям процедуры. Но полезным будет вспомнить, какова роль юриста в судебном процессе и особенности его (её) участия в суде. Цель судебного процесса – определить виновного. Основная роль юриста – защищать интересы своего клиента, доказать его правоту/невиновность. При этом юрист, несмотря на высокий профессионализм и многолетний опыт, может столкнуться с тем, что судья не примет его/её доводы как минимум, а как максимум дело затянется на неопределенное количество лет, и если в договоре с клиентом была указана определённая сумма гонорара с учётом предполагаемых сроков рассмотрения дела в суде, то юрист окажется проигравшей стороной с точки зрения временных затрат и гонорара, который не покроет даже минимально часы, потраченные на судебное разбирательство.

Что же предлагает медиация? В медиации, учитывая, что в большинстве случаев стороны соглашаются на медиацию, если готовы договариваться, всё происходит гораздо быстрее, и даже если невозможно предугадать количество сессий медиации, есть законодательно установленные сро-

ки на медиацию. Согласно статье 17 Закона Кыргызской Республики «О медиации»

> *«1. Сроки проведения медиации определяются договором о применении медиации и не могут превышать шестьдесят календарных дней. По соглашению сторон медиации срок проведения медиации может быть продлён, но не более чем на тридцать календарных дней.*
>
> *2. Медиация по спору, делу о проступке и уголовному делу, находящимся в производстве суда и третейского суда, должна быть завершена в срок до тридцати календарных дней. По взаимному согласию сторон и медиатора данный срок может быть продлён, но не более чем на тридцать календарных дней»*[1].

В медиации цель разрешения спора отличается от цели в судебном разбирательстве и арбитраже и заключается не в определении виновного и правого, а в том, чтобы помочь сторонам договориться на взаимовыгодных условиях в короткие сроки и с наименьшими затратами. Соответственно, основная задача юриста, сопровождающего своего клиента в медиации, не защищать, а представлять интересы своего клиента, а также консультировать по правовым вопросам, которые могут возникнуть в связи с проведением и результатами медиации. Таким образом, медиатор исполняет роль дирижёра в медиации, управляя процессом переговоров, а юристы сторон определяют «музыку», помогая своим клиентам выработать и применить переговорные стратегии, ориентированные на достижение соглашения с другой стороной.

Ещё одна отличительная особенность медиации – это более широкие гарантии конфиденциальности. Во многих законодательствах, включая Закон Кыргызской Республики «О

1 Закон Кыргызской Республики «О медиации» №161 от 28 июля 2017 г., доступен на сайте www.minjust.gov.kg.

медиации», предусмотрено, что информация, ставшая известной в медиации, не может быть разглашена и использована в дальнейших судебных или арбитражных разбирательствах. В частности, медиатор, сотрудники организации медиаторов не могут быть допрошены в качестве свидетелей о сведениях, ставших им известными в ходе информационной встречи и медиации[1]. Что же происходит часто на практике?

Если адвокаты приводят своих клиентов с готовым решением в голове, этот подход не работает ни в медиации, ни в суде. В случае судебного разбирательства решение абсолютно непредсказуемо. Адвокат одной стороны не может знать наверняка, какой козырь припасла в рукаве другая сторона. Даже если, предположим, что адвокат уверен в выигрыше дела в суде на 75%, практически же совершенно невозможно, чтобы дело было рассмотрено четыре раза и выиграно три раза. Вы либо выигрываете, либо проигрываете, и это решает суд, а не адвокаты сторон. Медиация же даёт свободу выбора и право на самоопределение в процессе принятия решений, конечно же, если вы готовы договариваться с другой стороной.

Всё, что происходит в медиации до фазы торгов, помогает сторонам лучше узнать предмет спора и получить ответы на вопросы, которые были неясны до медиации. Вся информация, полученная в процессе медиации, весьма полезна для юристов при оценке сильных и слабых сторон правовой позиции своих клиентов. Более того, сильные и слабые стороны позиций обычно выявляются уже на первой сессии медиации, даже несмотря на то, что медиатор ничего не комментирует в этом отношении.

1 Там же, Ст. 8, п.1.

Юрист-медиатор

И, наконец, ещё одна роль, которую успешно выполняют юристы, прошедшие профессиональное обучение медиации, — это непосредственно проведение медиации. Стоить отметить, что достаточно много среди медиаторов именно юристов, причём как тех, у кого есть опыт адвокатской деятельности, так и судей в отставке. Тем не менее и здесь есть свои особенности. *«Среди профессий, разрешающих споры, профессия медиатора – самая сложная, поскольку требует многих знаний и умений»*, - считает судья в отставке Жаклин Коннор, США[1]. Медиация – междисциплинарная область и требует знания не только права, но также психологии, дипломатии, экономики и других дисциплин. После семинара по медиации из 27 участников-юристов на вопрос «Кто из вас хотел бы стать медиатором?» утвердительно ответили пятеро[2]. Остальные участники нашли профессию медиатора достаточно сложной, но отметили, что с удовольствием сопровождали бы своих клиентов в медиации. В этом состоит ещё одна уникальная черта медиации: для сторон и их юристов процедура достаточно проста, для медиатора же не так просто помочь сторонам найти взаимоприемлемое решение, при этом не давая рекомендаций и советов, оставаясь нейтральным и независимым.

Кроме того, не каждый юрист, имеющий налаженную юридическую практику, нашедший свою зону комфорта в защите интересов своих клиентов в суде/арбитражном суде, пожелает обучаться новому направлению, продвигать себя в качестве медиатора, расширять свои навыки и компетенции и переходить от конкурирующего стиля в переговорах к сотрудничающему. Для этого, несомненно, должно быть не просто желание, но и намерение, которое у тех, кто всё

1 Выступление судьи Ж. Коннор перед участниками курса «Mediating Litigated Case». Лос-Анжелес, США. 31 июля 2018 г.

2 Семинар-практикум «Медиация как способ разрешения споров» для юристов в Международном Третейском суде при Торгово-Промышленной Палате Кыргызской Республики, ноябрь, 2020 г.

же выбирает путь медиатора, обычно связано с нежеланием бороться и доказывать правоту своего клиента там, где она не будет услышана, смутно представлять себе временные рамки того или иного судебного разбирательства, нерационально тратить свои ресурсы и не ценить ресурсы своих клиентов и при всём при этом знать, что «если мы не выиграем, то точно проиграем». В медиации одна сторона может выиграть только в том случае, если выиграет и другая сторона, и никто не проиграет, даже если стороны не договорятся.

С. Уолкер, адвокат и аккредитованный медиатор (Великобритания) рекомендует, прежде чем становиться медиатором, вспомнить изречение Сократа *«неизученная собственная жизнь имеет небольшую ценность»* и задать себе следующие вопросы:[1]

1) Почему я хочу стать медиатором?
2) Где я хочу быть через три года?
3) Каким образом я могу достичь того, чего хочу?
4) Сколько финансовых средств и энергии мне необходимо вложить в карьеру медиатора?
5) Почему я лично выбрал(а) бы себя в качестве медиатора?
6) Как я справляюсь с возражениями?

Если после ответа на перечисленные вопросы желание стать медиатором остаётся прежним, возможно, действительно есть смысл попробовать себя в этой профессии. Кстати, следует отметить, что медиатор – это специалист, который умеет задавать очень хорошие вопросы, а не просто красиво и грамотно говорить. Часто юристы, прошедшие базовый курс медиации, отмечают полезность применения медиативных навыков в своей работе, даже в адвокатской деятельности.

1 S. Walker, *Setting Up In a Business As a Mediator*, Bloomsbury Publishing Plc, 2020, p. 39.

Заключение

Каждая роль юриста в медиации, рассмотренная в настоящей статье, имеет большое значение в совершенствовании системы разрешения споров. Не каждый юрист мечтает стать медиатором, но, без сомнений, каждый юрист желает заниматься тем делом, которое не только приносит стабильный финансовый доход, но и обеспечивает удовлетворение клиентов, удовольствие от выполнения своей работы, а достижение результатов юриста, сопровождающего своих клиентов в медиации, очень перспективно.

Медиация открывает новые профессиональные горизонты для представителей юридической профессии. Во-первых, наличие медиации в арсенале способов разрешения споров расширяет возможности выбора, что, в свою очередь, положительно влияет на качество разрешения споров. Во-вторых, гибкость процедуры медиации позволяет выстраивать процесс наиболее комфортным для юристов и их клиентов образом, создавая естественные условия для достижения соглашения между сторонами спора. И в-третьих, принцип конфиденциальности, закреплённый законодательно, делает процедуру медиации ещё более привлекательной для представителей юридической профессии, предотвращая всякую вероятность проигрыша.

МЕДИАЦИЯ

Анастасия Фольц (Волосатова) *[1]

С тех пор как появились конфликты, люди прибегают к различным способам их разрешения. Одним из способов разрешения конфликтов является медиация. Представляется, что медиация существует столько, сколько существую конфликты. Для разрешения конфликтов стороны обращаются в суды, арбитраж, ведут переговоры. Медиация - особый вид переговоров, т.к. сам процесс медиации проходит с участием третьей нейтральной стороны, т.е. на сегодняшний день это специально обученный человек, который сопровождает процесс примирения.

В течение времени медиация претерпевала много изменений принципов и способов медиации, но цель оставалась неизменной - примирить стороны с участием нейтральной стороны – медиатора.

Медиация в её современном понимании начала развиваться во второй половине двадцатого столетия в США, Австралии, Великобритании, а позже начала распространяться и в Европе. Первые процедуры медиации чаще применялись при разрешении споров в области семейных отношений. Впоследствии медиация получила широкое применение при разрешении конфликтов и споров в трудовых отношениях, коммерческих, уголовных, и к настоящему времени

* Арбитр МТС ТПП, Главный юрист ОсОО ЮА «VERITAS», адвокат, медиатор; с автором можно связаться по электронной почте: anastasia1978_2000@mail.ru.

имеет успех при разрешении вопросов со сложными многосторонними конфликтами.

Сейчас институт медиации успешно функционирует во многих странах мира. При этом в ряде стран медиация достигла высокого уровня востребованности, что требует её законодательного регулирования.

В Кыргызской Республике 28 июля 2017 года был принят Закон Кыргызской Республики «О медиации»[1], что даёт возможность применения медиации во многих сферах при разрешении конфликтов.

Таким образом, Кыргызстан является одной из немногих стран мира, где профессия медиатора внесена в перечень профессий и где действует закон о медиации, который регулирует подготовку медиаторов и их работу.

Положительный опыт других стран позволяет говорить о наличии перспектив развития и применения института медиации как одного из альтернативных способов урегулирования споров, направленного на повышение уровня охраны прав и законных интересов граждан и организаций.

Рост примирительных процедур является одним из приоритетных направлений совершенствования существующих в Кыргызстане инструментов разрешения споров и защиты нарушенных прав физических и юридических лиц.

В сравнении с привычными способами разрешения споров, например, судебным способом, медиация имеет отличительные особенности, к числу которых можно отнести:

1) Ускоренные сроки разрешения спора. Процедуре медиации не свойственны привычные для судебного процесса длительные процедуры, особенности документооборота и сложные процессуальные нормы. Стороны медиации стремятся к скорейшему и взаимовыгодному разрешению спора, и, соответ-

1 http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ru-ru/111668

ственно, стараются приложить все возможные усилия для быстрого разрешения конфликта.

2) Приемлемый для многих подход. Медиатор может посредничать при разрешении любых споров. При проведении процедуры медиации медиатор основывается в большей степени на интересах сторон, а не только на требованиях закона, с учётом норм морали, нравственности и личного жизненного опыта.

3) Процедура медиации выгодна с точки зрения финансовых и временных затрат. Деятельность медиатора осуществляется на платной и на бесплатной основах. При этом стороны не несут затрат на судебные расходы (оплата государственной пошлины, командировочные, транспортные и иные расходы). Процедура медиации помогает сэкономить деньги, время и эмоциональные силы участников конфликта, поскольку проводится в удобное для сторон время в выбранном сторонами месте. Отсутствие элементов, присущих судебному разбирательству, таких как процессуальная форма и судебная атрибутика, создаёт психологический комфорт для сторон спора, атмосферу доверия и сотрудничества.

4) Процедура контролируема. В отличие от суда, где спор конфликтующих сторон рассматривает назначенный судья, в процедуре медиации стороны добровольно заключают соглашение, сами выбирают медиатора и определяют порядок проведения медиативной процедуры. В процессе медиации стороны самостоятельно приходят к устраивающему их результату примирения, в отличие от судебного разбирательства, в котором решение принимает судья.

5) Исполнимость решения более вероятна. Медиатор настроен на эффективный поиск решений, достижение сторонами компромисса, обоюдовыгодного, который бы сочетал интересы всех заинтересован-

ных в споре лиц, и решает вопрос таким образом, чтобы они остались довольны итогом разрешения конфликта. Такому подходу способствует то, что медиатор при проведении процедуры медиации не нацелен на выяснение, кто прав, а кто виноват, не определяет выигравших и проигравших. Стороны конфликта сами находят компромиссное решение, удовлетворяющее их интересы.

Медиация признана эффективным инструментом при разрешении конфликтов различной сложности, категорий и разных уровней по всему миру. Сейчас существует множество подходов и разновидностей медиации, но в первую очередь основной задачей медиатора является сохранение и реализация основных принципов медиации.

В статье 3 Закона Кыргызской Республики «О медиации» закреплены основные принципы медиации – принцип добровольности, сотрудничества и равноправия сторон медиации, нейтральности медиатора, конфиденциальности.

Также медиаторы при проведении медиации остаются беспристрастными и нейтральными, обеспечивает прозрачность процедуры, принятие и уважение сторон медиатором и сторонами друг друга.

Таким образом, медиация - наиболее мягкая форма альтернативного разрешения споров, в ходе которой стороны, находящиеся в конфликте, самостоятельно приходят к взаимоприемлемому решению, опираясь на опыт, знания и умения медиатора. Разрешение спора полностью зависит от воли самих спорящих, а не от воли третьей стороны, как это происходит в суде.

Для наглядности приведем таблицу, из которой явно видна разница между рассмотрением спора в суде и при проведении процедуры медиации.

Суд	Медиация[1]
Процесс может начаться и вопреки воле одной из сторон	Процедура медиации подразумевает добровольность
Судья назначается	Медиатор выбирается
Решение принимается в строгом соответствии букве закона	Решение принимается с учётом интересов сторон, но в рамках закона
Суд наделён властными полномочиями	Медиатор не имеет властных полномочий и лишь способствует выработке решения
Длительная и формализованная процедура	Ускоренная и неформальная процедура
Публичность процесса	Конфиденциальность
Состязательность сторон	Сотрудничество сторон

Как и когда заканчивается процедура медиации?[1]

Ответ на этот вопрос содержится в статье 23 Закона Кыргызской Республики «О медиации»:

> *«Медиация прекращается в случаях:*
>
> *1) подписания сторонами медиативного соглашения - со дня подписания такого соглашения;*
>
> *2) установления медиатором обстоятельства, исключающего возможность урегулирования спора путём медиации, - со дня установления такого обстоятельства;*

1 https://mediacia.com/what-is-mediation/

3) письменного отказа одной, нескольких или всех сторон от медиации в связи с невозможностью урегулирования спора путём медиации - со дня подписания сторонами письменного отказа;

4) письменного отказа одной из сторон от продолжения медиации - со дня направления медиатору и другой стороне письменного отказа;

5) истечения срока проведения медиации - со дня его истечения с учётом требований настоящего Закона;

6) смерти одной из сторон, являющейся физическим лицом, или ликвидации одной из сторон, являющейся юридическим лицом, - со дня смерти или регистрации прекращения деятельности юридического лица».

Международный третейский суд при Торгово-промышленной палате Кыргызской Республики идёт в ногу со временем и старается максимально удовлетворить запросы сторон для урегулирования споров альтернативными способами. Так, Решением Наблюдательного совета МТС ТПП от 12 октября 2018 года был утверждён Регламент[1] проведения медиации.

Арбитры при рассмотрении споров поступающих на рассмотрение в МТС ТПП перед началом устных слушаний предлагают сторонам пойти на информационную встречу с медиатором. Информационные встречи со сторонами проводятся медиаторами для: выяснения позиций сторон; определения необходимых, относящихся к спору, документов; предварительного определения условий, требований и пожеланий сторон к проведению медиации и её результатам; выяснения мнения сторон о предполагаемом времени, необходимом для проведения и завершения медиации; определения места и времени начала проведения медиации (статья 10 Регламента проведения медиации МТС ТПП).

1 http://www.arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=134

Если на информационной встрече стороны выражают желание провести процедуру медиации, то между сторонами заключается договор о применении медиации, в котором устанавливаются размер, порядок уплаты и распределения между ними сборов и расходов в связи с проведением медиации в той мере, в какой это допускается настоящим Регламентом и Положением о сборах и расходах, сроки проведения медиации и другие важные для сторон положения.

Медиация прекращается в МТС ТПП по тем же основаниям, которые предусмотрены в Законе Кыргызской Республики «О медиации» и закреплены в Регламенте проведения медиации МТС ТПП.

В статье 14 Регламента проведения медиации МТС ТПП предусмотрены обязательные условия, которые должны быть отражены в медиативном соглашении, в статье 15 Регламента проведения медиации МТС ТПП - исполнение медиативного соглашения. Как показывает практика медиаторов из других стран, сроки, способы и порядок исполнения медиативного соглашения желательно подробно расписывать непосредственно в нём.

Конечно, во всех случаях обращения к медиатору самый оптимальный и желаемый результат окончания процедуры медиации — это подписание сторонами медиативного соглашения, и именно к нему медиатор старается привести стороны. Но также необходимо отметить и тот факт, что даже если стороны конфликта не подпишут медиативное соглашение, то в дальнейшем проведённая процедура медиации даёт возможность сторонам лучше понять друг друга и возможность заключить мировое соглашение непосредственно уже в суде.

АРБИТРАЖ
НА РУБЕЖЕ ПЕРЕМЕН:
традиции, технологии, тренды

Бишкек, издательство «Турар»

Ответственный редактор *Н.Б.Алёнкина*
Компьютерная верстка *А.Борисова*

Подписано в печать 11.09.2022
Формат бумаги 60х84 $^{1}/_{16}$. Объём 22 п.л.
Тираж 250 экз. Заказ №2227

Отпечатано в типографии издательства «Турар»
720031, г.Бишкек, ул. М.Горького, 1