



# CHAMBER OF ARBITRATORS

Издание о международном арбитраже

Сегодня в номере:

---

Котел О.Н.: Особенности рассмотрения споров  
согласно новому арбитражному регламенту  
Палаты арбитров при Союзе юристов

Зыков Р.О.: Санкции и арбитраж

Ma Xinguo: Introduction of China's arbitration system

№ 1 2021  
январь-июнь

## РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ



**Алексей Анищенко**  
Sorainen, партнер, Минск



**Виталий Крейдич**  
Спортивный третейский суд, заместитель председателя, Минск



**Андрей Вашкевич**  
Lex Torre, партнер, Минск



**Анна Козьменко**  
партнер практики разрешения международных споров, глава группы по работе со странами СНГ Schellenberg Wittmer, Цюрих



**Дмитрий Давыденко**  
МГИМО МИД России, доцент, Москва



**Александр Коробейников**  
Baker McKenzie, партнер, Алматы



**Роман Зыков**  
Арбитражная ассоциация, генеральный секретарь, Mansors, управляющий партнер, Москва



**Елена Перепелинская**  
Integrites, партнер, Киев



**Виктор Каменков**  
Международный научно-образовательный центр медиации, примирения и третейских процедур Белорусского государственного университета, директор, Минск



**Ма Синго**  
TeamSource, директор международного отдела, Гуачжоу



**Алексей Корочкин**  
Палата арбитров, председатель, Бюро 24, партнер, Минск

Главный редактор: **Виталий Крейдич**

Заместители главного редактора: **Валерия Дубешко, Кристина Ивашкова**

Учредитель:

**Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов»**

Адрес: 220029, Республика Беларусь, г. Минск, ул, А.Пашкевич, 9-5Н

E-mail: [info@arbchamber.by](mailto:info@arbchamber.by)

## СОДЕРЖАНИЕ

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО.....	3
ПАЛАТА АРБИТРОВ - (СТАРЫЙ) НОВЫЙ ИНСТИТУТ АРБИТРАЖНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ	
<b>Корочкин Алексей</b> .....	4
ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ СОГЛАСНО НОВОМУ АРБИТРАЖНОМУ РЕГЛАМЕНТУ ПАЛАТЫ АРБИТРОВ ПРИ СОЮЗЕ ЮРИСТОВ	
<b>Котел Оксана</b> .....	7
ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКУМЕНТЫ И АРБИТРАЖ В БЕЛАРУСИ	
<b>Вашкевич Андрей</b> .....	15
САНКЦИИ И АРБИТРАЖ	
<b>Зыков Роман</b> .....	22
КОНЦЕПЦИЯ РЕНЕССАНСА АРБИТРАЖНЫХ, АЛЬТЕРНАТИВНЫХ И СОКРАЩЕННЫХ ФОРМ РАЗРЕШЕНИЯ И РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНФЛИКТОВ	
<b>Каменков Виктор</b> .....	42
РАСКРОЙТЕ КАРТЫ: НОВЫЙ ВЗГЛЯД НА НЕЗАВИСИМОСТЬ И БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ?	
<b>Павловская Вероника</b> .....	50
АРБИТРАЖ КАК МЕХАНИЗМ РАЗРЕШЕНИЯ ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ СПОРОВ МЕЖДУ ПРЕДПРИЯТИЯМИ БЕЛАРУСИ И ГОСУДАРСТВ ЦЕНТРАЛЬНО-АЗИАТСКОГО РЕГИОНА	
<b>Путилин Илья</b> .....	56
RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENTS INTERNATIONALLY: ENHANCING THE USE OF ARBITRATION	
<b>Davydenko Dmitry</b> .....	70
INTRODUCTION OF CHINA’S ARBITRATION SYSTEM	
<b>Ma Xinguo</b> .....	73



## ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Дорогие друзья!

Мы рады сообщить Вам об учреждении Международным арбитражным (третейским) судом «Палата арбитров при Союзе юристов» специализированного издания – «Chamber of Arbitrators», посвященного вопросам международного арбитража.

Редакция журнала «Chamber of Arbitrators» совместно с нашими авторами, прилагает максимальные усилия для того, чтобы поделиться с Вами лучшим мировым опытом.

Уважаемые читатели, Вы видите перед собой первый номер журнала «Chamber of Arbitrators», но мы уверены, что он станет периодическим.

В этом номере собраны статьи как видных арбитражных практиков Беларуси и стран СНГ, так и материалы авторов, только делающих свои первые шаги на поле арбитражных баталий. Мы планируем публиковать статьи на русском, белорусском и английском языках и уже в этом номере Вы можете ознакомиться с англоязычной статьей об арбитраже в Китае.

Всех профессионалов и любителей международного арбитража приглашаем к увлекательному чтению, конструктивной критике и публикации своих материалов, которые могут оказаться бесценными для Ваших коллег.

Мы уверены, что материалы журнала «Chamber of Arbitrators» будут способствовать широкой популяризации арбитража и формированию современного проарбитражного бизнес-сообщества, а наши с Вами совместные усилия придадут новый импульс продвижению арбитражной науки и практики.

С почтением,

Председатель Международного  
арбитражного (третейского) суда  
«Палата арбитров при Союзе юристов»

Алексей Корочкин

Главный редактор журнала  
«Chamber of Arbitrators»

Виталий Крейдич



ПАЛАТА АРБИТРОВ (СТАРЫЙ) НОВЫЙ ИНСТИТУТ  
АРБИТРАЖНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ СПОРОВ

**Корочкин Алексей Юрьевич,**

*Председатель Палаты арбитров,*

*Старший партнер Юридической группы «Бюро24»,*

*к.ю.н., доцент*

Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов» (далее – Палата арбитров) был создан в 2009 году на основе Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 года № 297-З «О международном арбитражном (третейском) суде». Пройдя свой период проб и ошибок, в 2020 году деятельность Палаты арбитров приобрела новое дыхание.

Первым шагом на пути обновления Палаты арбитров стало реформирование состава Президиума. В обновленный состав Президиума Палаты арбитров вошли:

**Корочкин Алексей Юрьевич** – председатель Палаты арбитров;

**Чайчиц Виктор Иванович** – заместитель председателя Палаты арбитров, Председатель Белорусской республиканской коллегии адвокатов, член Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь;

**Анищенко Алексей Иванович** – партнер Адвокатского бюро «Сорайнен» (Республика Беларусь);

**Вашкевич Андрей Станиславович** – партнер Адвокатского бюро «Лекс Торре» (Республика Беларусь);

**Зыков Роман Олегович** – генеральный секретарь Российской Арбитражной Ассоциации, партнер юридической фирмы Mansorgs, кандидат юридических наук (Российская Федерация);

**Козьменко Анна Владимировна** – партнер юридической фирмы Schellenberg Wittmer (Швейцария);

**Коробейников Александр Викторович** – партнер юридической фирмы BakerMcKenzie (Республика Казахстан);

**Котел Оксана Николаевна** – партнер Адвокатского бюро «Горецкий и партнеры» (Республика Беларусь);

**Мицкевич Светлана Николаевна** – управляющий партнер Адвокатского бюро «МБПраво» (Республика Беларусь);

**Перепелинская Елена Сергеевна** – партнер, глава практики международного арбитража в странах СНГ в юридической фирме Integrites (Украина).

Был значительно обновлен рекомендательный список арбитров Палаты арбитров. При формировании рекомендательного списка особое внимание обращалось на опыт и профессионализм потенциальных кандидатов, а также на специализацию арбитров, для того, чтобы стороны арбитражного разбирательства могли найти в рекомендательном списке специалиста в любой отрасли права, тем либо иным образом связанной с внешнеэкономической деятельностью.

На день подготовки настоящей статьи в Рекомендательном списке Палаты арбитров состоит 88 арбитров, представляющих 18 юрисдикций, а также 12 юридических компаний, входящих в рейтинг GAR 100. Более 43% арбитров являются представительницами прекрасного пола, что дает нам все основания говорить о том, что наш Рекомендательный список арбитров является одним из самых красивых на пространстве СНГ.

Палатой арбитров подписано Equal Representations in Arbitration Pledge, в соответствии с которым Палата арбитров стремится увеличить на основе равных возможностей количество женщин, назначаемых в качестве арбитров, чтобы добиться справедливого представительства женщин в арбитраже.

В конце 2020 года была принята новая редакция арбитражного регламента Палаты арбитров. Регламент Палаты арбитров основан на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ, принятом в 1976 году и пересмотренном в 2010 году. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ хорошо известен во всем мире и Палата арбитров намерена придерживаться ранее сформированной практики его применения.

На сегодняшний день Палата арбитров ставит перед собой следующие цели:

- стать лучшим региональным арбитражным институтом в Восточной Европе;
- предоставить бизнесу лучшую альтернативу разрешению споров в государственных судах;
- сформировать про-арбитражную среду в профессиональном и бизнес-сообществе.

Палата арбитров выстраивает свою деятельность на основании следующих принципов:

**нейтралитет и беспристрастность.** Белорусский республиканский союз юристов и непосредственно Палата арбитров являются абсолютно независимыми от государственных органов, субъектов хозяйствования либо союзов, ассоциаций юридических лиц – и могут обеспечить независимое беспристрастное рассмотрение споров, что уже доказано на примере работы Спортивного третейского суда, который успешно функционирует на базе Союза юристов;

**современность.** Постоянное стремление к совершенству является одной из главных ценностей Палаты арбитров. Наш потенциальный потребитель должен четко понимать, что, прописывая сегодня в контракте арбитражную оговорку, предусматривающую возможность передачи споров на разрешение Палаты арбитров, субъект хозяйствования

и через 4-5 лет сможет обратиться за разрешением споров в современный арбитражный институт, который будет соответствовать требованиям времени, а не застрянет где-то в прошлом. Одной из гарантий данного утверждения как раз таки и является персональный состав Президиума и рекомендательного списка Палаты арбитров;

**гибкость.** Предоставленная Регламентом возможность составления арбитрами процессуальных графиков, учитывающих пожелания сторон, способна значительно повысить оперативность и гибкость арбитражного разбирательства. При установлении процессуального графика состав арбитража может с учетом мнения сторон ограничить количество раундов обмена письменными заявлениями сторон и объём таких заявлений, а также установить сроки их подачи, сроки и порядок проведения устных слушаний по делу;

**эффективность и качество.** Палата арбитров намерена исходить из необходимости поддерживать высокое качество принимаемых решений. При вынесении решений арбитры Палаты арбитров принимают во внимание все необходимые обстоятельства, которые могут повлиять на исполнение арбитражного решения. Предположение и предупреждение возможных споров относительно наличия оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений еще на стадии арбитражного разбирательства является ключевым требованием, предъявляемым Палатой арбитров к сформированному составу арбитража;

**транспарентность.** Палата арбитров намерена в дальнейшем с разрешения сторон спора публиковать неконфиденциальные аспекты принимаемых решений, статистику назначения арбитров, скорости рассмотрения дел и подготовки итоговых документов. В настоящее время средний срок рассмотрения дел составляет 2,5 месяца, срок подготовки и подписания итогового постановления по результатам рассмотрения дела – 11 дней.

## ОСОБЕННОСТИ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ СОГЛАСНО НОВОМУ АРБИТРАЖНОМУ РЕГЛАМЕНТУ ПАЛАТЫ АРБИТРОВ ПРИ СОЮЗЕ ЮРИСТОВ

**Котел Оксана,**

*партнер адвокатского бюро «Горецкий и партнеры»,*

*член Президиума Международного арбитражного (третейского)  
суда «Палата арбитров при Союзе юристов»*



### Общие сведения

С каждым годом в мире растет количество споров, которые рассматриваются в международных арбитражных судах. Белорусские компании также передают на рассмотрение арбитража споры с контрагентами, однако чаще делают выбор в пользу постоянно действующих арбитражных судов, находящихся на территории Беларуси. Стоит отметить, что белорусская правовая система и государственные суды Республики Беларусь довольно лояльны к арбитражу.

Беларусь является участницей Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года<sup>1</sup> и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года. Государственные суды ориентированы на признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений на территории Республики Беларусь.

В 1999 году принят Закон Республики Беларусь о международном арбитражном (третейском) суде («Закон о МАС»), который практически полностью основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 года. Закон о МАС является основным нормативным правовым актом, который регулирует порядок создания и деятельности международных арбитражных судов (постоянно действующих и арбитражей ad hoc), находящихся на территории Республики Беларусь.

В нашей стране существуют два постоянно действующих международных арбитражных суда, деятельность которых регулирует Закон о МАС: Международный арбитражный суд при БелТПП («МАС при БелТПП»)<sup>2</sup> и Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов» («Палата арбитров»)<sup>3</sup>.

МАС при БелТПП создан в 1994 году Белорусской торгово-промышленной палатой и в настоящее время является широко востребованным среди белорусских и иностранных компаний. В спорах, которые рассматривает МАС при БелТПП, как правило, одной из сторон является белорусская компания.

Палата арбитров создана в 2010 году Общественным объединением «Белорусский

1 При ратификации Нью-Йоркской конвенции Беларусь сделала заявление о том, что будет применять положения данной конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками конвенции, лишь на условиях взаимности.

2 <https://iac.by/>.

3 <http://arbchamber.by/>.

республиканский союз юристов», однако только сейчас начинает нарабатывать свою практику разрешения споров.

В 2020 году Президиум Палаты арбитров утвержден в новом составе, куда вошли партнеры ведущих юридических фирм Беларуси, России, Украины, Казахстана и Швейцарии. В конце 2020 года Президиум Палаты арбитров утвердил новую редакцию арбитражного регламента, которая вступила в силу с 1 января 2021 года («**Регламент Палаты арбитров**»)<sup>4</sup>. Регламент Палаты арбитров преимущественно основан на Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ 2010 года в целях обеспечения максимальной эффективности процедуры рассмотрения гражданско-правовых споров с участием белорусских и иностранных компаний в сфере бизнеса.<sup>5</sup>

Все эти изменения, на наш взгляд, позволяют в настоящее время рассматривать Палату арбитров в качестве достойной альтернативы МАС при БелТПП.

### **Арбитрабельность споров**

В силу Закона о МАС на рассмотрение Палаты арбитров могут передаваться только гражданско-правовые споры экономического характера<sup>6</sup>. При этом любые налоговые, таможенные, административные и иные публично-правовые споры являются неарбитрабельными.

В белорусском законодательстве нет ограничений для передачи в арбитраж корпоративных споров, имеющих гражданско-правовой характер (споры между акционерами/участниками между собой или с обществом по условиям учредительства), а также споров по договорам на разработку программных продуктов, лицензионных договоров или договоров уступки исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

### **Преимущества рассмотрения споров по Регламенту Палаты арбитров**

Основными преимуществами рассмотрения споров по обновленному Регламенту Палаты арбитров являются:

- оперативность рассмотрения дел;
- умеренный размер регистрационного и арбитражного сбора<sup>7</sup>;
- прозрачная структура арбитражных расходов<sup>8</sup>;
- презумпция распределения между сторонами расходов на оплату арбитражного сбора в равных долях;
- право состава арбитража (по просьбе истца и с учетом обстоятельств

4 <http://arbchamber.by/документы/регламент>.

5 Порядок назначения органов Палаты арбитров и принятия ими решений, а также их компетенция в процессе арбитражного разбирательства подробно описаны в Приложении 1 к Регламенту Палаты арбитров.

6 В арбитраж по соглашению сторон могут передаваться гражданско-правовые споры между любыми юридическими и физическими лицами, возникающие при осуществлении внешнеэкономических и иных видов международных экономических связей, если местонахождение или местожительство хотя бы одной из сторон находится за границей Республики Беларусь, а также иные споры экономического характера, если это не запрещено законодательством Республики Беларусь.

7 Ставки регистрационного и арбитражного сбора содержатся в Приложении 2 к Регламенту Палаты арбитров.

8 Порядок направления административного и арбитражного сбора на покрытие расходов Палаты арбитров и оплату гонораров арбитров подробно описан в Приложении 2 к Регламенту Палаты арбитров.

конкретного дела) вынести отдельное арбитражное решение (независимо от рассмотрения спора по существу) о взыскании с ответчика в пользу истца уплаченной им за ответчика части арбитражного сбора;

- право состава арбитража определить процессуальный график арбитражного разбирательства (сроки и количество раундов обмена процессуальными документами между сторонами, четкие даты и формат проведения устных слушаний, возможность проведения устных слушаний с использованием видео-конференц-связи и т.п.);
- широкие полномочия состава арбитража по эффективному ведению арбитражного разбирательства;
- утверждение рекомендательного списка арбитров, куда в настоящее время входят 88 арбитров, представляющих 18 юрисдикций, а также 12 крупных международных юридических компаний, входящих в рейтинг GAR 100<sup>o</sup>;
- возможность признания и приведения в исполнение арбитражных решений Палаты арбитров на территории других стран – участниц Нью-Йоркской конвенции, а также возможность получения исполнительного документа (без процедуры признания) на принудительное исполнение арбитражных решений на территории Республики Беларусь.

## Этапы арбитражного разбирательства

В процедуре рассмотрения споров по Регламенту Палаты арбитров можно выделить несколько основных этапов.

### 1. *Начало арбитражного разбирательства*

Для инициирования арбитражного разбирательства истец по почте или нарочным направляет в Палату арбитров исковое заявление. В исковом заявлении истец указывает данные об ответчике; арбитражное соглашение, ставшее основой для обращения в арбитраж; правоотношение, из которого возник спор; краткое описание требований и испрашиваемое средство правовой защиты; а также предложения относительно числа арбитров, языка и места арбитражного разбирательства.

Кроме того, в момент подачи искового заявления истец уплачивает регистрационный сбор в размере, предусмотренном п. 1.1 Приложения 2 к Регламенту.

В течение 5 дней со дня получения искового заявления Председатель Палаты арбитров («**Председатель**») принимает решение о принятии искового заявления и направляет определение о принятии искового заявления, копию самого заявления и копию Регламента ответчику. Если исковое заявление не соответствует требованиям Регламента, Председатель устанавливает срок, в течение которого истец должен устранить соответствующие недостатки.

Ответчик, в свою очередь, в течение 15 дней со дня получения искового заявления направляет в Палату арбитров ответ на исковое заявление, в котором высказывает свою позицию по вопросам, поднятым истцом в исковом заявлении. Кроме того, в ответе на исковое заявление ответчик имеет право заявить об отсутствии у состава арбитража компетенции по рассмотрению спора, а также предъявить истцу встречные требования.

Обмен процессуальными документами на этапе начала арбитражного разбирательства осуществляется главным образом для урегулирования процессуальных вопросов с целью наиболее оперативного формирования состава арбитража и не предполагает подробного изложения позиций сторон по существу дела, а также не требует от сторон приложения к иску и ответу на иск подтверждающих документов.

В то же время Регламент предоставляет любой из сторон право изложить в исковом заявлении или ответе на него все обстоятельства дела, правовые основания и аргументы, подтверждающие позицию стороны, приложить соответствующие подтверждающие документы и не представлять дополнительно детализированное исковое заявление или возражения на него непосредственно в ходе арбитражного разбирательства.

## *II. Формирование состава арбитража*

После получения ответа на исковое заявление от ответчика или по истечении 15-дневного срока для такого ответа, если от ответчика не поступил ответ на исковое заявление, Палата арбитров приступает к формированию состава арбитража.

Если стороны не пришли к соглашению о числе арбитров в арбитражном соглашении или в ходе обмена процессуальными документами на этапе начала арбитражного разбирательства, то число арбитров определяет Председатель, принимая во внимание сложность дела, сумму требований и иные обстоятельства.

Если дело должно рассматриваться единоличным арбитром и стороны не пришли к соглашению о кандидатуре арбитра в ходе обмена процессуальными документами, то единоличного арбитра назначает Председатель из числа арбитров, включенных в Рекомендательный список.

Если дело должно рассматриваться коллегией из трех арбитров, каждая сторона назначает по одному арбитру. Назначенные таким образом два арбитра избирают из числа арбитров, включенных в Рекомендательный список, третьего арбитра, который выступает в качестве арбитра-председателя. В случае, если одна из сторон или арбитры в установленный срок не принимают решение о назначении арбитра или арбитра-председателя, то такого арбитра или арбитра-председателя назначает Председатель из числа арбитров, включенных в Рекомендательный список.

Если в качестве истца или ответчика выступают несколько сторон, то, за исключением случаев, когда стороны договорились об ином способе назначения арбитров, несколько сторон совместно, будучи либо истцом, либо ответчиком, назначают одного арбитра.

Регламент Палаты арбитров предусматривает требования к тому, чтобы арбитры

были независимы, компетентны и беспристрастны, а также основания и процедуру заявления отвода арбитрам.

### Компетенция состава арбитража

Регламент Палаты арбитров согласно императивным нормам белорусского закона об арбитраже закрепляет, что состав арбитража принимает определение по заявлению об отсутствии у него компетенции до вынесения решения по существу спора. При этом если состав арбитража признает себя компетентным, любая сторона в течение 15 дней после получения уведомления об этом может просить Президиум Палаты арбитров принять окончательное постановление по вопросу о компетенции. На время разрешения вопроса о компетенции состава арбитража разбирательство дела приостанавливается.

Таким образом, Регламент Палаты арбитров закрепляет так называемую обязательную бифуркацию арбитражного разбирательства в тех случаях, когда сторона возражает против компетенции состава арбитража.

### Обеспечительные меры

Регламент Палаты арбитров предусматривает два варианта принятия обеспечительных мер:

- 1) Состав арбитража может по просьбе любой стороны вынести определение о принятии какой-либо стороной таких обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые он считает необходимыми.

Однако, несмотря на полномочия состава арбитража принять обеспечительные меры, в Беларуси пока не существует механизма признания и принудительного исполнения таких определений, которые не являются окончательными решениями по существу спора. Поэтому исполнение таких определений полностью зависит от усмотрения стороны спора, в отношении которой такие меры приняты.

- 2) Состав арбитража или сторона с его согласия может обратиться в государственный суд или суд иностранного государства с просьбой об обеспечении иска или доказательств. Государственный суд исполняет такую просьбу в соответствии с порядком, установленным Хозяйственным процессуальным кодексом Республики Беларусь.

### *III. Оплата арбитражного сбора*

Одновременно с формированием состава арбитража Палата арбитров исчисляет арбитражный сбор, который подлежит уплате истцом и ответчиком в равных долях. Размер подлежащего уплате арбитражного сбора рассчитывается в соответствии с п. 1.2 Приложения 2 к Регламенту и зависит от суммы рассматриваемого спора.

Если в течение 15 дней с момента получения предложения Палаты арбитров об оплате арбитражного сбора от ответчика не поступает оплата его доли арбитражного

сбора, Палата арбитров предлагает истцу оплатить арбитражный сбор за ответчика в срок, установленный Председателем.

При этом Палата арбитров передает материалы дела составу арбитража только после оплаты арбитражного сбора в полном объеме.

В случае непоступления арбитражного сбора в полном объеме в установленные сроки Председатель выносит определение о прекращении арбитражного разбирательства.

#### *IV. Арбитражное разбирательство*

С соблюдением Регламента и при условии отсутствия соглашения сторон об ином, состав арбитража ведет арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, при условии равного отношения к сторонам и предоставления каждой из них разумной возможности для изложения своей позиции.

Состав арбитража, если посчитает это разумным и целесообразным с учетом обстоятельств конкретного дела, может после своего формирования провести организационное совещание со сторонами и, при необходимости, установить процессуальный график арбитражного разбирательства. В этом графике состав арбитража может с учетом мнения сторон:

- ограничить количество раундов обмена письменными заявлениями сторон и объем таких заявлений;
- установить сроки их подачи;
- сроки и порядок проведения устных слушаний по делу;
- определить иные организационные вопросы.

#### Детализированное исковое заявление

В течение 30 дней с момента получения истцом ответа на исковое заявление или с момента истечения 15-дневного срока для такого ответа, если от ответчика не поступил ответ на исковое заявление, истец направляет в Палату арбитров свое детализированное исковое заявление, которое Палата арбитров пересылает ответчику и составу арбитража. Детализированное исковое заявление представляет собой подробное изложение позиции истца по существу спора и должно содержать все обстоятельства, правовые основания и аргументы, подтверждающие позицию истца, а также сопровождаться всеми документами и другими доказательствами, на которые опирается истец.

#### Возражения на детализированное исковое заявление

В течение 30 дней с момента получения детализированного искового заявления ответчик направляет в Палату арбитров свои возражения на детализированное исковое заявление, которые Палата арбитров пересылает истцу и составу арбитража. Возражения на детализированное исковое заявление должны содержать позицию ответчика относительно информации, изложенной истцом в детализированном исковом заявлении. Возражения также должны сопровождаться всеми документами и другими доказательствами, на которые

опирается ответчик.

Состав арбитража может затребовать от сторон дополнительные письменные заявления по существу дела и установить срок для подачи таких заявлений в процессуальном графике или в ходе рассмотрения дела.

Важно учитывать, что при отсутствии соглашения сторон о языке арбитражного разбирательства и до решения этого вопроса составом арбитража все письменные заявления в Палату арбитров стороны подают на русском языке.

### *Слушания*

По инициативе любой из сторон состав арбитража проводит заседания для заслушивания показаний свидетелей и экспертов, а также для устных прений. В отсутствие просьбы о проведении заседаний состав арбитража самостоятельно принимает решение о необходимости проведения таких заседаний и имеет право рассмотреть дело на основании имеющихся документов или иных письменных материалов.

Если стороны не договорились об ином месте арбитражного разбирательства, то таким местом является г. Минск (Республика Беларусь) по месту нахождения Палаты арбитров.

Регламент Палаты арбитров предусматривает возможность с учетом конкретных обстоятельств, препятствующих возможности физического присутствия участников арбитражного разбирательства на устных слушаниях, а также с учетом мнения сторон, проведения устных слушаний по делу, включая опрос свидетелей, в том числе свидетелей-экспертов, экспертов, назначенных составом арбитража, **в онлайн-режиме** (с использованием видео-конференц-связи или иных программ, технических средств в режиме реального времени), то есть без присутствия арбитров, сторон (их представителей), свидетелей, экспертов в месте арбитражного разбирательства.

### *V. Вынесение арбитражного решения*

Состав арбитража рассматривает дело и выносит решение по нему не позднее 6 месяцев с момента получения материалов дела от Палаты арбитров. Продлить этот срок может только Председатель по просьбе единоличного арбитра или арбитра-председателя, если сочтет такую просьбу обоснованной.

Палата арбитров заверяет подписанное арбитрами решение и направляет его экземпляры сторонам разбирательства.

Решение состава арбитража является окончательным и обязательным для сторон с момента его вынесения.

Если в ходе арбитражного разбирательства стороны заключат мировое соглашение, то состав арбитража прекращает арбитражное разбирательство и фиксирует достигнутое мировое соглашение в виде решения на согласованных сторонами условиях.

Такое решение имеет ту же силу и подлежит исполнению так же, как и любое

другое решение состава арбитража.

#### VI. Распределение арбитражных расходов

Состав арбитража решает вопрос о распределении арбитражных расходов при вынесении решения.

Арбитражные расходы включают в себя:

- a) арбитражный сбор (включая регистрационный сбор, являющийся частью арбитражного сбора);
- b) разумные транспортные и иные расходы, понесенные арбитрами;
- c) разумную оплату услуг экспертов и другой помощи, запрошенной составом арбитража, в том числе услуг переводчиков;
- d) разумные транспортные и иные расходы свидетелей в той мере, в какой эти расходы одобрены составом арбитража;
- e) юридические и иные издержки, понесенные сторонами в связи с арбитражным разбирательством, в той мере, в какой Состав арбитража признает сумму таких расходов разумной.

По общему правилу состав арбитража возлагает уплату арбитражных расходов на сторону, проигравшую дело. При этом с учетом обстоятельств конкретного дела состав арбитража имеет право распределить арбитражные расходы и иным образом.

Кроме того, в случае оплаты истцом части арбитражного сбора за ответчика, состав арбитража на основании соответствующей просьбы истца и с учетом конкретных обстоятельств дела вправе вынести отдельное арбитражное решение о взыскании с ответчика части арбитражного сбора, уплаченной за него истцом.

#### ТИПОВАЯ АРБИТРАЖНАЯ ОГОВОРКА, РЕКОМЕНДУЕМАЯ ПАЛАТОЙ АРБИТРОВ ДЛЯ ВКЛЮЧЕНИЯ В ДОГОВОРЫ (КОНТРАКТЫ):

*«Все споры, разногласия или требования, которые могут возникнуть из настоящего договора или в связи с ним, передаются на разрешение в арбитраж согласно арбитражному регламенту Международного арбитражного (третейского) суда "Палата арбитров при Союзе юристов"».*

Возможно включение в арбитражную оговорку дополнительных соглашений о:

- 1) количестве арбитров (один или три);
- 2) языке или языках, применяемых в арбитражном разбирательстве;
- 3) применимом к договору материальном праве;
- 4) применимом к арбитражному соглашению материальном праве;
- 5) содержании правил соблюдения конфиденциальности арбитрами, сторонами и их представителями, свидетелями, свидетелями-экспертами, экспертами, назначаемыми составом арбитража.

**Вашкевич Андрей,**  
*адвокат,*  
*партнер Адвокатского бюро «Лекс Торре»*



В обществе существует запрос, обостренный пандемией COVID-19, на развитие электронного документооборота.

Действительность такова, что даже почтовый адрес коммерческого предприятия может оказаться неэффективным. В силу карантинных мероприятий офис, магазин, цех могут быть закрыты.

Поэтому использование документов в электронном виде (pdf, Google docs и т.п.) и средств их доставки (e-mail, мессенджеры) стало обычной практикой.

В статье рассматриваются правовые и технические аспекты использования электронных документов в области международного коммерческого арбитража в Республике Беларусь на начало 2021 года.

Однако в ряде случаев в силу нормативных и технических ограничений полный отказ от документов с оригинальными подписями пока не возможен.

*Автор выражает благодарность Вячеславу Шкадаревичу (сервис QuiDox) за комментарии и пояснения по техническим вопросам оборота электронных документов.*

## ***1. Белорусское законодательство начало активно изменяться, адаптироваться к новым технологиям.***

В частности, в 2019 году вступили в силу изменения в Гражданский кодекс Республики Беларусь (далее – ГК) и в Закон Республики Беларусь «Об электронном документе и электронной цифровой подписи». Данные изменения уточняют возможность заключения сделок с использованием электронной цифровой подписи (ЭЦП), копий электронных документов и т.п.

Одновременно отмечен стремительный рост использования ЭЦП. Стал общепринятым обмен сканами документов по электронной почте. Суды используют электронную почту для судебной корреспонденции.

Белорусские арбитражные институты также перешли к использованию общедоступного программного обеспечения для удаленной коммуникации, например, Skype, Zoom и Microsoft Teams. Но уведомления сторон об арбитраже по-прежнему высылаются обычной почтой (при направлении ходатайства и оплате со стороны заявителя – курьерской или ускоренной почтой), арбитражные решения оформляются

с оригинальными подписями арбитров, подтверждение полномочий сторон и обмен документами осуществляются традиционным способом.

## ***2. Какие препятствия существуют для перехода в арбитраже на электронный документооборот?***

Следует отметить, что белорусские арбитражные учреждения и третейские суды не имеют собственных платформ (программного обеспечения), позволяющих производить обмен, хранение и ознакомление с информацией, идентификацию участников процесса и их представителей, уведомление сторон и т.д. Создание подобных платформ требует значительных финансовых и временных затрат.

Часть этих вопросов может быть решена путем обращения к сторонним сервисам, однако их использование сопряжено с расходами сторон.

При этом обмен документами с помощью средств электронных коммуникаций может встретить возражения сторон. Например, из-за опасений в части конфиденциальности информации. Иногда такое поведение является частью процессуальной тактики стороны спора.

Однако более значимыми являются нормативные ограничения, содержащиеся в законодательстве.

Для анализа остановимся на трех аспектах:

- Оформление арбитражного соглашения;
- Оформление арбитражного решения;
- вручение арбитражным судом документов сторонам.

## ***3. Арбитражное соглашение, решение арбитража и уведомления – это документы.***

Возможно ли сегодня заменить оригинальные письменные арбитражные соглашения и решения арбитража на документы в электронной форме?

Из всех видов документов в электронном виде белорусское законодательство выделяет так называемый электронный документ, под которым *waterfall clauses* ым понимается документ в электронном виде с реквизитами, позволяющими установить его целостность и подлинность, которые подтверждаются путем применения сертифицированных средств электронной цифровой подписи.

Согласно статье 22 Закона Республики Беларусь «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» электронный документ приравнивается к документу на бумажном носителе, подписанному собственноручно, и имеет одинаковую с ним юридическую силу.

Статья 161 ГК, регулирующая заключение сделок в простой письменной форме,

указывает, что ЭЦП является аналогом собственноручной подписи.

Арбитражное соглашение является сделкой. Таким образом, в Республике Беларусь письменная форма арбитражного соглашения путем обмена электронными сообщениями считается соблюденной, если они содержат электронно-цифровые подписи сторон.

Почему данные нормы являются важными? Это связано с требованиями белорусского законодательства к условиям признания и приведения в исполнение арбитражного решения, а также выдачи исполнительного документа по решению международного арбитража, расположенного в Беларуси.

Согласно статьям 246, 257 Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ХПК) суду должны быть предоставлены:

подлинное соглашение об арбитражном разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;

надлежащим образом удостоверенное подлинное иностранное арбитражное решение или его надлежащим образом удостоверенная копия.

Очевидно, что передача документа в электронном виде в качестве приложения к заявлению в суд может вызвать возражения суда. Технически это возможно путем приобщения носителя данных, например, флэш-карты (карты памяти) и т.п. Однако имеющаяся незначительная практика, попавшая в открытый доступ, показывает, что суды желают видеть документы в обычной бумажной форме.

В отношении документов с ЭЦП закон формулирует специальные правила и прямо указывает на возможность создания их копий на бумажном носителе. Дословно в законе это называется внешнее представление электронного документа на бумажном носителе.

Исходя из статей 18-20 Закона Республики Беларусь «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» такая копия (внешнее представление) должна приниматься белорусскими судами в качестве надлежащей копии.

Сложнее ситуация с такими популярными документами в электронном виде как сообщения по электронной почте или сканы оригиналов, пересылаемые по электронной почте. Формально они могут быть не приняты в качестве оригиналов или надлежащих копий.

Возможна ситуация, когда арбитраж признает наличие арбитражного соглашения. Например, вследствие обмена истцом и ответчиком исковым заявлением и отзывом. Но при этом оригинал соглашения за собственноручными подписями будет отсутствовать, что несет риск отказа в дальнейшем в признании арбитражного решения белорусским судом.

Это связано с определенным отставанием белорусского законодательства в вопросах, связанных с документами в электронной форме.

**4. В Беларуси на конец 2020 года возможность получения ЭЦП и ее использования не представляет сложностей.**

Все организации и индивидуальные предприниматели получили ЭЦП для подачи деклараций в налоговую инспекцию и ФСЗН. Оформление ЭЦП осуществляет государственная организация – РУП «Национальный центр электронных услуг» (НЦЭУ).

Указанные ключи используются также в электронном документообороте, который обслуживается как самим НЦЭУ, так и рядом частных организаций. Используя данную ЭЦП, белорусские субъекты могут подписывать различные сделки.

Также НЦЭУ выдает ЭЦП физическим лицам, не имеющим статуса индивидуального предпринимателя.

Кроме того, ряд операторов мобильной связи реализует услугу так называемой «мобильной ЭЦП», связанной с SIM-картой.

Однако использование ЭЦП в международном документообороте является проблематичным.

Иностранные ЭЦП признаются на территории Республики Беларусь в случаях и порядке, определенных международным договором Республики Беларусь или путем установления доверия к ним доверенной третьей стороной.

В соответствии с Протоколом об информационно-коммуникационных технологиях и информационном взаимодействии в рамках Евразийского экономического союза (приложение № 3 к Договору о ЕАЭС) доверенная третья сторона – организация, наделенная в соответствии с законодательством государств-членов правом осуществлять деятельность по проверке электронной цифровой подписи (электронной подписи) в электронных документах в фиксированный момент времени в отношении лица, подписавшего электронный документ.

Согласно Указу Президента Республики Беларусь от 8 ноября 2011 года № 515 «О некоторых вопросах развития информационного общества в Республике Беларусь» НЦЭУ определен национальным оператором доверенной третьей стороны.

В настоящее время возможен обмен электронными документами с ЭПЦ с Российской Федерацией и Республикой Казахстан, но имеются организационные и технические сложности.

С другими государствами такая возможность отсутствует.

**5. Следует отметить также следующие аспекты. ЭЦП в визуальном выражении представляет собой набор различных знаков. Необходимо программное обеспечение, которое позволяет прочитать данные о лице, подписавшем документ: организация, ФИО, срок действия электронной подписи и т.п.**

Визуально, например, на копии электронного документа на бумажном носителе

проверить ЭЦП невозможно.

Также надо учитывать психологические аспекты. Очевидно, что не все судьи сталкивались в своей деятельности с электронными документами и имеют опыт и понимание ЭЦП.

### **6. Сказанное выше применимо к арбитражному решению.**

Отсутствуют законодательные препятствия к подписанию решения белорусского арбитражного учреждения электронными подписями арбитров. Особенно, если все арбитры являются лицами, проживающими в Беларуси, и используют ЭЦП, полученные в Беларуси.

Однако, как указано выше, иностранные арбитры, за исключением арбитров из России и Казахстана, не имеют возможности использовать иностранные ЭЦП в Беларуси.

Вместе с тем есть момент недостаточности согласованности норм законодательства.

Это может привести к затруднениям при оформлении копии арбитражного решения, например, для обращения в суд для его признания.

Арбитры не являются сотрудниками арбитражного учреждения. Теоретически возможно оформить ЭЦП на арбитров как лиц, относящихся к сотрудникам арбитражного учреждения. Хотя это противоречит сущности отношения арбитражного учреждения и арбитров. Но скорее всего арбитры будут пользоваться личными ЭЦП, то есть ЭЦП физических лиц.

Возникает вопрос, возможно ли отнести такой документ, к документу, созданному арбитражным учреждением? И вправе ли арбитражное учреждение сделать и соответственно заверить внешнее представление такого арбитражного решения на бумажном носителе?

Согласно статье 20 Закона Республики Беларусь «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» удостоверение формы внешнего представления электронного документа на бумажном носителе осуществляется организацией или индивидуальным предпринимателем, создавшими такой электронный документ.

Имеется отсылочная норма, позволяющая заверять копии физическим лицам в случаях, предусмотренных законодательством. Однако для арбитражных учреждений нет соответствующей нормы права.

Решением является обращение к нотариусам или лицам, имеющим право на осуществление деятельности по удостоверению формы внешнего представления электронного документа на бумажном носителе. Вместе с тем это требует времени и определённых действий. Частично утрачивается преимущество электронного документооборота, в частности, скорость и, возможность обмениваться документами без их пересылки.

Было бы желательным закрепление в законе права арбитражного учреждения удостоверяет копии документов, пописываемых арбитрами.

Также надо учитывать, что каждому из арбитров необходимо получить ЭЦП, подключиться к соответствующим сервисам обмена электронными документами, что требует в том числе финансовых затрат и времени, в частности на обучение работе с ЭЦП.

Надо учитывать, что практика оформления решений арбитража с ЭЦП не сформировалась. Поэтому для обращения в иностранные суды за признанием и исполнением решения белорусского арбитража предпочтительно оформить решение традиционно с оригинальными подписями арбитров.

### ***7. Вручение сторонам документов арбитражным судом***

В соответствии с подпунктом «b» п. 1 ст. V Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (г. Нью-Йорк, 10.06.1958) основанием для отказа в приведении решения в исполнение может быть ненадлежащее уведомление сторон о назначении арбитра и арбитражном разбирательстве, невозможность стороны представить свои объяснения.

Статья 30 Закона Республики Беларусь от 9 июля 1999 года № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» предполагает только письменные сообщения, доставляемые получателю лично или по месту нахождения его предприятия и т.п.

В Беларуси нет законодательного акта, который бы прямо и ясно признавал допустимыми извещение (уведомление) по электронной почте или иными аналогичными способами.

Белорусское законодательство ориентировано на традиционное понимание места жительства и места нахождения, под которым понимается физический объект, обладающий почтовым адресом (дом, квартира, офис и т.д.).

Потому законодательство регулирует вопросы уведомления путем исключительно почтовой корреспонденции (телеграфа, телефакса). Например, что считать надлежащим уведомлением, сроки доставки почтовой корреспонденции, последствия отказа адресата от получения и т.д.?

Извещения по электронной почте или иными электронными средствами связи (например, SMS) не урегулированы законом.

Таким образом, при извещении путем электронных сообщений существует риск возражений второй стороны о ненадлежащем уведомлении. Сам же способ может использоваться сугубо в дополнение к основному уведомлению по почте и может содействовать лишь цели ускорения доведения информации до стороны по делу.

Следует отметить, что несмотря на сказанное белорусские суды активно переходят

на электронные уведомления в отношениях с лицами, находящимися в Беларуси.

Аналогичный вопрос неоднократно возникал в деятельности белорусских экономических судов. ХПК (статья 140) допускает извещение участников процесса посредством телефонограммы, телеграммы, факсимильной связи, глобальной компьютерной сети Интернет, в том числе электронной почты. Вместе с тем, чтобы исключить споры о надлежащем уведомлении, суды предлагают сторонам подать письменное согласие об извещении путем электронной почты или SMS. О первом предварительном заседании стороны уведомляются письменно.

По изложенным причинам для арбитражного процесса на данный момент предпочтительным выглядит письменное уведомление по почте.

### **Выводы:**

1. Нормативное регулирование и техническое обеспечение позволяют белорусским предпринимателям заключать сделки в форме электронных документов с ЭЦП, в том числе арбитражные соглашения.

Данные документы должны приниматься белорусскими судами.

2. На конец 2020 года возможность подписания документов с использованием ЭЦП существует только с субъектами Российской Федерации и Республики Казахстан.

3. Оформление арбитражных решений в форме электронных документов с ЭЦП возможно и не противоречит белорусскому законодательству.

Однако эффективность оформления арбитражных решений в форме электронных документов вызывает сомнения. Требуется финансовые и временные затраты арбитров для начала работы с ЭЦП, иностранные ЭЦП как правило не могут быть использованы и т.д.

4. Вручение сторонам арбитражным судом документов предполагает использование почтовой связи, включая телеграф, телетайп. Как минимум с использованием почтовой связи должно быть направлено уведомление сторон о назначении арбитра и арбитражном разбирательстве, а также решение арбитража. Использование иных средств электронных коммуникаций возможно в качестве вспомогательных средств.

5. Таким образом, использование ЭЦП и обмен электронными документами в настоящее время остаются вспомогательными по отношению к обмену оригинальными документами с оригинальными подписями.



**Зыков Роман,**

*Генеральный секретарь Арбитражной ассоциации (Россия),*

*Управляющий партнер юридической фирмы Мансорс,*

*к.ю.н.*

В XX веке мировая экономика показала беспрецедентный рост торговли и иностранных инвестиций. Для поддержания глобального товарооборота был создан целый ряд правовых и организационных инструментов, таких как соглашения о свободной торговле, двусторонние и многосторонние договоры о защите инвестиций, таможенные союзы, всемирная и региональные торговые организации и многие другие. Главной целью всего этого было обеспечение беспрепятственного перемещения товаров и услуг, основанного на принципах свободной и конкурентной торговли. С этой же целью государства делегировали часть своих судебных полномочий участникам экономических отношений, которые стали вправе самостоятельно выбирать методы разрешения коммерческих споров, наиболее востребованным из которых стал международный коммерческий арбитраж. Одним из очевидных преимуществ международного коммерческого арбитража является возможность обеспечения равного и беспристрастного отношения арбитров к сторонам, будь то государство, юридическое или физическое лицо, вне зависимости от их правового статуса, размера, типа собственности и национальности.

Одновременно, растущее значение мировой торговли сделало ее важным инструментом внешней политики целого ряда государств. Некоторые государства стали использовать свою экономическую силу в качестве инструмента давления на другие государства. В этих условиях односторонние ограничительные экономические меры (далее – ОЭМ) стали инструментом проецирования национальной внешней политики государства на международный уровень, и частично подменили дипломатические инструменты влияния. Следует также отметить, что в последние годы ОЭМ стали применяться и как инструмент внутривнутриполитической конкуренции. Например, в последних двух президентских кампаниях в США активно культивировался тезис о внешнем вмешательстве во внутривнутриполитический процесс, что стало предтечей для введения новых ОЭМ против иностранных физических и юридических лиц.

В то время как мировая экономика находилась на подъеме, ОЭМ вводились в основном в ответ на политические события за рубежом. Однако вслед за мировым экономическим спадом и усилением международной конкуренции в торговле ОЭМ начали применяться и для проецирования национальных экономических интересов вовне.

За последние два десятилетия использование ОЭМ различными государствами

показало экспоненциальный рост. Например, начиная с 2014 года одни только США включили в различные национальные санкционные программы около 500 российских компаний. Несмотря на заявления, что данные меры вводились в ответ на определенные политические события, несложно заметить, что многие из российских компаний, которые попали под действие американских ОЭМ, являются ведущими игроками на международных рынках в области научных исследований и инжиниринга, биотехнологий, космической деятельности, ОПК, строительства, сельского хозяйства, банковской деятельности, энергетики, добывающей промышленности и других высококонкурентных областях. Аналогичная ситуация касается и ряда ведущих китайских компаний, число которых также стремительно растет в последние годы.

На сегодняшний день число различных национальных программ ОЭМ так велико, что ситуация уподобилась Большому Барьерному рифу мировой торговли с его опасными течениями, торчащими из-под воды острыми рифами, обманчиво красивыми опасными хищниками, и горами разбитых торговых судов. Для безопасной навигации в этих водах приходится использовать сложную и дорогостоящую систему комплаенса. Существующая ситуация наносит непоправимый ущерб свободной торговле и, как следствие, международному коммерческому арбитражу. В данной статье рассматриваются вопросы негативного влияния ОЭМ на международный коммерческий арбитраж, а также возможные пути уменьшения рисков, связанных с ОЭМ, при рассмотрении споров в международном арбитраже.

### **Международная критика ОЭМ**

ОЭМ представляют собой односторонние экономические меры, которые вводятся одним государством или группой государств против другого государства и/или его физических и юридических лиц для достижения определенных внешнеполитических или экономических целей. Как правило, ОЭМ имеют своей целью изменить политику иностранного государства с помощью запретов или ограничений на экономические отношения между лицами из этого государства с гражданами государства, которое ввело ОЭМ.

Поскольку ОЭМ основаны на внешнеполитических или экономических целях и задачах конкретного государства, они не основаны на широком международном консенсусе, а, следовательно, не имеют и международной легитимности. В правовой литературе ОЭМ закономерно подвергаются критике – *«общей чертой санкций является их “недружелюбие”. Большинство из них вводятся в нарушение норм международного права и в нарушение концепции свободной торговли между государствами и отдельными лицами. Поэтому возникает вопрос об их легитимности»*<sup>10</sup>.

Отказу в международной легитимности ОЭМ способствует и то, что односторонние санкции вводятся без соблюдения элементарных, базовых стандартов доказывания. Процесс принятия решения о включении какого-либо лица в санкционный список часто оказывается безосновательным, субъективным и политизированным, что не отвечает даже минимальным стандартам доказывания. На практике, когда то или иное государство включает лицо в санкционный список, делается это, как правило, без предоставления

<sup>10</sup> Marc Blessing, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts (Helbing & Lichtenhahn 1999), p.19.

каких-либо убедительных доказательств – «[...] какой объем доказательств требуется для того, чтобы быть включенным в санкционные списки США? Например, нет какого-либо нормативного регулирования, которое бы устанавливало, что OFAC может включать в санкционные списки только на основе ясных и убедительных доказательств. Это означает, что OFAC может включить в списки то или иное физическое или юридическое лицо исключительно по своему усмотрению. Теоретически, хотя и маловероятно, достаточно слухов или анонимной наводки чтобы быть включенным в санкционный список»<sup>11</sup>.

Симптоматично, что процесс включения в санкционные списки, по сути, использует тот же стандарт доказывания, что и процесс над салемиками ведьмами, который описывался следующим образом – «Слухи, однако, были не единственным видом доказательств, к которому мы сейчас обычно не прибегаем, но которое охотно применялись в процессе над салемиками ведьмами. Суд также принимал во внимание дурной или подозрительный характер обвиняемого. Доказательства обретали самые разные формы (репутация, мнения и утверждения в совершении зловердных действий), рассказы о неприятных ощущениях от личного общения и пересказы ужасных слухов».<sup>12</sup> В свете таких исторических параллелей не удивительно, что ОЭМ подвергаются широкой международной критике.

Помимо этого, правовые акты, устанавливающие ОЭМ, часто сформулированы расплывчатым образом, что затрудняет установление подлинного значения и эффекта ОЭМ, и подрывает принцип правовой определенности, являющийся одним из фундаментальных столпов права. Неопределенность в формулировках регламентов ОЭМ усложняет процесс комплаенса. В таких обстоятельствах, чтобы устранить любой риск ответственности или риск вторичных санкций компании и банки просто избегают сделок с участием санкционных лиц, даже если предлагаемая сделка фактически разрешена. Например, коммерческие банки могут отказать в денежных переводах лишь потому, что плательщик фигурирует в списке ОЭМ третьего государства, ограничения которого формально не распространяются на банк. В таких условиях банки, как правило, не обременяют себя каким-либо юридическим анализом и просто отказывают в проведении платежа.

Поскольку ОЭМ имеют односторонний характер, как правило, не подкреплены доказательствами и часто сформулированы крайне неопределенно, они подвергаются справедливой критике со стороны международного сообщества. В ряде докладов ООН подчеркивается, что ОЭМ совершенно недопустимы по международному праву, они «рассматриваются как нарушение принципов Устава Организации Объединенных Наций, норм международного права и многосторонней торговой системы, основанной на нормах права»<sup>13</sup> и «международное сообщество считает незаконными те односторонние принудительные меры, экстерриториальные последствия которых затрагивают суверенитет других государств, законные интересы юридических или физических лиц, находящихся под их юрисдикцией, а также свободу торговли и

11 Erich Ferrari, OFAC Director Offers Distinctions if Not Evidence. <https://sanctionlaw.com/ofac-director-offers-distinctions-if-not-evidence/#.XXVx9RheOT9>.

12 Len Niehoff. Proof at the Salem Witch Trials. [https://www.americanbar.org/groups/litigation/publications/litigation\\_journal/2020-21/fall/proof-salem-witch-trials/](https://www.americanbar.org/groups/litigation/publications/litigation_journal/2020-21/fall/proof-salem-witch-trials/).

13 Report of the UN Secretary General “Unilateral economic measures as a means of political and economic coercion against developing countries” No. A/70/152 dated 16 July 2015, para. 5.

судоходства»<sup>14</sup>.

ОЭМ также подвергаются жесткой критике со стороны непосредственно Генеральной Ассамблеи ООН<sup>15</sup>, Совета ООН по правам человека<sup>16</sup> и других международных организаций.

Наконец, ОЭМ часто критикуются государствами. Например, когда США ввели ОЭМ против российских лиц, члены ООН осудили введение односторонних экономических санкций. Среди многих, Китай заявил, что «*Китай выступает, как всегда, [ ... ] против применения односторонних санкций или угрозы одностороннего применения санкций в международных отношениях*»<sup>17</sup>; Аргентина – «*мы осуждаем инициативы, направленные на изоляцию одной из сторон или введение односторонних экономических санкций, которые подрывают условия, которые могли бы привести к столь необходимому диалогу*»<sup>18</sup>; Никарагуа – «*Поскольку мы хотим мира и верим в предотвращение и разрешение конфликтов мирными средствами, мы отвергаем все односторонние методы, такие как политические или экономические санкции против Российской Федерации, поскольку они нарушают международное право и не способствуют разрядке напряженной атмосферы*»<sup>19</sup>.

Следовательно, существует универсальный консенсус в отношении того, что ОЭМ не являются частью международного публичного порядка, напротив, международное сообщество рассматривает их как нелегитимные.

ОЭМ следует отличать от международных ограничительных мер (международных санкций). В отличие от ОЭМ, международные санкции представляют собой политические и экономические меры, основанные на широком международном консенсусе и вводимые международными организациями против государств или организаций в целях защиты международного права и поддержания или восстановления международного мира и безопасности. Например, международные санкции могут быть введены Советом Безопасности ООН в соответствии со статьей 41 Устава ООН. Они определяются как «меры, не связанные с использованием вооруженных сил, должны применяться для осуществления его решений, и он может потребовать от Членов Организации применения этих мер. Эти меры могут включать полный или частичный перерыв экономических отношений, железнодорожных, морских, воздушных, почтовых, телеграфных, радио или других средств сообщения, а также разрыв дипломатических отношений»<sup>20</sup>. С 1966 года статья 41 Устава ООН применялась лишь в исключительных случаях, и это всегда было решением подавляющего большинства государств – членов ООН – за последние шесть десятилетий Совет Безопасности установил 30 режимов санкций в Южной

14 Report of the UN Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights No. A/HRC/42/46 dated 5 July 2019, para. 46.

15 UN General Assembly Resolution No. 2625 (XXV) dated 24 October 1970, Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations, p. 123 “no State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights”; UN General Assembly Resolution No. 3281 (XXIX) dated 12 December 1974 containing the Charter of Economic Rights and Duties of States, which in its Art. 32 calls upon all States to refrain from any unilateral coercive measure not in accordance with international law and the Charter of the United Nations.

16 Report of the UN Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights No. A/HRC/42/46 dated 5 July 2019, para. 46; Human Rights Council Resolution No. A/HRC/RES/30/2 dated 12 October 2015, preamble, para. 3.

17 UN Security Council Meeting. S/PV.7576, p. 19.

18 General Assembly 80th plenary meeting (A/68/PV.80), p. 20.

19 General Assembly 80th plenary meeting (A/68/PV.80), p. 13.

20 Art. 41, Chapter VII of the Charter of the United Nations.

Родезии, Южной Африке, бывшей Югославии (2), Гаити, Ираке (2), Анголе, Руанде, Сьерра-Леоне, Сомали и Эритрее, Эритрее и Эфиопии, Либерии (3), ДРК, Кот-д'Ивуаре, Судане, Ливане, КНДР, Иране, Ливии (2), Гвинее-Бисау, ЦАР, Йемене, Южном Судане и Мали, а также против ИГИЛ<sup>21</sup>, Аль-Каиды и Талибана<sup>22</sup>.

Различие между международными санкциями и ОЭМ имеет практическую важность, особенно когда перед международным арбитражем возникает необходимость дать толкование понятию «публичный порядок». В то время как несоблюдение международных санкций может повлечь нарушение национального публичного порядка, несоблюдение ОЭМ, введенного одним государством, не влечет автоматически нарушения национального публичного порядка другого суверенного государства. Это объясняется тем, что каждое государство имеет свой суверенный публичный порядок и может использовать отличный набор инструментов для достижения своих суверенных целей, от того, что используется государством, которое установило ОЭМ. Именно поэтому, содержание односторонних ограничительных мер одних государств могут существенно отличаться от ОЭМ других государств, даже если они касаются одних и тех же лиц.

Например, 4 июля 2019 года власти Гибралтара задержали иранский супертанкер Grace 1 по подозрению в поставках нефти в Сирию. Срок задержания закончился 15 августа 2019 года. 16 августа 2019 года суд в США выдал ордер на арест танкера на том основании, что он якобы был связан с иранским Корпусом стражей исламской революции, который США объявили «террористической» организацией. США направили Гибралтару запрос о взаимной правовой помощи, содержащий информацию в поддержку заявления США о предотвращении выхода из Гибралтара Grace 1 с грузом нефти с тем, чтобы американский суд смог успеть рассмотреть вопрос о конфискации танкера. В ответ на это Центральное управление Гибралтара сообщило, что оно не имеет оснований для обращения в Верховный суд Гибралтара с целью наложения запрета на выход Grace 1 из Гибралтара, и это связано с *«действием правовых норм Европейского Союза и различиями в режимах санкций, применимых к Ирану в ЕС и США»*, а также потому, что *«Режим санкций ЕС против Ирана, который применяется в Гибралтаре, гораздо более ограниченный, чем режим, установленный в США»* и что *«Это вызвано действием отличающихся позиций и правовых режимов в США и ЕС»*<sup>23</sup>.

Действия Гибралтара являются одним из многих примеров того, что: а) не существует универсального консенсуса по вопросу применения ОЭМ; б) ОЭМ одного государства могут существенно отличаться по содержанию и субъектному составу от ОЭМ другого государства; и, как следствие, в) ОЭМ одного государства не являются обязывающими для других государств или иностранных лиц.

Учитывая враждебный и неконструктивный характер ОЭМ, целый ряд государств ввели механизмы противодействия ОЭМ для защиты физических и юридических лиц от

21 Запрещённая в Российской Федерации террористическая организация.

22 <https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/information>.

23 Official Statement of Government of Gibraltar to Further Mutual Legal Assistance Requests from the United States of America. <https://www.gibraltar.gov.gi/press-releases/further-mutual-legal-assistance-requests-from-the-united-states-of-america-6042019-5198>.

негативного воздействия односторонних ограничительных экономических мер.

## Механизм контрсанкций ЕС

Как говорилось ранее, для защиты своих экономических интересов от негативных последствий ОЭМ некоторые государства вводят механизмы контракций. Одним из таких примеров является Блокирующий статут ЕС (EC Blocking Statute), который делает незаконным для компаний ЕС соблюдение некоторых экстерриториальных ОЭМ, введенных США<sup>24</sup>. Блокирующий статут был принят в 1996 году в ответ на незаконные ОЭМ США в отношении Кубы, в частности, на Закон Хелмса-Бертон (Helms-Burton Act), который кодифицировал и расширил американское эмбарго в отношении Кубы, а также на Закон о санкциях в отношении Ирана и Ливии (Iran and Libya Sanctions Act). Из преамбул к Блокирующему статуту следует, что страны-члены ЕС признают, что принципиально ОЭМ нарушают международное право:

*«Принимая во внимание, что третья страна ввела в действие определенные законы, нормативные акты и другие законодательные акты, которые призваны регулировать деятельность физических и юридических лиц, находящихся под юрисдикцией государства – члена ЕС;*

*Принимая во внимание, что своим экстерриториальным применением такие законы, нормативные акты и другие законодательные акты нарушают международное право и препятствуют достижению вышеупомянутых целей;»* [выделено автором].

Примечательно, что одновременно с непризнанием легитимности ОЭМ США в отношении лиц из ЕС, в свою очередь сам ЕС активно применяет ограничительные экстерриториальные меры в отношении лиц из других государств. По сути, Блокирующий статут ЕС является наглядным примером субъективности, односторонности и политизированности такого экономического инструмента, как ОЭМ.

На практике известен случай применения Блокирующего статута, когда в 2007 году австрийское правительство оштрафовало австрийский банк, за то, что он закрыл банковские счета кубинских граждан после того, как был поглощен хедж-фондом из США.

6 июня 2018 года Европейская Комиссия обновила Блокирующий статут, распространив его действие на ОЭМ, которые администрация Трампа ввела после выхода США из Совместного всеобъемлющего плана действий по Ирану (JCPOA), также известного как «Иранская сделка». Раздел 1 Пояснительной записки устанавливает, что Блокирующий статут ЕС:

*«представляет собой важное достижение объединенных усилий ЕС против незаконного эффекта экстерриториального законодательства третьих стран»; и*

*«Блокирующий статут применяется в отношении экстерриториального законодательства, упомянутого в Приложении к нему («указанное экстерриториальное*

<sup>24</sup> European Council Regulation (EC) No. 2271/96 Protecting against effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, dated 22 November 1996.

законодательство»), которое в настоящее время состоит из мер США в отношении Кубы и Ирана»<sup>25</sup>.

Не исключено, что в будущем механизм Блокирующего статута ЕС может быть распространен и на другие программы ОЭМ, введенные в отношении лиц из других стран (помимо Ирана и Кубы).

### **Российский механизм контрсанкций**

Другим примером противодействия ОЭМ помощью национальных защитных норм является новый российский закон, распространяющий исключительную компетенцию российских государственных судов на определенные виды споров и стороны, затронутые ОЭМ. Закон «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в целях защиты прав физических и юридических лиц в связи с мерами ограничительного характера, введенными иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза» был принят 8 июня 2020 года (далее – **Закон**). Закон дополняет Арбитражный процессуальный кодекс РФ (далее – **АПК**) новыми статьями 248.1 и 248.2.

Закон является реакцией на антироссийские ОЭМ, которые были введены против российских юридических и физических лиц рядом государств. На сегодняшний день около 690 российских компаний и физических лиц попали в санкционные списки США и около 120 в списки ЕС. Число лиц, попавших под санкции, постоянно растет, что затрагивает ведущие сферы российской экономики.

### **Определение ограничительных мер**

Хотя Закон считается ответом на существующие антироссийские ОЭМ, сфера его действия шире, чем может показаться. В Законе используется термин «*меры ограничительного характера*», которые могут включать в себя не только односторонние ограничительные экономические меры, но и теоретически, разного рода визовые ограничения, административные или уголовные ограничения, экономические и торговые квоты, тарифы и другие односторонние ограничения. Такие ограничительные меры могут исходить от иностранного государства, государственного объединения и (или) союза и (или) государственного (межгосударственного) учреждения иностранного государства или государственного объединения и (или) союза. Представляется, что Закон не распространяется на случаи, когда ограничительные меры были приняты в рамках международных организаций.

В этом смысле Закон в текущей редакции не оспаривает легитимности ограничительных мер, которые могут быть установлены в рамках международных организаций, например в рамках статьи 41 Устава ООН.

25 European Commission Guidance Note. Questions and Answers: adoption of update Blocking Statute (2018/C 277 1/03).

## *Виды споров*

Закон распространяется на споры, которые могут быть переданы сторонами в рамках международного договора или соглашения сторон в иностранные суды или международные коммерческие арбитражи, находящиеся за пределами территории Российской Федерации. Такие случаи могут касаться двух групп споров.

Первую группу составляют споры с участием лиц, в отношении которых применяются меры ограничительного характера иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза. К таким лицам относятся:

а) граждане Российской Федерации, российские юридические лица, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза применяются меры ограничительного характера;

б) иностранные юридические лица, в отношении которых иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза применяются меры ограничительного характера и основанием для применения таких мер являются ограничительные меры, введенные иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза в отношении граждан Российской Федерации и российских юридических лиц.

Вторая группа относится к спорам с участием российских или иностранных лиц, если основанием для таких споров являются ограничительные меры, введенные иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза в отношении граждан Российской Федерации и российских юридических лиц.

В рамках споров второй группы Россия вполне может претендовать на роль нейтральной юрисдикции для разрешения споров, связанных с ОЭМ, между иностранными сторонами, если основанием для таких споров являются ограничительные меры, введенные иностранным государством, в отношении российских лиц. Гипотетическим примером такого спора может быть спор между китайской и немецкой компаниями, возникающий из договора субподряда на строительство завода в Беларуси, принадлежащего российской компании.

## ***Исключительная компетенция российских судов***

Законом предусмотрено, что стороны могут обратиться за разрешением спора в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту своего нахождения или месту жительства.

Условием передачи таких споров в российские суды является:

а) отсутствие в производстве иностранного суда или международного коммерческого арбитража, находящихся за пределами территории Российской Федерации, спора между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

б) если соглашение сторон, в соответствии с которым рассмотрение споров с их участием отнесено к компетенции иностранного суда и международного коммерческого арбитража, находящихся за пределами территории Российской Федерации, неисполнимо по причине применения в отношении одного из лиц, участвующих в споре, мер ограничительного характера иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза, создающих такому лицу препятствия в доступе к правосудию.

## ***Признание и приведение в исполнение арбитражных решений***

Закон не препятствует признанию и приведению в исполнение решения иностранного суда или иностранного арбитражного решения, принятых по иску лиц, находящегося под ОЭМ.

Если иностранное судебное или арбитражное решение вынесено в отношении лица, находящегося под ОЭМ, то признание и приведение в исполнение иностранного решения допускается, если это лицо не возражало против рассмотрения с его участием спора иностранным судом, международным коммерческим арбитражем, находящимися за пределами территории Российской Федерации, в том числе не обращалось с заявлением о запрете инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, находящихся за пределами территории Российской Федерации.

## ***Запреты против исков***

Закон вводит такой новый для российского права процессуальный инструмент, как запрет на инициирование или продолжение разбирательства в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, находящихся за пределами территории Российской Федерации.

Лицо, которое является или может стать стороной разбирательства в иностранном суде или арбитраже вправе обратиться в российский суд с просьбой запретить другой стороне инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде или арбитраже. Заявления рассматриваются единоличным судьей, постановление которого

может быть обжаловано в кассационную инстанцию в месячный срок. Судья может также взыскать со стороны, нарушившей определение арбитражного суда по делу о запрете инициировать или продолжать разбирательство в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, денежную сумму, не превышающую размера исковых требований, предъявленных в иностранном суде, международном коммерческом арбитраже, а также понесенных стороной спора судебных расходов.

### **Китайский механизм контрсанкций**

9 января 2021 года Министерство торговли Китайской Народной Республики (далее – MOFCOM) опубликовало «Правила о блокировании необоснованного экстерриториального применения иностранного законодательства и других мер» (далее – **Правила**)<sup>26</sup>.

Статья 2 Правил предусматривает, что они применяются к ситуациям, когда экстерриториальное применение иностранного законодательства и других мер в нарушении внутреннего права и основных принципов международных отношений необоснованно запрещает или ограничивает гражданину, юридическому лицу или иной организации Китая («лицо из КНР») заниматься нормальной экономической, торговой и связанной с ней деятельностью с другим государством или лицом этого государства. В таких ситуациях лицо из КНР должно сообщить об этом в MOFCOM в течение 30 дней с момента возникновения ситуации (статья 5).

В соответствии со статьей 6 Правил MOFCOM должен создать оперативную группу для оценки экстерриториального применения ОЭМ, при этом будет принимать во внимание:

- нарушается ли международное право или основные принципы международных отношений;
- потенциальное воздействие на национальный суверенитет, безопасность и интересы развития Китая;
- потенциальное воздействие на законные права и интересы лиц из КНР;
- другие факторы, которые должны быть приняты во внимание.

Если после проведения оценки MOFCOM обнаружит необоснованное экстерриториальное применение иностранного законодательства и других мер, он вправе издать запретительный приказ о признании, приведении в исполнение и соблюдении соответствующих иностранных ОЭМ.

В соответствии со статьей 9 Правил, если лицо соблюдает иностранное законодательство и другие меры в рамках запретительного приказа и тем самым нарушает законные права и интересы соответствующего лица из КНР, последнее может возбудить судебные разбирательства в народном суде и потребовать компенсации от лица.

<sup>26</sup> Order of the Ministry of Commerce of the People's Republic of China No. 1, on Rules on Counteracting Unjustified Extraterritorial Application of Foreign Legislation and Other Measures. 9 January 2021. <http://english.mofcom.gov.cn/article/policyrelease/questions/202101/20210103029708.shtml>.

Кроме того, если решение или постановление, вынесенное в соответствии с иностранным ОЭМ в рамках запретительного приказа, причиняет убытки лицу КНР, то последнее может в соответствии с законом возбудить судебное разбирательство в народном суде и потребовать компенсации от лица, которое извлекает выгоду из указанного решения или постановления.

Если лицо (контрагент) отказывается исполнить вступившее в законную силу решение или постановление народного суда, лицо из КНР может обратиться в народный суд для принудительного исполнения в соответствии с законом.

Поскольку в ЕС, России и Китае созданы правовые механизмы для противодействия ОЭМ, можно предположить, что они ожидают, что в обозримом будущем число лиц, против которых введены ОЭМ будет только увеличиваться.

### **Влияние ОЭМ на международный арбитраж**

Нарастающий массив национальных программ ОЭМ, введенных некоторыми государствами против граждан других государств, а также законы о противодействии ОЭМ негативно влияют на мировую торговлю, а следовательно, и на международный коммерческий арбитраж. Для того, чтобы защитить свои интересы в международном арбитраже, санкционная компания должна пройти сложную полосу препятствий в виде юридических и организационных ограничений, которые довольно часто становятся непреодолимым барьером на пути защиты своих прав. Практически на каждом этапе арбитражного процесса санкционной компании требуется совершить дополнительные действия, чтобы реализовать свои процессуальные права, что ставит ее в неравные условия по сравнению с оппонентом. Вне всяких сомнений это подрывает саму основу арбитража, который существует для обеспечения независимого и беспристрастного разрешения споров на принципах состязательности и процессуального равенства сторон. Среди прочих можно выделить проблемы, возникающие на этапах:

- a) привлечения внешних консультантов и подрядчиков (юристов, экспертов, переводчиков, стенографистов, центра для слушаний и др.);
- b) инициации арбитражного разбирательства и уплаты арбитражного сбора;
- c) формирования состава арбитража;
- d) анализа степени влияния ОЭМ на договорные обязательства;
- e) обращения в суд за отменой арбитражного решения; наконец,
- f) обращения в суд за признанием и приведением в исполнение арбитражного решения.

Хотя этот перечень не является исчерпывающим, указанные вопросы, пожалуй, чаще других возникают в делах с участием санкционных лиц. Ниже мы кратко рассмотрим некоторые из них.

## *Привлечение юридических представителей*

Как правило, подготовка к арбитражу начинается с выбора юридического представителя. Например, если компания находится под санкциями ЕС, то следует ожидать, что наём европейской юридической фирмы займет какое-то время, и не исключено, что поиск юристов окажется безрезультатным. Но даже если компания не находится под ограничительными мерами ЕС, а например, находится только под ограничительными мерами США, то европейские юридические фирмы, которые имеют присутствие в США или в которых работают американские сотрудники или обслуживаются американские клиенты могут отказаться от представления интересов санкционной компании.

Понимая, что процесс найма юристов будет сопряжен с вопросами ОЭМ, санкционные компании нередко обращаются сразу в несколько потенциальных юридических фирм. На этом этапе раскрывается информация о своем санкционном статусе, о контрагенте, а также общая информация о споре. В то время как некоторые юридические фирмы сразу отказываются от работы, другие проводят внутренний санкционный комплаенс и, в итоге, могут обратиться за государственной лицензией для представления интересов клиента. Поскольку заявка на получение лицензии ОЭМ требует раскрытия информации о сторонах, договоре и споре, само по себе такое обращение в государственный орган за лицензией может нанести вред обеим сторонам спора. Процесс получения лицензии может занять от нескольких недель до нескольких месяцев, в результате чего, список потенциальных юристов сократится с десятка до одного-двух в лучшем случае. Это существенно сокращает выбор кандидатов на представление интересов в арбитраже, по сравнению с возможностями контрагента по выбору юридического представителя. В конечном итоге, не исключено, что компания так и не сможет нанять юристов в той или иной юрисдикции. По этой причине за последние годы существенно возросла роль российских юридических фирм, к которым перешли на обслуживание российские компании, находящиеся под ОЭМ.

Кроме того, следует учитывать, что в работе с санкционными компаниями могут применяться более жесткие условия оплаты юридических услуг. Например, некоторые ОЭМ ограничивают сроки кредитования до 14 дней. Чтобы избежать обвинений в нарушении ОЭМ, юридические фирмы вынуждены гораздо чаще выставлять счета с тем, чтобы не «кредитовать» юридические услуги дольше 14 дней. Такой подход увеличивает объем административной работы со стороны юридических фирм и клиентов.

## *Привлечение эксперта*

Эксперты традиционно привлекаются в международные разбирательства для дачи пояснений по юридическим, бухгалтерским, техническим и другим узкоспециальным вопросам. По данным исследования, которое было проведено университетом QueenMary в 2012 году, *«в среднем, свидетели-эксперты участвуют в двух третях арбитражных*

*разбирательств»<sup>27</sup>. Кроме того, «в подавляющем большинстве арбитражных разбирательств свидетели-эксперты назначаются сторонами (90%), и реже – арбитрами (10%)».*

Таким образом, опрос показал, что преобладающей практикой в международных арбитражных разбирательствах является назначение экспертов именно сторонами. Санкционная компания, которая планирует привлечь эксперта в процесс, в принципе сталкивается с теми же проблемами, что и при привлечении в дело внешних юристов. В свою очередь, это может существенно ограничить список подходящих кандидатов на роль эксперта, увеличивает расходы и трудозатраты.

Одним из частых вопросов, который может быть поставлен перед юридическими экспертами является вопрос о влиянии ОЭМ на договорные обязательства. Например, если стоит вопрос о влиянии ОЭМ США, то это потребует эксперта, квалифицированного по праву США. Вместе с тем, в соответствии с Разделом 31 §589.506 (a) (1) свода федеральных нормативных актов США (Code of Federal Regulations), гражданам США разрешается консультировать санкционные компании по вопросам комплаенса и требований законодательства США<sup>28</sup>. Однако следует учитывать то, что §589.506 (a) не распространяется на предоставление экспертных показаний в иностранных судах или арбитражных судах от имени санкционной компании без получения соответствующей лицензии OFAC. На практике OFAC отказывает в выдаче таких лицензий. В этих обстоятельствах, для арбитражных процессов за пределами США приходится искать эксперта, который имеет юридическую квалификацию в США, имеет опыт работы в области ОЭМ США, не имеет конфликта интересов, и при этом, не является гражданином или резидентом США. Очевидно, что такой набор требований существенно сужает круг потенциальных экспертов, и в определенной степени нарушает принцип равенства сторон в арбитраже. В таких обстоятельствах, возможным практическим решением этой проблемы является назначение эксперта составом арбитража, а не сторонами. Поэтому, если сторона предвидит трудности с привлечением эксперта в арбитражном процессе, имеет смысл обсудить данный вопрос с составом арбитража и процессуальным оппонентом на самом раннем этапе разбирательства и включить договоренность в процессуальный приказ № 1. Альтернативой может стать соглашение (в арбитражной оговорке или Процессуальном приказе № 1) о применении Пражских правил об эффективной организации процесса в международном арбитраже, в которых фактически закреплен отказ от привлечения экспертов сторон, в пользу экспертов, которых назначает состав арбитража (статья 6)<sup>29</sup>.

### ***Привлечение подрядчиков***

Помимо прочего, сторонам арбитражного разбирательства могут потребоваться и факультативные услуги, например услуги переводчиков, стенографистов, поставщиков оборудования и программного обеспечения для слушаний, помещений для слушаний и другие. Несмотря на то, что данные услуги являются факультативными, а в ряде

<sup>27</sup> 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, P.29 [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2012_International_Arbitration_Survey.pdf).

<sup>28</sup> [https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?node=pt31.3.589&rgn=div5#se31.3.589\\_1506](https://www.ecfr.gov/cgi-bin/text-idx?node=pt31.3.589&rgn=div5#se31.3.589_1506).

<sup>29</sup> <https://www.praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>.

процессов и вовсе могут не понадобиться, обычно наём этих услуг происходит в авральном порядке и, как правило, незадолго до слушаний. Поскольку подрядчикам также потребуется время на проведение внутреннего комплаенса, это следует учитывать при планировании процесса.

Аналогично, чтобы избежать проволочек, стороны могут, например на этапе согласования процессуального приказа № 1, оговорить условия и порядок привлечения поставщиков факультативных услуг. Привлечение и оплата услуг может осуществляться непосредственно составом арбитража, с компенсацией расходов составу арбитража сторонами.

### ***Начало арбитражного производства в соответствии с институциональным арбитражным регламентом***

Для того, чтобы начать арбитражное разбирательство по правилам того или иного арбитражного института (далее – **АИ**) истец должен подать заявление об арбитраже (или исковое заявление) и оплатить регистрационный сбор. Если АИ находится в государстве, которое ввело ОЭМ против заявителя, АИ обязано соблюдать такие ограничения. Однако, даже если АИ находится в третьем государстве, которое не вводило ОЭМ, велика вероятность, что АИ сочтет необходимым пройти процесс комплаенса, чтобы убедиться, что не нарушает ОЭМ какого-либо государства, дабы исключить риск штрафных мер или вторичных санкций. Например, ОЭМ, введенные США, являются обязательными для «лиц из США» (граждан и резидентов США). Поскольку в некоторых ведущих европейских АИ работают лица из США, в том числе на руководящих должностях, это может распространить действие ОЭМ США на такие АИ, соответственно ОЭМ обретают экстерриториальный эффект. Чтобы избежать негативного эффекта от применения ОЭМ, АИ могут исключить лиц из США из процесса принятия решений и кейс менеджмента по санкционным делам («ringfencing»). По той же причине АИ может использовать нейтральную валюту, чтобы избежать связи с финансовой системой государства, которое ввело санкции. Так, например, ICC предлагает возможность оплаты арбитражного сбора в евро, как альтернативе доллару США.

В 2015 году ICC, LCIA и SCC опубликовали совместное заявление о потенциальном влиянии санкций ЕС на международные споры, администрируемые европейскими арбитражными институтами (далее – **Заявление**). В своем Заявлении АИ разъяснили, что *«Внесение физического или юридического лица в санкционный список не создает запрета на обращение с просьбой об арбитраже в ТПС, МТП, ЛМТС»*, с оговоркой, что такому физическому или юридическому лицу рекомендуется *«заранее сообщить в соответствующий арбитражный институт о намерении обратиться в него до подачи просьбы об арбитраже»*, для того чтобы учреждения могли *«обсудить со сторонами дополнительные административные требования, которые должны быть соблюдены ими или арбитражным институтом, например необходимость обращения в соответствующий государственный орган с заявлением о применении предусмотренного санкционным законодательством исключения из положения о замораживании активов в случаях, когда средства, предназначены исключительно для*

оплаты разумного профессионального вознаграждения или возмещения понесенных издержек, связанных с оказанием юридических услуг»<sup>30</sup>.

Совместное Заявление было с оптимизмом воспринято российскими пользователями арбитража. Подтверждением тому стали результаты Опроса Арбитражной Ассоциации о влиянии санкций на международный коммерческий арбитраж, который был проведен в 2016 году (далее – **Опрос РАА**). Опрос РАА показал, что, хотя некоторые пользователи уже столкнулись с проблемами администрирования дел в некоторых АИ, большинство выразило уверенность в том, что они смогут эффективно защитить свои права именно в институциональном арбитраже<sup>31</sup>. Вместе с тем, были и некоторые скептики, которые ставили под сомнение способность АИ обеспечить высокое качество администрирования санкционных споров.

Нужно сказать, что с годами число скептиков выросло, главным образом из-за реального опыта взаимодействия с АИ по санкционным спорам. Трудности в первую очередь были связаны с длительным процессом получения лицензий на администрирование дел в АИ и проблемами с оплатой арбитражных расходов АИ.

Одним из очевидных недостатков необходимости получения консультативных решений или лицензий от государственных органов является нарушение конфиденциальности. При получении государственного разрешения на администрирование дела, АИ раскрывает государственным органам информацию о сторонах и предмете спора, параметры спорного контракта. Учитывая высокую степень субъективности и политизированности в стандартах доказывания со стороны государственных органов, ответственных за введение и имплементацию ОЭМ, значительно возрастают риски штрафных мер и вторичных санкций. Поэтому нередко использование институционального арбитража несет дополнительные регуляторные и финансовые риски. В этом смысле арбитраж *ad hoc* все больше завоевывает популярность в спорах с участием санкционных лиц. В первую очередь благодаря тому, что можно обеспечить полную конфиденциальность процесса, ну и конечно благодаря тому, что состав арбитража *ad hoc* гораздо более гибок в плане структурирования арбитражных расходов.

В этой связи, некоторые российские компании, в том числе и те, кто не находится под ОЭМ, начинают постепенно пересматривать свои предпочтения в арбитраже, которые формировались на протяжении десятилетий. Некоторый спад числа российских дел уже сейчас можно увидеть в статистике ряда европейских АИ.

На сегодняшний день основным препятствием для рассмотрения споров в институциональном арбитраже является оплата санкционными лицами арбитражных расходов. Даже в тех случаях, когда денежные переводы осуществляются в не санкционной валюте, банковский отделы комплаенса обычно блокируют денежные переводы от санкционных или связанных с ними лиц. Например, локальный немецкий банк вероятнее всего откажется от проводки платежа от российского лица под ОЭМ

30 [https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc\\_icia\\_scc-on-sanctions\\_17-june-2015.pdf](https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_icia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf).

31 <https://arbitration.ru/upload/medialibrary/e1e/2016-raa-survey-on-sanctions-and-arbitration.pdf>.

США, даже если это лицо не включено в европейские ОЭМ, даже если платеж произведен в евро. Связано это со стремлением банка исключить любые риски штрафных мер или вторичных санкций со стороны властей США (OFAC). В конечном счете, не получив от истца оплаты регистрационного сбора или депозита на арбитражные расходы, АИ откажется от возбуждения или продолжения арбитражного разбирательства, как это предписывает арбитражный регламент.

Оплата арбитражных расходов является ахиллесовой пятой институционального арбитража. Как правило, АИ обслуживаются в одном-двух банках и не склонны рассматривать альтернативные валюты или альтернативные банки, которые бы согласились принимать платежи от санкционных компаний для покрытия арбитражных расходов. Аналогичная ситуация связана и с возвратом санкционной стороне неиспользованной части депозита на покрытие арбитражных расходов после завершения дела.

Процедуру инициации институционального арбитража, в том числе механизм оплаты арбитражных расходов, рекомендуется согласовывать сторонам на стадии составления арбитражного соглашения. Существует ряд договорных инструментов для минимизации негативных последствий потенциальных ОЭМ, включая каскадные арбитражные соглашения (*waterfall clauses*), альтернативные валютные и платежные условия, которые позволяют минимизировать негативное влияние ОЭМ на арбитражное разбирательство.

Растущее число дел, в которых возникают проблемы с администрированием споров с участием санкционных компаний, поднимает несколько концептуальных вопросов.

*Во-первых*, влечет ли отказ или невозможность со стороны АИ администрировать арбитраж неисполнимость, недействительность или иным образом прекращение действия арбитражного соглашения? От ответа на данный вопрос зависит то, прекращается ли пророгационный эффект арбитражной оговорки и возникает ли у санкционной компании право обратиться в государственный суд за защитой своих прав, если да, то в какой суд?

*Во-вторых*, если арбитражное соглашение считается неисполнимым в части администрирования спора согласованным АИ (в связи с невозможностью этого АИ получения оплаты от стороны спора), отменят ли это само намерение сторон передать все свои споры в арбитраж (а не в государственный суд)? Другими словами, обязаны ли стороны предпринять все возможные усилия для того, чтобы разрешить спор именно посредством арбитража, например, адаптировав оговорку под *ad hoc*?

*В-третьих*, если ответчик в арбитражном разбирательстве, который находится под санкциями, предъявляет встречный иск, но АИ не может принять от ответчика оплату дополнительного депозита на покрытие арбитражных расходов, и, как следствие, состав арбитража не рассматривает такой встречный иск, нарушает ли это права ответчика. Далее, оказывает ли это влияние на действительность/исполнимость всего арбитражного соглашения? Какой форум становится компетентным рассмотреть такой встречный иск и не возникнет ли ситуации с параллельными разбирательствами или конкурирующими

решениями?

*В-четвертых*, любой институциональный арбитражный регламент, по сути, является публичной офертой АИ оказать услуги по администрированию спора. Когда стороны включают ссылку на арбитражный регламент конкретного АИ, они принимают условия этой публичной оферты. Если АИ по какой-либо причине отказывается от администрирования спора, означает ли это что АИ нарушает взятые на себя обязательства в рамках арбитражного регламента?

*В-пятых*, если АИ по какой-либо причине отказывается от администрирования спора, влечет ли это гражданско-правовую ответственность АИ? Большинство арбитражных регламентов содержат положения об ограничении своей ответственности, однако такие положения обычно касаются «любого действия или бездействия в связи с арбитражным производством»<sup>32</sup>. Вместе с тем, согласно тем же арбитражным регламентам, арбитражное производство начинается после того, как АИ получает просьбу об арбитраже и оплату суммы регистрационного сбора. Формально, любой период времени до начала арбитражного производства (в том числе до уплаты регистрационного сбора) не охватывается положениями арбитражного регламента об ограничении ответственности АИ. Таким образом, сторона, которой отказано в администрировании спора, вправе обратиться в компетентный государственный суд для взыскания убытков в связи с нарушением АИ своих обязательств по арбитражному регламенту.

### ***Формирование состава арбитража***

Формирование состава арбитража также может создать определенные трудности в спорах, связанных с ОЭМ. Некоторые кандидаты могут отказаться от назначения арбитром от стороны под санкциями или председателем состава арбитража, особенно если ОЭМ наложены страной, гражданином или резидентом которой является кандидат. Такая ситуация как правило ограничивает круг подходящих кандидатов и замедляет процесс формирования состава арбитража. Ситуация может усугубиться, если применимым материальным правом является право государства, которое наложило ОЭМ, но подходящие кандидаты из этого государства не соглашаются принимать назначения. Еще хуже, если сторона арбитража попадает в списки ОЭМ, когда состав арбитража уже сформирован и началась активная фаза арбитражного процесса. В такой ситуации не исключено, что возникнет необходимость полной или частичной замены состава арбитража и «перезапуска» арбитражного процесса. Открытым также остается вопрос компенсации работы арбитра, который заявляет самоотвод в связи с введенными в течении арбитражного разбирательства ОЭМ.

Опрос РАА по влиянию санкций в 2016 году показал, что арбитры в целом не видят проблем с получением назначений от компаний, находящихся под действием ОЭМ. Было опрошено 99 арбитров, 62 из которых были гражданами государств, которые ввели ОЭМ против российских компаний, и 37 опрошенных – из других стран<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Rules (2017).

See, Article 41 of the ICC Rules of Arbitration (2021); Article 31 of the LCIA Arbitration Rules (2020); Article 52 of the SCC Arbitration

<sup>33</sup>

[https://arbitration.ru/upload/medialibrary/083/2016-russian-arbitration-association-survey\\_sanctions-and-arbitration.pdf.pdf](https://arbitration.ru/upload/medialibrary/083/2016-russian-arbitration-association-survey_sanctions-and-arbitration.pdf.pdf).

77 из опрошенных арбитров ответили, что если место арбитража находится в государстве, которое ввело ОЭМ, то они все же готовы выступить в качестве арбитра. Лишь 8 опрошенных отказались бы от назначения, а 15 человек не ответили на этот вопрос. Подводя итог, можно сказать, что 77% всех опрошенных арбитров приняли бы назначение от санкционной компании, если бы место арбитража находилось в государстве, которое ввело ОЭМ.

Однако если место арбитража находится за пределами государства, которое ввело ОЭМ, то 72 респондента приняли бы назначение, в то время как 7 опрошенных отказались бы, оставшийся 21 респондент не ответил на этот вопрос. Таким образом, 72% всех опрошенных арбитров приняли бы назначение от санкционной компании, если бы место арбитража не находилось в государстве, которое ввело ОЭМ.

Хотя результаты Опроса РАА достаточно оптимистичны, на практике, формирование состава арбитража нередко сопряжено с трудностями. В качестве практической рекомендации, на этапе разработке договора и арбитражного соглашения, сторонам не следует подчинять договор и арбитражное соглашение праву государства, которое ввело ОЭМ. Точно так же можно порекомендовать обращать внимание на существующие и потенциальные будущие ОЭМ при выборе места арбитража.

### ***Влияние ОЭМ на коммерческие контракты***

Нередко при разрешении спора с участием санкционной компании возникает необходимость правового анализа влияния ОЭМ на договорные обязательства сторон. Речь может идти о вопросах публичного порядка, форс-мажора, существенного изменения обстоятельств, тщетности, действительности и возможности исполнения договора, затронутого ОЭМ.

Хотя некоторые из этих вопросов могут быть урегулированы в самом договоре, толкование остальных может зависеть от норм применимого материального права, особенно его императивных норм. Поэтому содержание императивных норм должно учитываться при составлении договора и арбитражной оговорки. Например, одной из таких императивных норм является Статья 11 Регламента Совета (ЕС) № 833/2014 от 31 июля 2014 года об ограничительных мерах в связи с действиями России, дестабилизирующими ситуацию на Украине, которая гласит:

*«1. Никакие требования в связи с каким-либо договором или сделкой, исполнение которых было прямо или косвенно затронуто, полностью или частично, мерами, введенными в соответствии с настоящим Регламентом, включая требования о возмещении ущерба или любые другие требования такого рода, такие как требование о компенсации или требование по гарантии, в частности требование о продлении или выплате облигации, гарантии или возмещения, в частности финансовой гарантии или финансового возмещения, в любой форме, не подлежат удовлетворению, если они сделаны:*

- a) субъектами, упомянутыми в пунктах (b) или (c) Статьи 5 или перечисленными*

ми в Приложении III;

б) любыми другими российскими физическими, юридическими лицами или организациями;

с) любыми физическими, юридическими лицами или организациями, действующими через или от имени одного из физических, юридических лиц или организаций, упомянутых в пунктах (а) или (б) настоящего пункта».

Несмотря на то, что Статья 11 не конкретизирует, кто является субъектом правоприменения (пассивная форма – «никакие требования ... не подлежат удовлетворению»), теоретически эту формулировку можно интерпретировать как запрет всем АИ и арбитрам из ЕС удовлетворять любые требования, предъявленные санкционной компанией или от ее имени. Более того, такой запрет распространяется на «любые другие российские физические, юридические лица или организации». Несложно представить, что Статья 11 Регламента широко применяется европейскими компаниями для ограничения своей ответственности по ранее заключенным договорам с российскими контрагентами, которые попали под европейские ОЭМ.

Учитывая правовые и организационные сложности, которые может повлечь за собой применение того или иного национального права (например, сложность с наймом юристов, экспертов, назначение арбитров), российским компаниям рекомендуется выбирать применимое право нейтрального государства, которое не ввело и вряд ли введет ОЭМ в будущем. Более того, в качестве альтернативы, стороны могут полностью исключить применение национального права и обратиться к *lex mercatoria* (например, Принципам международных коммерческих договоров UNIDROIT) и разным типовым документам, разработанным отраслевыми организациями, например, формам FIDIC, INCOTERMS и другим.

### ***Отмена, признание и приведение в исполнение арбитражных решений***

Отмена, признание и приведение в исполнение арбитражного решения является конечным пунктом назначения. На этом этапе взыскатель столкнется с вопросом о том не нарушает ли исполнение арбитражного решения «публичный порядок» государства места исполнения арбитражного решения. Тема публичного порядка является неисчерпаемым источником вдохновения государственных судов, которые трактуют его по-разному. Не углубляясь в данный вопрос, можно буквально с помощью нескольких цитат проиллюстрировать практику применения публичного порядка государственными судами.

*«Невозможно дать определение публичному порядку и его сложно описать. Это переменная величина; она должна меняться, и она меняется в зависимости от привычек, уровня интеллектуального развития и допущений конкретного общества»<sup>34</sup>.*

*«Невозможно сказать, каков может быть взгляд человека или судьи на то, что*

34 Kekewich, J., *Davies v. Davies* (1887), L. R. 36 C. D. 364; see also *Egerton v. Earl Brownlow*, 4 H. L. C. 1.

такое публичный порядок»<sup>35</sup>.

«Публичный порядок – это крайне неуправляемый жеребец, однажды оседлав которого, вы не сможете даже предположить куда он вас понесет»<sup>36</sup>.

Действительно, невозможно сказать, каким может быть взгляд того или иного судьи на публичный порядок, особенно когда речь идет о действии ОЭМ в отношении взыскателя. В конце концов, для большинства санкционных компаний не так уж это и важно, потому как не всякий сможет успешно добраться до стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

### Что делать?

Как правило, ОЭМ вводятся в отношении компаний, которые активно вовлечены в международный торговый оборот. Многие исследования показывают, что именно коммерческий арбитраж является предпочтительным методом разрешения внешнеэкономических споров. Хотя нет никаких сомнений в том, что он таковым и останется, на повестке дня остро стоит вопрос о том, сможет ли институциональный арбитраж адаптироваться к меняющимся обстоятельствам, таким как быстрое расширение национальных программ ОЭМ. От этого зависит будущее ведущих АИ. Если АИ не предпримут активных защитных действий по минимизации влияния ОЭМ на администрирование дел, то все больше пользователей будет уходить в более нейтральные АИ (Азия, Африка, Латинская Америка), либо выбирать арбитраж *ad hoc* с местом арбитража в нейтральных государствах.

Пожалуй, единственным правильным решением было бы исключение арбитража из сферы действия ОЭМ. Именно АИ должны возглавить движение за арбитраж, свободный от политических ограничений с тем, чтобы: а) гарантировать доступ к правосудию, поскольку это является базовым и естественным правом каждого; и б) выполнить взятые на себя договорные обязательства по арбитражным регламентам.

Пора вспомнить, что международный арбитраж является делокализованной системой, которая предполагает значительную степень процессуальной свободы сторон. Полномочия АИ и арбитров основаны не на решениях органов исполнительной власти или текущей политической конъюнктуре, а на соглашении равных сторон. Пользователи арбитража сделали свой осознанный выбор. Мяч на стороне арбитражных институтов, чтобы доказать, что выбор этот правильный.

35 Jessel, M.R., *Besant v. Wood* (1879), L. R. 12 C. D. 620.

36 Burrough, J., *Richardson v. Mellish* (1824), 2 Bing. 252; quoted by Lord Bramwell in *Mogul Steamship Co.; McGregor, Gow and others*, 66 L. T. Rep. 6.

# КОНЦЕПЦИЯ РЕНЕССАНСА АРБИТРАЖНЫХ, АЛЬТЕРНАТИВНЫХ И СОКРАЩЕННЫХ ФОРМ РАЗРЕШЕНИЯ И РЕГУЛИРОВАНИЯ КОНФЛИКТОВ

## **Каменков Виктор,**



*научный консультант кафедры финансового права и правового регулирования хозяйственной деятельности,*

*директор Международного научно-образовательного центра медиации, примирения и третейских процедур Белорусского государственного университета,*

*заместитель председателя ОО «Белорусский республиканский союз юристов»,*

*член Совета директоров, руководитель Комиссии по урегулированию спортивных конфликтов Международной ассоциации по защите прав спортсменов (IARA),*

*национальный корреспондент Беларуси в ЮНСИТРАЛ,*

*д.ю.н., профессор*

Долгое время на пространстве нынешнего Содружества Независимых Государств, то есть СССР, господствовал по сути единый порядок разрешения любых и немногочисленных споров – судебный или правосудие, то есть разрешение споров государственными судами.

Судопроизводство в его современном полном смысле означает определенный процессуальным законом порядок осуществления правосудия, то есть деятельность государственного суда по разрешению спора и рассмотрению дела (совершение этим судом и иными участниками судопроизводства процессуальных действий в целях реализации их прав, законных интересов и обязанностей).

Сущностное определение судопроизводства, судебного процесса незначительно изменилось на протяжении не одного десятка лет. Наглядно это можно проследить на примере гражданского и арбитражного судопроизводства.

«Дореволюционные процессуалисты определяли гражданский процесс «...как форму судебного осуществления норм материального гражданского права с целью защиты таких же интересов, которые имеются в виду материальным правом, но недостаточно им обеспечиваются. Конечная цель процесса состоит в том, чтобы право не только существовало, но и действовало, так как путем процесса государство само приводит право к осуществлению... Следовательно, гражданский процесс есть порядок принудительного осуществления гражданского права, и сводится к совокупности норм, определяющих образ действия, как существующих органов защиты права, так и лиц, пользующихся этой защитой, или так или иначе привлекаемых к ней»<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> Смушкин А.Б., Суркова Т.В., Черникова О.С. Гражданский процесс: Учебное пособие. М.: Омега-Л, 2007. 320 с. (Гражданский процесс: курс лекций, читанных проф. Ю.С. Гамбаровым. 1894/95 ак.г. (цит. по: Хрестоматия по гражданскому процессу / Под общ. ред. М.К. Треушников. М., 1996. С. 10) (электронная версия).

Именно такое представление о судопроизводстве, о состязательном процессе твердо закрепилось на протяжении почти столетнего периода на советском и постсоветском пространстве не только в законодательстве, но и в правосознании людей.

Самыми «смелыми» сокращенными и упрощенными способами завершения судебного процесса по гражданским спорам были отказ от иска, признание иска и заключение мирового соглашения.

По различным причинам современные государства разных правовых систем «вспомнили» об арбитражах и третейских судах, об альтернативных формах урегулирования конфликтов, об упрощенных и сокращенных (ускоренных) форм судопроизводства (приказного, заочного). Среди этих причин: расширение сфер общественных отношений, где стала возможной правовая форма защиты прав, в т. ч. судебная, перегрузка государственных судов, сроки рассмотрения споров в судах, снижение уровня реального исполнения судебных актов и т.п.

Появились и реализованы новые идеи о медиации, об электронных форматах разрешения и урегулирования споров с учетом современных особенностей развития общественных отношений.

Говоря о современном глобальном расширении сфер общественных отношений, где стала возможной правовая форма защиты прав, назовем только такие, как физическая культура и профессиональный спорт, корпоративные отношения, банковские, финансовые, инвестиционные, использование цифровых технологий и т.п. И сегодня мы уверенно говорим о специализированных арбитражах: инвестиционном, спортивном, трудовом и иных.

А «вспомнить» было что. Ведь многие из перечисленных форм были хорошо известны нашим государствам в различные периоды истории. «Упрощенные формы осуществления правосудия известны со времен Древнего Рима многим системам права зарубежных государств (Австрии, Германии и др.) и дореволюционной России»<sup>38</sup>.

Нельзя не сказать и о Беларуси в этом смысле. Как свидетельствуют древние белорусские исторические и литературные источники, «...история применения этого вида АРС на территории Беларуси насчитывает не одну сотню лет. Так, первое письменное упоминание о привлечении третьих лиц для участия в разрешении спора на территории Беларуси относится к началу XIII века и содержится в статье 33 Договора Смоленского, Витебского и Полоцкого княжеств с Ригой, Готландской землей и немецкими городами 1229 года (далее – Договор 1229 года). В частности, говорится, что «русину не дати пересуда ни в Риге, ни на Готском берегу, ни Немечичю же платити пересуда в Смоленске или у Князя, или у Тиуна, или урядили будут добрії мужи»<sup>39</sup>. Под добрыми мужами надо понимать в современном значении тех, кто пользовался авторитетом у спорящих сторон, кто мог подсказать не столько судебные и правовые, но

38 Арбитражный процесс: учебник / А.В. Абсалямов, И.Г. Арсенов, Е.А. Виноградова и др.; отв. ред. В.В. Ярков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Инфотропик Медиа, 2010. 880 с. (электронная версия).

39 См.: Вішнеўскі, А.Ф., Юхо, Я.А. Гісторыя дзяржавы і права Беларусі ў дакументах і матэрыялах. – Мінск, 1998. – С. 23. (электронная версия).

справедливые пути регулирования конфликта. То есть это и арбитры, и медиаторы, и переговорщики.

В этой связи несколько слов и об арбитражной форме. Современное понимание арбитража многими авторами сводится к третейскому разбирательству.

Но исторически все складывалось несколько иначе. В своем историческом исследовании Волков А.Ф. со ссылкой на источники римского права указал, что миссии *judex* и *arbiter* различались по существу: древний *arbiter*, как его изображают Законы XII таблиц, был только лицом, обладавшим специальными знаниями для решения вопроса факта (например, оценка плодов при виндикации, вопрос о распределении воды, раздел наследства и собственности). *Arbiter* мог быть избран из народа, в то время как в качестве *judex* выступал сенатор или лицо из списка всадников<sup>40</sup>. То есть *Arbiter* – то физическое лицо, которому доверяют конфликтующие стороны, пользующееся у них авторитетом.

Понятие «арбитраж», возникшее от лат. *arbiter*, впоследствии вошло в законодательство и доктрину более чем 40 стран<sup>41</sup>.

Имеется в виду, что разработанный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) Типовой закон о международном торговом арбитраже был одобрен Резолюцией 40/72 Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1985 года. А на его основе приняты законодательные акты о международном торговом арбитраже более чем в 40 странах, среди которых Австралия, Великобритания, Канада, Испания, Португалия, Украина, Япония<sup>42</sup>.

Имеются и иные объективные закономерности. Не случайно, в частности в Беларуси и Российской Федерации, арбитражные и третейские суды, альтернативные и иные упомянутые выше формы урегулирования конфликтов стали активно внедряться и использоваться хозяйственными и арбитражными судами этих государств. То есть государственными судами, рассматривающими споры, связанные с экономикой, где главным принципом является сохранение добрых деловых отношений между партнерами, где деньги не любят лишнего шума. Кстати, в основном представители этих же судов стали инициаторами возрождения арбитражей и иных форм АРС в спорте, инвестиционной сфере и т.д.

Следовательно, нужно было найти те формы, которые, не нарушая законности, правопорядка, отвечали бы интересам сторон, были бы справедливыми. А «...история торгового (коммерческого) судопроизводства и судопроизводства в период со времен Древнего Рима до новейшего времени свидетельствует не только о преемственности, но и о непрерывном поиске новых процессуальных форм, соответствующих задачам осуществления правосудной деятельности, интересам тяжущихся сторон»<sup>43</sup>.

40 Волков А.Ф. Торговые третейские суды. Историко-догматическое исследование. СПб., 1913. С. 1. (электронная версия).

41 Черникова И.В. Понятия «арбитраж», «третейский суд» и «арбитражный суд» в российском законодательстве и вопросы, возникающие при их использовании // Российский судья. 2020. № 4. С. 29 - 33. (электронная версия).

42 Хлестова И.О. Типовой закон о международном торговом арбитраже и российский Закон о международном коммерческом арбитраже: общее и особенное // Журнал российского права. 2011. № 6. С. 78 - 88.

43 Фурсов Д.А. Процессуальный режим деятельности арбитражного суда первой инстанции. М., 1999. С. 13 - 14. (электронная версия).

И на самом деле, если внимательно изучить становление института медиации в Республике Беларусь, то можно отчетливо заметить творческие поиски нужной модели. Вначале на базе инициативной группы, созданной с использованием известного административного ресурса, начали внедрять так называемое посредничество. Роль посредников между спорящими сторонами и тогда исполняли работники аппаратов хозяйственных судов. Далекое не все судьи, в том числе председатели судов, были в восторге от предложенной инициативы. Не говоря уже о руководителях организаций (истцов и ответчиков) разных форм собственности и подчиненности. Поэтому нужно было провести многочисленные мероприятия по разъяснению преимуществ посредничества для самих же сторон, а не только для суда (не только традиционные лекции, семинары, но и выступления на заседаниях исполкомов различного уровня, включение в проекты их решений соответствующих разъясняющих норм и т.п.).

Затем посредничество, когда оно стало понятным и воспринято, на законодательном уровне было переименовано (и наполнено новым содержанием) в судебную медиацию. После появился проект закона о медиации, который уже предусматривал не только судебную, но и внесудебную форму медиации. Был также инициирован и принят парламентом закон о третейских судах. И все это по инициативе одной из систем государственного правосудия. Конечно, при поддержке коллег из иных государственных органов и негосударственных организаций, в том числе БРСЮ.

С сегодняшних позиций все это можно назвать творчеством в интересах других лиц. Такая инициатива заслуживает всяческой поддержки со стороны не только гражданского общества, но и государства.

Сегодня можно и нужно говорить о дальнейшем развитии указанных выше способов урегулирования конфликтов и споров. Потому что это реальный резерв для:

- достижения основной цели – согласия в отношениях, складывающихся в бизнесе, в спорте, в семье, в школе, в трудовом коллективе – в обществе;
- учета совместной воли заинтересованной группы субъектов права: трудового коллектива, коллектива индивидуалов (предпринимателей, инвесторов, спортсменов), жителей регионов и всего белорусского народа при решении вопросов, отнесенных к их компетенции;
- снижения доли «вмешательства» государства в дела частные;
- увеличения времени, которое государственные суды и иные компетентные государственные органы могут посвятить делам наиболее сложных категорий;
- реального повышения качества государственного правосудия в сфере не только экономики, но и в иных сферах;
- сокращения нагрузки на судей, аппарат судов и судебных исполнителей;
- координации усилий гражданского общества и государства в решении общих

проблем.

Образно выражаясь, можно утверждать, что на место только состязательного (воинствующего и противоборствующего) государственного судебного процесса разрешения споров приходит эпоха рационального использования и сочетания смешанных форм: состязательного наряду с широким применением альтернативных форм урегулирования конфликтов.

Естественно будет предположить, что все выше перечисленные формы урегулирования конфликтов могут, и будут совершенствоваться, развиваться.

При этом, на наш взгляд, на определенных законом уровнях регулирования необходимо будет координировать сохранение определенного баланса между названными формами урегулирования и разрешения споров и конфликтов, чтобы не причинить вреда (прямого или косвенного) интересам тяжущихся сторон, интересам правосудия, правопорядка, в конечном итоге – государства и общества.

Для поддержания обозначенного баланса требуется выработка концептуальных подходов и критериев, которым должно соответствовать изменяющееся законодательство. Должна быть также определенная ясность для спорящих сторон и для суда (а в конечном итоге и самого общества и государства), с какими категориями рисков они могут столкнуться при сохранении или нарушении этого баланса.

Некоторые российские исследователи обозначили отдельные из возможных критериев и приоритетов, которые, к сожалению, не являются бесспорными.

Так, в одной из работ было указано, что «...любые изменения в гражданской процессуальной форме допустимы лишь при условии обеспечения более эффективной судебной защиты прав, свобод и охраняемых законом интересов граждан и организаций. Другие интересы, например упрощение производства для самого суда...должны отступить на второй план»<sup>44</sup>.

Дискуссионность приведенного, на первый взгляд привлекательного для сторон, тезиса заключается в следующем.

Во-первых, просто изменять процессуальные нормы без учета нагрузки, имеющейся в государственных судах, было бы неверным. Потому что, эти нормы вообще можно не изменять и тогда сверхнагрузка в судах приведет, в конечном итоге, к искажению самой сути правосудия. Когда на рассмотрение конкретного дела в исковом производстве отводится несколько минут, то этот процесс уже трудно назвать судопроизводством или правосудием. В таком судопроизводстве судебные ошибки приобретают характер хронический, они не приводят к защите прав и законных интересов, а могут их нарушать.

Во-вторых, стремиться к тому, чтобы каждое изменение процессуальной формы вело, безусловно, к обеспечению более эффективной защиты прав, конечно, нужно. В этом весь смысл, каких бы то ни было изменений. Одновременно нельзя забывать, что

<sup>44</sup> Жилин А.Г. Цели гражданского судопроизводства и их реализации в суде первой инстанции: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000 (цитата по Решетникова И.В. Упрощенное производство. Концептуальный подход. Закон, 2013, № 4, с. 94).

когда мы говорим о совершенствовании нормы состязательного процесса, то применить принцип эффективности к двум и более спорящим сторонам в равной степени невозможно. Как эффективно выигрывает спор одна сторона, так же «эффективно» его проигрывает другая сторона.

Другое дело, в-третьих, когда мы говорим об изменении процессуальной нормы, позволяющей не вовлекать стороны в состязательный процесс, а предоставить им возможность самим, с помощью суда или вне судебного процесса мирно завершить конфликт. Представляется, что степень эффективности защиты прав обеих (и более) сторон здесь возрастает до максимальной величины.

В-четвертых, главное заключается в том, чтобы стороны ясно осознавали преимущества и риски в каждой из возможных для использования форм урегулирования конфликта.

Если для сторон наиболее важно исследование всех имеющихся доказательств и даже их нюансов, они выбирают исковое производство. Но рискуют при этом временем урегулирования спора, возможностью сохранения добрых отношений, дополнительными материальными затратами.

Если характер складывающихся или сложившихся между сторонами отношений едва ли носит спорный характер, нет необходимости исследовать бесспорные доказательства, они дорожат своим временем и отношениями – они выбирают приказное и иные виды сокращенных производств.

Если отношения между сторонами многогранные и сложные, нет убеждения в своей правоте ни у одной из сторон, приказное производство не применимо, а исковое имеет туманные временные и сущностные перспективы, то здесь наиболее лучшей формой урегулирования спора будет медиация, арбитраж и иные виды АРС.

Конечно, приведенная классификация условна и возможны различные варианты, в том числе их сочетание.

Например, уже современной практике известны следующие виды «... комбинированных процедур:

- медиация-арбитраж (мед-арб) – это процедура последовательного урегулирования и разрешения спора с помощью медиатора-арбитра в одном лице, который в случае недостижения сторонами соглашения уполномочен разрешить спор в порядке арбитража;
- арбитраж-медиация (arb-med) – процедура, представляющая собой применение медиации в ходе арбитражного разбирательства с помощью арбитра-медиатора в одном лице, содействующего сторонам в урегулировании спора, в случае достижения соглашения арбитражное разбирательство прекращается;
- арбитраж-медиация-арбитраж (arb-med-arb) – процедура применения медиации в ходе арбитражного разбирательства с помощью арбитра-медиатора в одном лице,

который в случае достижения сторонами соглашения принимает арбитражное решение на согласованных сторонами условиях;

- независимая экспертная оценка – процедура урегулирования спора на основе заключения избранного сторонами квалифицированного специалиста, в котором дается правовая и/или фактическая оценка обстоятельств дела;
- мини-суд – процедура урегулирования спора с участием топ-менеджеров сторон, юристов и третьего независимого лица, возглавляющего слушание дела и принимающего рекомендательное решение по урегулированию спора.

Во всех указанных комбинированных процедурах присутствуют переговоры, а также включаются элементы медиации или арбитража»<sup>45</sup>.

Об этих проблемах говорят и пишут авторитетные исследователи и правоприменители уже на протяжении десятков лет.

Так, известный российский правовед Зорькин В.Д. указывает, что «...третейский суд выступает особой разновидностью медиативных (примирительно-согласовательных) форм реализации юрисдикционной деятельности, ориентированной в итоге на воспроизводство партнерского взаимодействия между участниками спора (конфликта). Вместо фактора государственного принуждения, на котором во многом основывается эффективность правосудия, осуществляемого государственными судами, в основе альтернативных форм защиты прав лежит готовность сторон правового конфликта к его урегулированию с целью продолжения дальнейшего сотрудничества»<sup>46</sup>.

Он также подчеркивает мотивы, причины и принципы такого желания спорящих сторон: «...основания, процедурные условия и комплектование состава арбитража, применимое право, исполнимость решения определяются согласованием интересов сторон, которые, сознательно отказываясь от обращения к государственному правосудию и прибегая к альтернативному средству защиты, исходят из стратегического интереса обеспечения и поддержания долгосрочных взаимовыгодных отношений»<sup>47</sup>.

Не менее содержательны и интересны мнения других авторитетных исследователей, которые мы приводим здесь тезисно, но они свидетельствуют о наметившейся в мире тенденции.

«Медиативность, сопряженная с диспозитивным началом правосудия, может рассматриваться как ориентир всего судебного права: оптимум диспозитивного правосудия, правосудие согласованных решений, сообразуемых с законом, выработанных в свободном обсуждении сторон совместно с судьей»<sup>48</sup>.

«...именно третейство, подразумевающее минимальное участие в его регулировании императивных норм и не опосредованное руководящей, властно-распорядительной позицией суда, дает проявлениям диспозитивности наиболее широкий простор, делает

45 Международный коммерческий арбитраж: Учебник / С.А. Абесадзе, Т.К. Андреева, В.Н. Ануров и др.; отв. ред. Т.А. Лунаева; науч. ред. О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. Вып. 9. 965 с. (электронная версия).

46 Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма; ИНФРА-М, 2011. С. 378. (электронная версия).

47 Там же.

48 Мурадян Э.М. Истина как проблема судебного права. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 2004. С. 29. (электронная версия).

примирение наиболее востребованным»<sup>49</sup>.

Как свидетельствует зарубежный опыт современных реформ в третейской сфере, значение медиативной роли арбитража возрастает<sup>50</sup>.

«...то обстоятельство, что медиатор в классической ипостаси не обладает полномочиями по принятию обязательного для сторон решения, а лишь организует и проводит переговоры в целях совместного поиска решения по спору, свидетельствует не об отсутствии сопряжения третейского разбирательства с медиативной процедурой, а скорее о методологической упрощенности в понимании медиации в аспекте статусных характеристик осуществляющего ее лица. Суть медиации определяется ее функционально-целевой направленностью на переговорно-согласительные процедуры и результаты, что неотделимо от арбитража»<sup>51</sup>.

Мы понимаем дискуссионность многих из поднятых вопросов и призываем обсудить их публично, в том числе в рамках научных статей и диссертаций.

---

49 О процедурной диспозитивности третейского разбирательства см.: Савостьянов Г.В. Правовая природа третейского разбирательства и компетенция третейского суда в сфере недвижимости: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 8 (электронная версия).

50 Щавелев А. Новый Регламент Коммерческого Арбитража 2018 Немецкого Арбитражного Института // Сборник статей о праве Германии / Германно-Российская ассоциация юристов. Вып. 3 (июнь 2018 года). С. 263. (электронная версия).

51 Джагарян А.А., Бенедская О.А. Не меньше, чем суд: конституционная природа третейского разбирательства в российской правовой системе // Сравнительное конституционное обозрение. 2018. № 5. С. 106 - 125. (электронная версия).



## РАСКРОЙТЕ КАРТЫ: НОВЫЙ ВЗГЛЯД НА НЕЗАВИСИМОСТЬ И БЕСПРИСТРАСТНОСТЬ?

**Павловская Вероника,**

*старший юрист Arzinger Law Offices*

Значительным преимуществом разрешения споров в международном арбитраже является независимость и беспристрастность арбитров, напрямую связанная с обязанностью арбитров раскрыть информацию об их предыдущем взаимодействии с иными участниками процесса, а также о наличии ранее сформированной позиции по процессуальным или материальным вопросам. В настоящей статье мы указали на универсальный характер применяемых стандартов, проанализировали недавние судебные дела и изменения в арбитражных регламентах на предмет наличия нового понимания содержания стандартов и их применения не только к арбитрам, но и к другим участникам процесса.

### *Универсальность стандартов*

Независимость и беспристрастность арбитров являются универсальными международными стандартами, закрепленными в арбитражных регламентах и законах об арбитраже в различных юрисдикциях<sup>52</sup>. Эти требования сформированы исторически: в древней Греции термин «*Koinos*», которым обозначался арбитр, являлся фактически синонимом термина «беспристрастность»<sup>53</sup>.

Сегодня наиболее известным и эффективным международным инструментом в части обеспечения независимости и беспристрастности являются Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration). Данные Руководящие принципы включают Общие Стандарты независимости и беспристрастности арбитров, раскрытия ими информации, а также содержат три перечня конкретных ситуаций, в которых требуется раскрытие информации или отвод арбитра («Красный» (делится на два перечня, по одному из которых отказ от возражений не допускается, а по второму – допускается), «Оранжевый» и «Зеленый»).

Вместе с тем, в 2018 году в международном опросе, проведенном Лондонским Университетом Королевы Марии и юридической фирмой White & Case, 80% респондентов ответили, что арбитражные регламенты также должны отражать стандарты независимости и беспристрастности<sup>54</sup>. Вместе с тем, составители отчета отмечают, что нет единообразного понимания содержания данных стандартов, и

<sup>52</sup> Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1999, p. 561.

<sup>53</sup> Chapter 12: Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration, in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Second Edition), 2<sup>nd</sup> edition, Kluwer Law International 2014, p. 1802.

<sup>54</sup> 2018 Queen Mary University of London (QMUL) White & Case International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, p. 34.

каждый раз представители сторон находят новые основания для отвода арбитров<sup>55</sup>. Так, содержание указанных стандартов меняется со временем и развитием практики.

### *Дело Halliburton Company v. Chubb Bermuda Insurance Ltd.*

Одним из наиболее резонансных дел, связанных с независимостью и беспристрастностью арбитра, является дело *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd.*<sup>56</sup>, рассмотренное Верховным Судом Великобритании.

Данное дело было связано с назначением одного и того же арбитра для разрешения трех споров между разными сторонами, связанных со взрывом нефтяной платформы «Deerwater Horizon» в Мексике, нераскрытием им в рамках первого из споров сведений о назначении в двух последующих спорах, а также последствиями нераскрытия информации.

Первое арбитражное разбирательство между компаниями Halliburton Company (далее – Halliburton) и Chubb Bermuda Insurance Ltd. (далее – Chubb) было связано с отказом последней в выплате страхового возмещения в связи со взрывом нефтяной платформы. Арбитры, назначенные сторонами, не смогли выбрать председателя, и в соответствии с контрактом Высокий Суд Англии и Уэльса назначил господина Кеннета Рокисона председателем состава арбитров. До своего назначения в июне 2015 года господин Рокисон раскрыл информацию о том, что он ранее выступал в качестве арбитра по делам с участием Chubb, а также был назначен арбитром в двух продолжающихся на тот момент разбирательствах с участием данной компании.

Во втором арбитражном разбирательстве, начавшемся в декабре 2015 года и связанном с тем же взрывом нефтяной платформы, ответчик – компания Chubb назначила господина Рокисона арбитром. Истцом в данном разбирательстве был владелец буровой установки, компания Transocean Holdings LLC (далее – Transocean). До своего назначения господин Рокисон раскрыл сведения о первом разбирательстве Transocean, но не раскрыл информацию о новом назначении в первом разбирательстве.

Более того, господин Рокисон не раскрыл Halliburton сведения о своем назначении в третьем арбитражном разбирательстве, связанном с взрывом платформы «Deerwater Horizon», где он был назначен компанией Transocean.

Нераскрытие господином Рокисоном для Halliburton информации о последующих назначениях и стали предметом разбирательства в Высоком Суде Англии и Уэльса, а затем и в Верховном Суде Великобритании.

В рамках разбирательства в Верховном Суде с позицией о необходимости раскрытия арбитрами информации о последующих назначениях и содержании стандартов независимости и беспристрастности участвовали представители Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ИСС), Лондонского международ-

55

*Ibid*, p. 33.

56

*Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd (formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd)* [2020] UKSC 48.

ного арбитражного суда (LCIA), Королевского института арбитров (CIArb), Лондонской ассоциации морских арбитров (LMAA) и Международной ассоциации торговли зерном и кормами (GAFTA). Необходимо отметить, что вмешательство («intervention») арбитражных институтов в разбирательства в государственных судах является весьма редким явлением и, в данном случае, подчеркивает фундаментальность рассматриваемых Верховным Судом арбитражных стандартов.

В своем решении Верховный Суд подтвердил, что беспристрастность арбитра является ключевым принципом арбитража, который в английском праве применяется одинаково как к арбитрам, назначенным сторонами, так и к председательствующим арбитрам, назначенным по соглашению арбитров или судом. Однако Верховный Суд отметил, что могут быть обстоятельства, в которых множественные назначения по спорам, связанным с одними и теми же или связанными обстоятельствами, с участием только одной стороны могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности арбитра у объективного стороннего наблюдателя в связи с асимметричностью информации, доступной арбитру, участвующему в нескольких разбирательствах, вытекающих из одних фактических обстоятельств.

Верховный Суд также признал, что обязанность раскрытия информации является составляющим элементом законной обязанности арбитра действовать честно и беспристрастно, но не превалирует над обязанностью арбитра по английскому праву соблюдать конфиденциальность при наличии соответствующего соглашения сторон. В случае с господином Рокисоном Верховный Суд установил, что между сторонами второго и третьего разбирательств не было соглашения о конфиденциальности, поэтому господин Рокисон должен был раскрыть информацию о них для Halliburton в первом разбирательстве.

Так, Верховный Суд подтвердил правило «Раскрывай, если сомневаешься» («When in doubt, disclose»): если есть хоть какие-либо обстоятельства, которые могут вызвать сомнения в независимости и беспристрастности, лучше раскрыть их сторонам как можно раньше. И хоть сам факт участия в нескольких разбирательствах не был признан нарушением стандарта беспристрастности, нераскрытие информации арбитром вызвало сомнения и разбирательства в нескольких инстанциях.

### *Недавние изменения в арбитражных регламентах*

Арбитражные институты не остаются в стороне дискуссии о независимости и беспристрастности арбитров. Арбитражные институты не только закрепляют независимость и беспристрастность арбитров в своих регламентах (например, ст. 11(1) Арбитражного регламента ICC, ст. 5(3) Арбитражного регламента LCIA, но и в рамках новых изменений добавляют механизмы, которые способствуют обеспечению этих стандартов.

Недавние изменения, внесенные в Арбитражный регламент ICC и вступившие в силу с 1 января 2021 года, вводят регулирование смены представителей сторон на

любой стадии процесса. В частности, согласно ст. 17 Арбитражного регламента ICC при смене представителей сторона должна максимально оперативно уведомить Секретариат, состав арбитража, если он уже сформирован, и другую сторону. При этом состав арбитров с учетом мнения сторон может предпринять все необходимые меры во избежание возможного конфликта интересов в связи со сменой представителей, в том числе, отстранить новых представителей от участия в разбирательстве или его части. Аналогичная норма содержится в ст.ст. 18(3)-(4) Арбитражного регламента LCIA с 2014 года.

Данные нормы решают проблему, периодически возникающую на практике. Например, в деле *Hrvatska Elektroprivreda d.d. (HEP) v Republic of Slovenia*<sup>57</sup> ответчик назначил нового представителя за 10 дней до начала слушаний дела по существу, при этом новый представитель и председательствующий арбитр входили в состав одной коллегии барристеров. Истец потребовал раскрытия информации в соответствии с Общим Стандартом 2(b) и абзацем 3.3.2 «Оранжевого Перечня» Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже. Несмотря на то, что и председательствующий арбитр, и новый представитель сообщили о том, что между ними нет профессиональных и персональных взаимоотношений, составом арбитров было принято решение о запрете участия в разбирательстве новому представителю ответчика, что устранило все сомнения истца в беспристрастности председательствующего арбитра<sup>58</sup>.

После внесения последних изменений в Арбитражный регламент ICC, он также предусматривает необходимость раскрытия финансирования иска третьей стороной (ст. 11(7) Арбитражного регламента ICC 2021 года), чтобы обеспечить прозрачность и исключить возможность конфликта интересов между такой стороной и арбитрами.

### ***Независимость и беспристрастность иных участников процесса***

Арбитры не являются единственными участниками процесса, к которым применяются стандарты независимости и беспристрастности. Например, такие требования могут также применяться к экспертам (ст. 21.2 Арбитражного регламента LCIA, ст.ст. 3(8), 5(2)(с) и 6(2) Правил Международной Ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже и ст. 4 Протокола CIArb об использовании эксперта-свидетеля, назначенного стороной, в международном арбитраже<sup>59</sup>) и к арбитражным секретарям (ст. 14А Арбитражного регламента LCIA<sup>60</sup>, п. 2.10 Руководства об использовании секретаря состава арбитров НКІАС и ст. 2(3) Руководства Young ICCA об арбитражных секретарях). Вместе с тем, существует дискуссия о том, являются ли стандарты независимости и беспристрастности для иных участников процесса аналогично высокими, как стандарты, предъявляемые к арбитрам. Полагаем, что данный вопрос может быть урегулирован арбитражными регламентами.

<sup>57</sup> *Hrvatska Elektroprivreda d.d. (HEP) v Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24.

<sup>58</sup> *Hrvatska Elektroprivreda d.d. (HEP) v Republic of Slovenia*, ICSID Case No. ARB/05/24, Order Concerning the Participation of Counsel, 6 May 2008.

<sup>59</sup> Ст. 4 Протокола CIArb об использовании эксперта-свидетеля, назначенного стороной, в международном арбитраже предусматривает, что вознаграждение эксперта не должно влиять на его беспристрастность (ст.4(2)) и что отчет эксперта должен быть независимым (ст. 4(1)).

<sup>60</sup> Указанная норма была внесена в регламент в 2020 г.

Вопросы независимости и беспристрастности экспертов также являются предметом судебных разбирательств. Основания наличия у эксперта обязанности не иметь конфликта интересов был рассмотрен Апелляционным судом Англии и Уэльса в деле *Secretariat Consulting PTE Ltd & Others v A Company*<sup>61</sup>. Суть данного дела заключалась в том, что в двух арбитражных разбирательствах, связанных со строительством нефтехимического завода, истец в первом разбирательстве и ответчик во втором разбирательстве выбрали в качестве экспертов специалистов разных компаний группы Secretariat Consulting, которым необходимо было дать заключение для двух противоположных позиций на основании одних фактических обстоятельств. Несмотря на обещания экспертов обеспечить отсутствие взаимодействия между командами, работающими над разными разбирательствами, истец по первому делу в устной форме выразил сомнения в отсутствии конфликта интересов. Более того, на определенном этапе истец по первому делу обратился к экспертам с поручением распространить их полномочия и на второе разбирательство. После этого всем участникам разбирательств стало известно о том, что эксперты компаний одной группы работают в обоих делах. После этого истец по первому делу обратился в суд в связи с нарушением экспертами группы компаний Secretariat Consulting их фидуциарной обязанности. При этом фактического нарушения конфиденциальности со стороны экспертов установлено не было.

В своем решении Апелляционный суд ссылается на Правила Международной Ассоциации юристов по получению доказательств в международном арбитраже и Протокол CI Arb об использовании эксперта-свидетеля, в соответствии с которыми экспертное заключение должно быть независимым, беспристрастным и объективным. Апелляционный суд также установил, что обязанность экспертов не иметь конфликта интересов является фидуциарной, однако в данном деле большее значение имеет тот факт, что она была также предусмотрена контрактом и применялась ко всей группе компаний Secretariat Consulting. Кроме того, проанализировав роль экспертов в процессе и объем их поручений, Апелляционный суд установил, что в обоих разбирательствах есть пересечение дел, ролей, проекта и вопросов по существу, и у экспертов был конфликт интересов. При этом Апелляционный суд отметил, что наличие конфликта интересов должно оцениваться в каждом случае по отношению к отдельному проекту, а факт работы экспертов за или против одной и той же компании – это то, что неизбежно случается на практике.

### ***Новые стандарты?***

Каждый раз при получении решений по резонансным делам или при внесении изменений в арбитражные регламенты мы задаем себе вопрос о том, изменяют ли они ранее действовавшие стандарты. В случае с последней практикой и изменениями в части независимости и беспристрастности – нет, не изменяют, они, скорее, углубляют наше понимание этих стандартов в преломлении к отдельным ситуациям и отдельным участникам процесса. Более того, новые решения и изменения подтверждают важность соблюдения данных стандартов участниками арбитражных разбирательств, какими бы сложными по составу или материальным требованиям ни были бы такие разбирательства.

<sup>61</sup> *Secretariat Consulting PTE and others v A Company* [2021] EWCA Civ 6.

Именно поэтому в арбитражные регламенты вносятся необходимые дополнения, а суды детально исследуют содержание стандартов.

По-прежнему, важную роль играет обязанность раскрытия информации об обстоятельствах, которые могут вызвать сомнения в независимости и беспристрастности, на наиболее ранней стадии арбитражного разбирательства. Именно своевременное раскрытие «всех карт» позволит избежать долгих и зачастую неприятных слушаний об отводе арбитра или эксперта, влекущих дополнительные расходы сторон и отсрочку разрешения спора по существу.

# АРБИТРАЖ КАК МЕХАНИЗМ РАЗРЕШЕНИЯ ПОТЕНЦИАЛЬНЫХ СПОРОВ МЕЖДУ ПРЕДПРИЯТИЯМИ БЕЛАРУСИ И ГОСУДАРСТВ ЦЕНТРАЛЬНО-АЗИАТСКОГО РЕГИОНА

**Путилин Илья,**



основатель «Putilin Dispute Management» ([www.putilin.law](http://www.putilin.law));

Приглашенный профессор в области международного разрешения споров;

член Арбитражного Суда Ташкентского Международного Арбитражного Центра;

Действительный член (FCIArb) Королевского Института Арбитров (CIArb), Великобритания;

Арбитр Международного Арбитражного (Третейского) Суда «Палата Арбитров при Союзе Юристов»;

e-mail: [elijah@putilin.law](mailto:elijah@putilin.law)

## I. Введение

Буквально несколько недель назад в Ташкенте состоялась международная выставка «UzFood», в рамках которой ведущие предприятия Беларуси презентовали «передовые отечественные разработки» в области пищевой промышленности<sup>62</sup>. Как сообщает информационное агентство «Sputnik», представленная продукция вызвала у посетителей выставки немалый интерес<sup>63</sup>. Подобная реакция со стороны узбекских предприятий отнюдь не удивительна: белорусские предприятия давно зарекомендовали себя на местном рынке.

Так, по данным Посольства Республики Беларусь в Узбекистане, только в 2020 году объем товарооборота между двумя государствами составил 280 млн долларов США, из которых более 60% приходится на сельскохозяйственную продукцию и транспортные средства (в т.ч. сельхозтехнику)<sup>64</sup>. Совокупный же объем товарооборота между Беларусью и государствами Центрально-Азиатского региона в прошлом году превысил 1 млрд долларов США<sup>65</sup>.

Принимая во внимание ужесточившиеся экономические связи, а также глобальный рост спроса на продовольственную продукцию, который лишь усилится из-за пандемии коронавируса, представляется, что в ближайшие годы *товарооборот* между Беларусью и государствами Центрально-Азиатского региона *будет только расти*.

Однако у каждой медали есть и обратная сторона: рост экономических связей между предприятиями Беларуси и государств Центрально-Азиатского региона *потенциально приведет к увеличению частоты возникновения спорных ситуаций*, связанных с (не) исполнением внешнеторговых контрактов.

62 <https://uz.sputniknews.ru/20210429/belarus-predstavit-svoi-produkty-na-prodovolstvennoy-vystavke-v-tashkente-18560278.html>.

63 Там же.

64 [https://uzbekistan.mfa.gov.by/ru/bilateral\\_relations/trade\\_economic/](https://uzbekistan.mfa.gov.by/ru/bilateral_relations/trade_economic/).

65 По данным Посольств Республики Беларусь в государствах Центрально-Азиатского региона.

В настоящей статье я рассмотрю, каким образом предприятия Беларуси могут *минимизировать риски* возникновения спорных ситуаций (раздел II), а в случае возникновения споров с контрагентами из Центрально-Азиатского региона *почему* белорусским предприятиям следует рассмотреть *арбитражный механизм их разрешения* (раздел III).

## **II. «Хочешь мира – готовься к войне»: недооцененная важность грамотного составления контракта и «контракт-менеджмента»**

Вступая в экономические отношения, предприятия зачастую исходят из того, что тот или иной проект (будь то поставка сельхозтехники или строительство современного мясокомбината) будет успешно реализован, а спорные ситуации, если такие и возникнут, будут оперативно и безболезненно решены путем переговоров.

Ведомые «экономическими ожиданиями», которые, кстати, не редко не соответствуют «правовой действительности», стороны склонны уделять недостаточное внимание тексту контракта, а также контролю над его исполнением.

Подобное отношение не только существенно *увеличивает вероятность наступления спорных ситуаций*, но и может привести к ситуации, когда одна из сторон спора *de facto* права, но не в состоянии защитить свои права и законные интересы *de jure*.

Как можно этого избежать?

Следовать «золотым» правилам составления контрактов, а также внедрить эффективную систему контракт-менеджмента на предприятии.

### **A. «Золотые» правила составления контрактов**

#### **a. Чем проще – тем лучше**

Составляя контракт, стороны должны понимать, что при возникновении спорной ситуации контракт будет читать человек, который не только не принимал участие в переговорах, но и, возможно, в принципе никогда до этого не сталкивался с контрактами, обычными для той или иной индустрии<sup>66</sup>. Контракт должен быть понятен такому лицу, поэтому сторонам следует избегать излишне сложных, громоздких и *запутанных правовых конструкций*. Какими бы комплексными ни были экономические отношения сторон, они всегда могут быть обличены в простую и понятную юридическую форму.

#### **b. Краткость – не всегда сестра таланта**

Простоту изложения контракта отнюдь не следует путать с его недостаточной проработкой. Контрактная *документация должна быть самодостаточной*. При составлении контракта каждая из сторон должна задать себе целый ряд вопросов, начинающихся с «*а что, если...*». Только когда перечень *таких разумных вопросов* будет исчерпан, а ответы на них включены в контрактную документацию, можно считать, что ее проработка завершена.

<sup>66</sup> Одним из неоспоримых преимуществ арбитража по сравнению с судебной процедурой разрешения споров является возможность избрать арбитра, который разбирается в специфике той или иной индустрии.

### с. Положения контракта не должны порождать дополнительные вопросы

Однако довольно часто объем контрактной документации становится обратно пропорциональным вниманию, которое стороны уделяют *отдельным ее положениям*. Сторонам следует избегать *неточных или недостаточно ясных формулировок*. Положения контракта должны отвечать на вопросы, которые могут возникнуть у читающего, а не вести к появлению дополнительных.

Например, следующее контрактное положение из нашего гипотетического спора<sup>67</sup>: «покупатель обязуется предоставить продавцу все разрешения, необходимые для ввоза товара на территорию страны покупателя», в случае возникновения спорной ситуации порождает больше вопросов, чем ответов:

- Является ли обязательство покупателя «абсолютным» или же лишь обязательством «приложить разумные усилия» для предоставления спорного разрешения?<sup>68</sup>
- Что означает «предоставить»: только физически передать спорное разрешение или же совершить все действия, необходимые для получения такого разрешения, получить его, и физически передать его продавцу?
- Является ли спорное разрешение «необходимым для ввоза» молочной продукции на территорию государства Центрально-Азиатского региона, особенно учитывая, что поставка осуществлялась на условиях СІР Инкотермс 2020, пункт пограничного контроля?

Возникновения дополнительных вопросов на этапе разрешения спора не только потенциально *ведет к увеличению временных и денежных издержек сторон*, но и существенно повышает неопределенность конечного результата.

Как соблюсти эти «золотые» правила, особенно когда контракт необходимо заключить в сжатые сроки, а контрагент занимает инертную или, что хуже, контрпродуктивную переговорную позицию? Помимо непосредственно опыта составления контрактов и разрешения возникающих из них споров, ответ на этот вопрос кроется в стратегии, тактике и умении вести переговоры, о чем я постараюсь рассказать в последующих статьях.

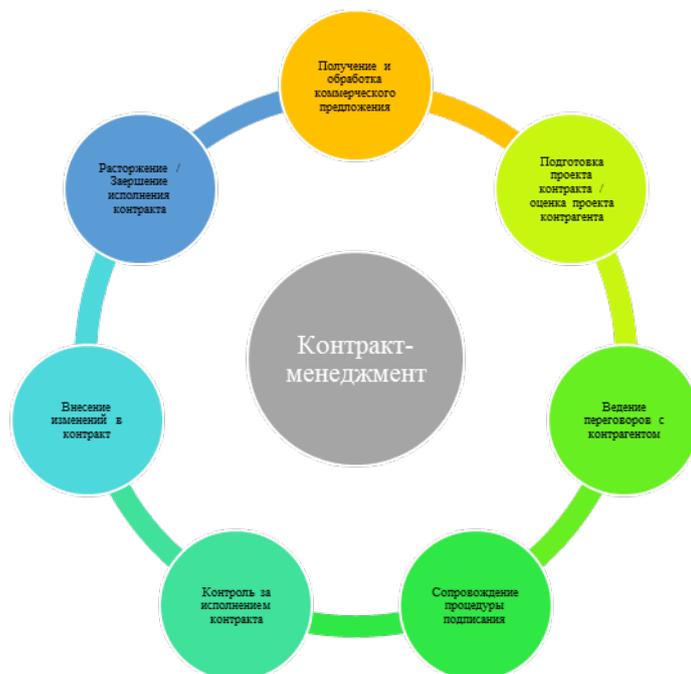
## В. Контракт-менеджмент

Практически каждому знакомо значение понятия «менеджмент» в бизнес-контексте – деятельность, направленная на управление отдельным бизнес-процессами (e.g. менеджер по продажам) или же всей совокупностью бизнес-процессов (e.g. генеральный менеджер).

Приведенная ниже диаграмма демонстрирует, что любой контракт тоже можно рассматривать как процесс. Несмотря на это, только относительно недавно предприятия СНГ, и Беларуси, в частности, начали уделять должное внимание контракт-менеджменту.

<sup>67</sup> См. раздел III(C) ниже.

<sup>68</sup> При наличии у обязательства «абсолютного характера», непредоставление спорного разрешения потенциально влечет наступление ответственности для покупателя, независимо от причин, по которым спорное разрешение не было предоставлено. В ином случае покупатель будет считаться исполнившим свое обязательство, если он докажет, что предпринял разумные усилия для получения и предоставления спорного разрешения.



Роль контракт-менеджмента заключается в сопровождении всего жизненного цикла контракта, начиная от «обработки» коммерческого предложения и заканчивая расторжением/завершением исполнения контракта в целях обеспечения соблюдения положений контракта и применимого законодательства.

Почему наличие системы контракт-менеджмент так важно?

Обратимся к приведенному выше примеру с недостаточно ясным положением контракта.

Большинство правовых систем, Беларусь не является исключением, исходят из того, что в случае неясности контракта, его содержание в итоге определяется исходя из действительной общей воли сторон. «При этом принимаются во внимание все соответствующие обстоятельства, включая предшествующие [контракту] переговоры и переписку, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, последующее поведение сторон»<sup>69</sup>.

Не исключено, что в ходе предшествующих контракту переговоров стороны ответили на возникшие у нас при прочтении контракта вопросы. При наличии функционирующей системы контракт-менеджмента ответы сторон на эти вопросы будут задокументированы в протоколах встреч, электронных письмах и т.д.

В случае же отсутствия системы контракт-менеджмента или ее неэффективности, соответствующие документы могут не сохраниться к моменту возникновения спора или же не существовать в принципе, что значительно осложнит процесс доказывания.

Таким образом, эффективная система контракт-менеджмента способна *минимизировать риски* наступления спорных ситуаций, а в случае возникновения спора – *увеличить шансы* на его успешное разрешение.

<sup>69</sup> Ст. 401 Гражданского Кодекса РБ.

### III. Арбитраж как эффективный механизм разрешения потенциальных споров между предприятиями Беларуси и государств Центрально-Азиатского региона

#### А. Что такое «арбитраж», и почему этот процесс стал преобладающим механизмом разрешения международных споров?

Если избегать ненужной «легалистики», то арбитраж – это:

- консенсуальный процесс разрешения спора;
- лицом или лицами, выбранными сторонами;
- в соответствии с согласованной сторонами процедурой;
- завершающийся вынесением обязательного и не подлежащего обжалованию решения.

Становление арбитража в качестве преобладающего механизма разрешения международных споров обусловлено *следующими чертами этого процесса*.

##### 1) Нейтральность

Безусловно, ни одна из сторон не желает вести «юридическую баталию» на территории, где у другой стороны будет, пускай зачастую и незначительное, но преимущество (т.н. «home turf advantage»). Это обстоятельство *сводит к минимуму вероятность* того, что стороны<sup>70</sup> договорятся о передаче споров на рассмотрение судов государства одной из сторон. Обе стороны будут стремиться согласовать такой механизм разрешения споров, в рамках которого обе будут *в равном положении* – арбитраж один из них.

С точки зрения критерия «нейтральности» процесс потенциальными альтернативами арбитражу могут быть использование процедуры медиации, либо передача договорных споров на рассмотрение судов третьего государства. Однако каждый из этих механизмов не лишен своих недостатков.

##### 2) Процессуальная гибкость

Хотя передача споров на рассмотрение судов третьего государства является возможной альтернативой арбитражному разбирательству, необходимо отметить следующее. Независимо от выбранной сторонами юрисдикции, судебное разбирательство *не будет обладать той процессуальной гибкостью*, которую предоставляет сторонам арбитраж. В частности, стороны могут договориться о лице или лицах, которые будут разрешать их спор, о языке разбирательства, процессуальном графике, форме документов и т.д.

##### 3) Конфиденциальность

70

Ситуации, когда одна из сторон обладает существенно большей переговорной силой, являются исключением.

Арбитражное разбирательство *по умолчанию* является конфиденциальным<sup>71</sup>. Это положительно отличает арбитражный механизм разрешения споров от разбирательства в национальных судах, где проведение процесса в закрытом режиме возможно только в ряде ограниченных случаев<sup>72</sup>, и, в любом случае, остается на усмотрение суда.

#### 4) Окончателность решения

В отличие от судебного решения, которое может быть неоднократно обжаловано в вышестоящие судебные инстанции, арбитражное решение *является окончательным и не подлежит пересмотру судами по существу*. Единственным «средством обжалования» арбитражного решения является подача в суд по месту арбитража ходатайства о его отмене по очень ограниченным основаниям и в достаточно сжатые сроки<sup>73</sup>.

#### 5) Эффективный механизм признания и приведения в исполнение решения

Как было отмечено выше, одной из возможных альтернатив арбитражу может быть медиация. Однако в отличие от Беларуси, ни одно из государств Центрально-Азиатского региона пока что не ратифицировало Конвенцию ООН «О международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации» от 20 декабря 2018 года. В связи с этим на данный момент *отсутствует эффективный механизм*<sup>74</sup> признания и приведения в исполнение медиативного соглашения на территории государства Центрально-Азиатского региона.

В случае же с признанием и приведением в исполнение арбитражного решения ситуация иная. Все государства Центрально-Азиатского региона (за исключением Туркменистана) являются участниками Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» от 10 июня 1958 года (далее – **Нью-Йоркская Конвенция**).

Нью-Йоркская Конвенция устанавливает *исчерпывающий и весьма ограниченный перечень оснований*, по которым национальный суд может отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, исключая при этом возможность пересмотра решения по существу. Анализ судебной практики государств Центрально-Азиатского региона свидетельствует *о соблюдении (в большинстве случаев) положений Нью-Йоркской Конвенции национальными судами*.

Кроме того, на данный момент участие в Нью-Йоркской Конвенции насчитывает 167 государств. Это *существенно увеличивает вероятность* взыскания денежных средств с должника, если его активы находятся за пределами Беларуси или государств Центрально-Азиатского региона.

<sup>71</sup> Вопрос, является ли арбитражное разбирательство конфиденциальным или же лишь закрытым для третьих лиц (private), является открытым. Ответ на него зависит от многих факторов: места арбитража, применимого регламента, состава арбитража и т.д. В тех случаях, когда арбитражное разбирательство является *лишь закрытым для третьих лиц*, стороны и иные участники *могут быть не ограничены* в своем праве разглашать сведения, ставшие им известными в процессе.

<sup>72</sup> Ст. 21 Хозяйственного Процессуального Кодекса РБ предусматривает, что: Разбирательство дела в закрытом судебном заседании допускается, если открытое разбирательство может привести к разглашению сведений, составляющих государственные секреты или иную охраняемую законом тайну, содержащихся в материалах дела, в том числе при удовлетворении судом, рассматривающим экономические дела, ходатайства лица, участвующего в деле и ссылающегося на необходимость неразглашения таких сведений либо на иные обстоятельства, препятствующие открытому разбирательству.

<sup>73</sup> См., например, ст. 43 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 года.

<sup>74</sup> Нельзя сказать, что такой механизм отсутствует в принципе.

## В. Арбитражное соглашение

Арбитраж является «консенсуальным» механизмом разрешения споров. Иными словами, в основе арбитражного механизма лежит соглашение сторон. Такое соглашение может принимать форму арбитражной оговорки, содержащейся в контракте, или же самостоятельного соглашения о передаче будущих или уже возникших споров на рассмотрение в арбитраж. *В отсутствие арбитражного соглашения, его недействительности или неисполнимости стороны не смогут передать возникший из договора или в связи с ним спор на рассмотрение в арбитраж.*

### 1) Безусловное намерение передать спор(ы) на рассмотрение в арбитраж

Арбитражное соглашение должно выразить *безусловное и окончательно намерение* сторон передать все или часть споров, возникающих из контракта или в связи с ним, на рассмотрение в арбитраж. Использование расплывчатых формулировок (например, *«споры передаются в арбитраж и/или компетентный суд»*) может потенциально привести к признанию арбитражного соглашения незаключенным, недействительным и/или неисполнимым.

### 2) Действительность и исполнимость арбитражного соглашения

Действительность и исполнимость арбитражного соглашения будет зависеть от применимого к нему права<sup>75</sup>. В связи с этим без привязки к конкретному юридическому казусу дать исчерпывающий перечень оснований, которые могут повлечь признание соглашения недействительным и неисполнимым, невозможно. Однако исходя из опыта и специфики арбитражного разбирательства на постсоветском пространстве, сторонам следует учитывать следующее.

Во-первых, арбитражное соглашение *в любом случае* должно отвечать требованиям, предъявляемым *к его форме и содержанию*. Например, в соответствии с Законом Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 года арбитражное соглашение должно быть заключено *в письменной форме*<sup>76</sup>. В свою очередь, Закон Кыргызской Республики «О третейских судах в Кыргызской Республике» от 30 июля 2002 года устанавливает *дополнительные требования* к содержанию арбитражного соглашения: так, арбитражное соглашение должно содержать *«наименование третейского суда»*<sup>77</sup>.

Во-вторых, *спор*, подлежащий передаче на рассмотрение в арбитраж, *должен быть арбитрабельным*. Заключение арбитражного соглашения в отношении спора, который не может быть предметом арбитражного разбирательства, может влиять на его

<sup>75</sup> Отнюдь не всегда право, применимое к договору в целом, является правом, применимым к арбитражному соглашению. Арбитражное соглашение *независимо и отделимо* от основного договора. В отсутствие прямого или подразумеваемого соглашения сторон о праве, применимом к арбитражному соглашению, арбитражное соглашение будет подчиняться праву, с которым оно наиболее связано. В большинстве случаев, таким правом будет являться право страны места арбитража.

<sup>76</sup> Ст. 11 Закона гласит:

Арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Оно считается заключенным, если содержится в документе, подписанном сторонами, или заключено путем обмена сообщениями с использованием почты или любых иных средств связи, обеспечивающих письменное фиксирование волеизъявления сторон...

<sup>77</sup> В соответствии со ст. 7(3) Закона:

Третейское соглашение должно содержать положение о том, что любой спор, разногласие или требование, возникающие из спора между сторонами, подлежат рассмотрению в третейском суде, а также *наименование третейского суда*, который должен рассмотреть возникший спор.

действительности/или исполнимость<sup>78</sup>.

В-третьих, не следует забывать, что арбитражное соглашение, будь то заключенное в форме арбитражной оговорки или же отдельного соглашения, по своей правовой природе является контрактом, поэтому к нему также могут быть применимы общие основания недействительности сделок.

### 3) Следует ли сторонам самостоятельно составлять арбитражное соглашение или использовать типовую арбитражную оговорку арбитражного института?

Если стороны *не планируют привлечь* к составлению арбитражного соглашения эксперта в области арбитража, я бы рекомендовал им использовать типовую арбитражную оговорку арбитражного института и не стараться «изобрести велосипед». Отсутствие опыта и излишняя «юридическая креативность» могут привести к подготовке недействительного или неисполнимого арбитражного соглашения, исключающего возможность обращения в арбитраж. В то же самое время типовая арбитражная оговорка – результат коллективного труда арбитражных специалистов, и вероятность ее дефектности минимальна<sup>79</sup>.

Например, типовая арбитражная оговорка, приведенная в ст. 43 Регламента Международного арбитражного (третейского) суда «Палата арбитров при Союзе юристов» (далее – **Регламент**), гласит:

Все споры, разногласия или требования, которые могут возникнуть из настоящего договора или в связи с ним, передаются на разрешение в арбитраж согласно арбитражному регламенту Международного арбитражного (третейского) суда «Палата арбитров при Союзе юристов».

Предусмотренная Регламентом типовая арбитражная оговорка – своего рода «золотой стандарт», выработанный арбитражной практикой и проверенный временем. Оговорка *достаточно широка* и «покрывает» как контрактные, так и неконтрактные споры<sup>80</sup>, и поэтому подходит для использования в подавляющем большинстве случаев. Кроме того, Регламент *предоставляет возможность* сторонам включить в типовую оговорку дополнительные соглашения:

- количестве арбитров (один или три);
- языке или языках, применяемых в арбитражном разбирательстве;
- применимом к договору материальном праве;
- применимом к арбитражному соглашению материальном праве; а также
- содержании правил о конфиденциальности.

Несмотря на «самодостаточный характер» оговорки, Сторонам *не следует*

<sup>78</sup> Оговорюсь, что арбитрабельность спора и действительность/исполнимость арбитражного соглашения *не связаны*. Однако нередко случаи, когда суды, особенно на постсоветском пространстве, ошибочно ставят действительность/исполнимость соглашения в зависимость от того, может ли спор быть предметом арбитражного разбирательства.

<sup>79</sup> Но не исключена. Например, в 2018 г. арбитражное соглашение, которое в принципе соответствовало типовой арбитражной оговорке Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC), было признано неисполнимым российскими судами (дело № А40-А40-176466/17). Реакция юридического сообщества на выводы нижестоящих судов вероятнее всего послужила причиной включения пункта о «безусловной» исполнимости арбитражных соглашений, «соответствующих арбитражному соглашению, рекомендованному самим согласованным сторонами арбитражным учреждением» в Обзор практики ВС РФ по делам, «связанным с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей» от 26 декабря 2018 года.

<sup>80</sup> Арбитрабельность неконтрактных споров будет зависеть от применимого права.

*пренебрегать* предоставленной Регламентом возможностью: включение рекомендуемых дополнительных соглашений в арбитражную оговорку *повысит процессуальную предсказуемость* арбитража, и, следовательно, приведет к *уменьшению издержек* сторон.

#### 4) Место арбитража

Регламент предусматривает, что *местом арбитража* является Минск, если стороны не договорились об ином<sup>81</sup>. Это «дефолтное» положение объясняет отсутствие среди рекомендуемых дополнительных соглашений к типовой арбитражной оговорке *соглашения о месте арбитража*.

Следует ли в таком случае сторонам тратить время на согласование место арбитража?

Безусловно, да.

Место арбитража, вопреки распространенному заблуждению, – это отнюдь *не место проведения слушаний* по делу. Место арбитража определяет процессуальное законодательство, применимое в рамках арбитража, а также *государственные суды*, которые будут оказывать функции содействия и контроля в отношении арбитражного разбирательства и арбитражного решения. Поэтому важность правильного выбора места арбитража нельзя недооценивать!

Принципы, выработанные Королевским Институтом Арбитров (CIArb) для оценки юрисдикции в качестве потенциального места арбитража, могут помочь сторонам сделать такой выбор<sup>82</sup>. Согласно принципам «CIArb», юрисдикция является «безопасным» местом арбитража при соблюдении следующих условий:

- Наличие эффективного и современного законодательства;
- Независимость судей, а также опыт рассмотрения дел, связанных с арбитражем;
- Наличие у юристов опыта участия в делах, связанных с арбитражем;
- Внедрение программ, направленных на совершенствование знаний юристов, арбитров, судей в области арбитража;
- Свобода выбора представителя в арбитраже;
- Доступность и безопасность юрисдикции;
- Доступность услуг по содействию арбитражному разбирательству (e.g. наличие мест для проведения слушаний);
- Закрепление этических норм и принципов в законодательстве юрисдикции;
- Соблюдение положений международных договоров, касающихся признания и приведения в исполнение арбитражных решений (e.g. Нью-Йоркская Конвенция);
- Судебный иммунитет арбитров.

#### 5) Преимущества арбитража на примере гипотетического спора о поставке молочной продукции из Беларуси в страну Центрально-Азиатского региона

81 Ст. 18(1) Регламента.

82 <https://www.ciarb.org/media/4357/london-centenary-principles.pdf>.

Как гласит ставший уже культовым слоган одного американского рекламного агентства прошлого века: «Лучше один раз увидеть, чем сто раз услышать», – поэтому предлагаю рассмотреть преимущества арбитража на примере гипотетического спора о поставке молочной продукции из Беларуси в страну Центрально-Азиатского региона. Представим следующий сценарий, *отнюдь не далекий от фактов реального дела*, которое мне довелось недавно вести:

- Предприятие «А», зарегистрированное в Беларуси, является производителем высококачественной молочной продукции. Предприятие «Б», зарегистрированное в одном из государств Центрально-Азиатского региона, – одна из крупнейших торговых сетей страны.
- Предприятия «А» и «Б» заключили крупный контракт на поставку молочной продукции, по условиям которого молочная продукция должна соответствовать стандартам страны продавца (т.е. Беларуси). В подтверждение этого Предприятие «А» обязалось предоставить покупателю сертификат соответствия, выданный компетентными органами Беларуси. В свою очередь, Предприятие «Б» обязалось получить все необходимые разрешения для ввоза молочной продукции на территорию своей страны.
- После того как Предприятие «Б» осуществило предоплату по контракту, компетентные органы страны покупателя (т.е. одного из государств Центрально-Азиатского региона) запретили ввоз молочной продукции Предприятия «А» якобы в связи с отсутствием эквивалентных подходов к проведению оценки соответствия поднадзорной продукции со стороны ветеринарной службы Беларуси.
- Ссылаясь на решение компетентных органов своего государства, Предприятие «Б» отказалось произвести оплату молочной продукции в полном объеме и расторгло контракт с Предприятием «А» в одностороннем порядке.
- Предприятие «А», уверенное в качестве собственной продукции, считает, что Предприятие «Б» нарушило условия контракта, и намеревается взыскать оплату с Предприятия «Б», а также причиненные убытки.

Предположим, что Предприятия «А» и «Б» не включили условия о порядке разрешении споров в контракт, или, что неоднократно встречалось в моей практике, ограничились такой расплывчатой формулировкой как: *«Споры, возникающие из настоящего Контракта или в связи с ним, подлежат разрешению компетентным судом»*.

В такой ситуации, исходя из фабулы дела, положений Хозяйственного Процессуального Кодекса РБ, а также потенциальной применимости Соглашения СНГ «О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности» от 20 марта 1992 года, Предприятие «А» будет вынуждено *обращаться в суд страны покупателя* для защиты своих прав.

*Принимая во внимание научно доказанный психологический феномен подсознательной предвзятости (т.н. «unconscious bias»), может ли Предприятие «А» рассчитывать на беспристрастную и объективную оценку своей позиции со стороны судьи государства Центрально-Азиатского региона? Представляется, что нет, но исключения возможны.*

*При выборе же арбитражного механизма разрешения споров стороны могут прямо предусмотреть, что единоличный арбитр (или председатель состава арбитража, при рассмотрении дела составом арбитража) должен иметь национальность третьего государства (e.g. России). Национальность сторон также обычно принимается во внимание при назначении арбитр(ов) институтом.*

Ознакомившись с процессуальным законодательством государства Центрально-Азиатского региона, Предприятие «А» узнало, что внештатный юрист, который уже много лет сопровождает судебные процессы с участием предприятия, *не сможет представлять его интересы*. Правом представительства в судах государства Центрально-Азиатского региона обладают исключительно члены национальной палаты адвокатов.

*За исключением крайне экзотических правовых режимов какие-либо ограничения на представительство в рамках международного арбитражного разбирательства отсутствуют. Если бы стороны нашего гипотетического спора договорились о включении в контракт типовой арбитражной оговорки<sup>83</sup>, Предприятие «А» могло вести настоящее дело через своего внештатного юриста, с которым у него уже сложились доверительные отношения<sup>84</sup>.*

Немного углубившись в процессуальное законодательство страны покупателя, Предприятие «А» выяснило, что разбирательство в суде государства Центрально-Азиатского региона ведется *на национальном языке*. Вместе с тем контракт был составлен на русском языке, переписка с Предприятием «Б» также велась на русском. Таким образом, Предприятие «А» будет вынуждено нести дополнительные расходы на перевод контракта и корреспонденции в рамках судебного процесса в стране покупателя.

83 Ничто не препятствует сторонам самостоятельно включить такие ограничения в арбитражную оговорку.

84 Например, раздел 36 Английского Закона «Об арбитраже» 1996 г. гласит:

Если стороны не договорились об ином, сторона арбитражного разбирательства может быть представлена в разбирательстве юристом или иным выбранным ею лицом. [Перевод под ред. Н. Бабаджаняна, см. Коммерческий Арбитраж № 2(2), 2019].

Схожее положение предусмотрено ст. 5 Регламента:

Каждая сторона может быть представлена лицами, выбранными ею, и пользоваться помощью таких лиц.

*В арбитраже стороны вправе самостоятельно определить язык разбирательства. Даже если Предприятие «А» и Предприятие «Б» ввиду недостаточности арбитражного опыта не включили положения о языке в арбитражную оговорку, с высокой долей вероятности состав арбитража определит<sup>85</sup>, что разбирательство должно вестись на русском языке, так как:*

- *Русский язык является языком контракта;*
- *Переписка сторон велась на русском языке;*
- *Русский язык является «нейтральным» языком по отношению к обеим сторонам;*
- *Ведение арбитражного разбирательства на ином языке приведет к увеличению издержек сторон.*

Смирившись с необходимостью привлечения местного юриста и перевода документов на язык государства Центрально-Азиатского региона, Предприятие «А» начало подготовку искового заявления.

Учитывая специфику спора, Предприятие «А» обратилось к ведущему эксперту в области безопасности молочных продуктов. Эксперт провел необходимые исследования и заключил, что молочная продукция Предприятия «А» полностью соответствует международным и белорусским стандартам. Предприятие «А» приложило заключение эксперта к исковому заявлению.

Однако на первом слушании по делу, судья, рассмотрев заключение эксперта Предприятия «А», отказал в приобщении его к материалам дела, ссылаясь на то, что процессуальное законодательство государства Центрально-Азиатского региона не предусматривает возможность проведения *внесудебной экспертизы*.

Судья предложил сторонам представить кандидатуры экспертов для назначения судебной экспертизы качества молочной продукции к следующему заседанию. На следующем заседании юрист Предприятия «А» ходатайствовал о поручении судебной экспертизы эксперту Предприятия «А» с учетом его неоспоримого опыта. Юрист Предприятия «Б» возражал и представил свою кандидатуру – младший научный сотрудник одного из исследовательских институтов под управлением ветеринарной службы государства Центрально-Азиатского региона.

Судья отказал в удовлетворении ходатайства Предприятия «А», мотивируя свое решение тем, что эксперт Предприятия «А» не может считаться независимым и беспристрастным в связи с ранее подготовленным заключением. Судья также добавил, что вознаграждение эксперта Предприятия «Б» за проведение экспертизы существенно меньше, чем то, которое запросил эксперт Предприятия «А». В связи с этим проведение экспертизы было поручено эксперту Предприятия «Б». Не составит особого труда представить, какого качества будет заключение, подготовленное таким экспертом, равно

<sup>85</sup> В соответствии со ст. 19(1) Регламента:

С соблюдением соглашения сторон Состав арбитража незамедлительно после назначения решает вопрос о языке или языках, которые должны использоваться в арбитражном разбирательстве. Это решение относится к любым письменным заявлениям и документам, а также в случае проведения устных слушаний, к языку или языкам, которые должны использоваться в ходе таких слушаний.

как и к какому выводу вероятнее всего он придет.

*В арбитраже подобная ситуация абсолютно немыслима! Каждая сторона вправе представлять любые относимые и допустимые доказательства в обоснование своей позиции по существу спора. Привлечение независимых экспертов к участию в деле является обычной арбитражной практикой.*

Наконец, после всех процессуальных «заключений», дело дошло до слушания по существу. Учитывая репутационную важность процесса, и объяснимую неуверенность в профессиональных качествах «местного» представителя, генеральный директор Предприятия «А» хочет лично присутствовать на слушании. Однако, в связи с пандемией границы между Беларусью и государством Центрально-Азиатского региона закрыты. Ходатайство о проведении слушания с использованием систем видео-конференц-связи было отклонено, якобы в связи с отсутствием у суда технической возможности.

*Практика использования систем видео-конференц-связи (e.g. Microsoft Teams, Zoom, Skype) для проведения устных слушаний в случае невозможности физического присутствия одного из участвующих в арбитраже лиц была распространена еще задолго до 2020 года. Опыт арбитражных разбирательств в условиях пандемии, подтвердил эффективность онлайн-слушаний как с точки зрения представителя, так и арбитра.*

Спустя более года Предприятие «А» получило решение суда. Исковые требования были удовлетворены в полном объеме за исключением требования о возмещении расходов на представителя. В этой части суд произвольно уменьшил взыскиваемую сумму практически в 10 (!) раз, несмотря на разумность и обоснованность понесенных расходов. Как пояснил Предприятию «А» местный юрист, это нормальная практика и «хорошо, что хоть это взыскали».

*При аналогичном решении по существу спора, все расходы, юридические и иные издержки Предприятия «А», вероятнее всего, были бы возложены на Предприятие «Б», если бы дело рассматривалось в арбитраже<sup>86</sup>.*

Рассмотрим иной исход судебного разбирательства: суд заключил, что Предприятие «Б» не нарушало контракт и, со ссылкой на решение национальных компетентных органов, установил, что молочная продукция Предприятия «А» является небезопасной. Решение было опубликовано на официальном сайте суда страны покупателя в сети Интернет.

Спустя несколько дней после публикации Предприятие «А» получило письмо от Предприятия «С», зарегистрированного в одной из стран СНГ, с которым Предприятие «А» вело переговоры о поставках молочной продукции на протяжении последних месяцев. В письме Предприятие «С» сообщило Предприятию «А» о прекращении

<sup>86</sup> Ст. 41(1) Регламента гласит:

Арбитражные расходы, как правило, оплачиваются проигравшей дело стороной или сторонами. Однако Состав арбитража может по своему усмотрению распределить арбитражные расходы между сторонами, если он считает такое распределение разумным с учетом обстоятельств дела.

переговоров без объяснения причин.

В конце концов в ходе одного из звонков генеральный директор Предприятия «С» признался, что решение о прекращении переговоров обусловлено тем, что он более не может быть уверен в качестве молочной продукции Предприятия «А» ввиду решения суда страны Предприятия «Б». Так, в результате одного судебного решения, Предприятие «А» не только не смогло возместить убытки, понесенные в связи с расторжением контракта, но и потеряло потенциального клиента в лице Предприятия «С».

*Как было отмечено выше, арбитражное разбирательство является конфиденциальным, а арбитражное решение по умолчанию не подлежит публикации<sup>87</sup>.*

## **Заключение**

Приведенный выше анализ гипотетического спора *наглядно показывает* преимущества арбитража по сравнению с судебным разбирательством в судах государства Центрально-Азиатского региона.

Значит ли это, что сторонам следует *включать арбитражную оговорку во все без исключения* контракты с предприятиями этого региона?

Полагаю, что нет.

Арбитраж *не является панацеей* и, наряду с достоинствами, имеет свои недостатки. Так, например, в зависимости от *специфики спора и выбранной сторонами юрисдикции, арбитражного института*, а также целого ряда иных обстоятельств, арбитраж может оказаться дороже, а его ведение может занять больше времени в сравнении с судебным разбирательством.

Учитывая выше изложенное, выбор арбитражного механизма должен быть сделан *с учетом всех обстоятельств* конкретного контракта и (хотя это и не обязательно) после консультации со специалистом в области разрешения споров.

---

<sup>87</sup> В соответствии со ст. 34(5) Регламента:

Арбитражное решение может быть опубликовано с согласия всех сторон или в тех случаях и в той мере, в каких раскрытие информации об арбитражном решении требуется от стороны в результате лежащего на ней юридического обязательства, в целях защиты или сохранения юридического права или в связи с проводимым юридическим разбирательством в суде или другом компетентном органе.



## RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF MEDIATED SETTLEMENT AGREEMENTS INTERNATIONALLY: ENHANCING THE USE OF ARBITRATION

**Davydenko Dmitry,**

Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Private International and Civil Law of Moscow State Institute of International Relations (MGIMO)

Currently, the importance of finding the best ways to settle and prevent cross-border commercial and other disputes is only increasing. This is due, in particular, to an increase in the number of such disputes, and there is every reason to believe that their number will only grow in the foreseeable future. The performance of contracts, especially long-term ones, in accordance with their terms often becomes impossible or extremely burdensome for a party. At the same time, many parties are forced to restrict the budget for the settlement of disputes.

Mediation is one of the most effective procedures for the amicable settlement of transnational disputes.

It is often important for the parties to the dispute to ensure the expedient international enforceability of the settlement agreements. Therefore, the parties may be attracted by the possibility of an arbitral tribunal making an award on the terms agreed in the settlement agreement. For example, Article 12(3) «Mediated agreement» of the Russian federal law on mediation provides that a mediated settlement agreement reached by the parties as a result of a mediation procedure carried out after the dispute was referred to a court or an arbitration tribunal may be approved by a court or an arbitration court as a settlement agreement in accordance with procedural law or the law on arbitration courts and international commercial arbitration.

Similarly, the Federal Law of December 29, 2015, No. 382-FZ «On Arbitration (Arbitral Proceedings) in the Russian Federation» in Art. 49(5) («Application of Mediation Procedure to a Dispute Pending Arbitration») provides that a mediated settlement agreement concluded by the parties to the arbitration in writing based on the results of the mediation procedure in respect of a dispute that is pending arbitration may be approved by the arbitral tribunal as an arbitral award on agreed terms at the request of all parties to the arbitration.

Therefore, if we interpret the law literally, to enjoy such expedient enforcement regime the parties must first apply to the arbitration, and then only initiate mediation. In this case, they will be able to request the arbitral tribunal to render an arbitral award on the terms agreed in the mediated settlement agreement. At the same time, one should take into account the principle of favoring the amicable settlement of disputes by the parties (*favor conciliationis*) existing in law of many States, as well as the principles of the parties' autonomy and discretion. If applied to the situation under consideration, then applying to arbitration to render an award on agreed terms should be allowed and legitimate even where the settlement was reached before commencement of the arbitral proceedings.

If a mediated settlement agreement is reached in the course of the arbitration and, at the request of the parties, the arbitral award has been made by the arbitral tribunal on agreed terms, then it may, if necessary, be enforced abroad as an arbitration award under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 («New York Convention»). However, this often entails quite significant costs for the parties, since they will have to pay the arbitration fee, in whole or in part.

Some national laws and arbitration rules provide for the possibility of vesting by the parties to the mediator the functions of an arbitrator solely for the purpose of making an award on the terms agreed by the parties. The presence of such a possibility in the regulations of arbitral institutions can also be very attractive for a number of parties.

However, if the mediated settlement agreement was concluded before the commencement of the arbitration, then there is a risk that a foreign court will refuse to enforce it, since the existence of an unresolved dispute may be considered as a prerequisite for going to arbitration. Meanwhile, if the mediated settlement agreement has been already concluded, then, as can be assumed, the appeal to arbitration took place when no dispute existed between the parties: it was settled in such an agreement. Examples of this approach of the courts in practice are available, for example, in 2019 in the case *Castro v. Tri Marine Fish Co. LLC* the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit denied recognition and enforcement in the United States of an arbitration award rendered in the Philippines precisely on the grounds that the parties settled the dispute by agreement even before they initiated arbitration “for the purpose of making a consent award. The court considered that, in fact, there was not an arbitral award within the meaning of the New York Convention, but only an agreement between the parties.”<sup>88</sup>

This problem can apparently be solved at the global level if the UNCITRAL clarification is adopted: a recommendation for the application of the New York Convention in the spirit of *favor conciliationis*. UNCITRAL practice already has an example of a recommendation on other aspects of the application of the New York Convention<sup>89</sup>.

It is also advisable to make appropriate changes to Art. 30 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration of 1985 and, accordingly, national laws based thereon, such as the Law of the Russian Federation of July 7, 1993 No. 5338-I «On International Commercial Arbitration» («Russian Law on International Commercial Arbitration») (*see the suggested wordings below*).

At the level of participants in civil law turnover, the problem can be solved (unless prohibited by the applicable law) by including in the mediated settlement agreement of a condition precedent: the agreement will acquire legal force only if the arbitral tribunal approves it, i.e. makes an arbitral award on the agreed terms. Until the agreement is approved by the arbitral tribunal, it will not be considered valid. Accordingly, the dispute will not be considered terminated, i.e. the condition for applying to arbitration will remain.

However, such a solution – to make the legal effect of the agreement dependent on the

<sup>88</sup> *Castro v. Tri Marine Fish Co. LLC*, 921 F.3d 766 (9th Cir. 2019) <http://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2019/02/27/17-35703.pdf>

<sup>89</sup> 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 (2006) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/a2e.pdf>

approval of the arbitral tribunal – although apparently elegant, may likely be acceptable not to all parties.

Therefore, the legal regulation and interpretation need amendments. *De lege ferenda* in particular:

1. At the UNCITRAL level, it is proposed to develop a recommendation on the application of the New York Convention: namely, to recommend to the Contracting Parties to apply the Convention to those arbitral awards on agreed terms, which were rendered as a result of the parties' recourse to arbitration solely for making such an award under the conditions, when the dispute has already been settled by them in an amicable agreement, in particular, resulting from mediation.

2. It is proposed to amend paragraph 1 of Art. 30 «Settlement» of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and, accordingly, Art. 30 of the Russian Law on International Commercial Arbitration, supplementing it with the second subparagraph:

«An arbitral award on agreed terms may be rendered by the arbitral tribunal also if the parties, without resorting to arbitration, settled the dispute by settlement agreement during the mediation procedure and then applied to arbitration solely for the purpose of making such an award by the arbitral tribunal».

## INTRODUCTION OF CHINA'S ARBITRATION SYSTEM

### **Ma Xinguo,**

*from China. Lawyer, Barrister, Arbitrator, Court mediator,  
General counsel.*

*Cooperating lawyer (Television Station of Provincial and  
of Municipal, Netease, BETA, etc), Director (Guangdong  
Procedural Law Society), Vice President (South China Urban  
Think Tank),*

*Member (Regulation Committee of Guangdong Bar  
Association),*

*Member (Development and Reform Commission Committee of  
Guangzhou Bar Association),*

*Editor of «Guangdong Lawyers Association Industry Rules  
Collection»,*

*Editor of «Guangdong Province Legal Aid Standard».*

*He has established long-term cooperative relationships with  
lawyers from all over the world, especially the «Belt and  
Road» countries.*

*He has rich practical experience in : M & A, Due diligence,  
trusts, Financial securities, asset packages, testament,  
insurance; Construction, real estate; International Trade, etc.*



Arbitration is a non-governmental activity, it is listed as a way to resolve civil or commercial disputes alongside reconciliation and mediation and litigation.

Arbitration system refers that both parties of a civil or commercial dispute sign an agreement to voluntarily submit the dispute to a selected third institution to make an arbitration in accordance with certain procedural rules and principles of fairness, and are obliged to perform the arbitration.

Arbitration is a dispute settlement method, which has a contractual, autonomous and non-governmental nature.

About China's «Arbitration Law», Date issued : 09-01-2017. Effective date : 01-01-2018.

1. The scope of application of arbitration Contractual disputes and other disputes over rights and interests in property between citizens, legal persons and other organizations that are equal subjects may be arbitrated. Three principles are clear here:

No.1, the parties must be civil subjects, including domestic and foreign companies, natural persons, etc.;

No.2, the matters should be those that the parties have the right to deal with;

No.3, the disputes must be contract's or other property rights'..

1) Contract disputes, including various economic contract disputes, intellectual property disputes, real estate contract disputes, futures and securities transaction disputes, insurance contract disputes, loan contract disputes, bill disputes, mortgage contract disputes, transportation contract disputes, maritime disputes, etc. It also includes international trade, international agency, international investment, and international technical cooperation.

2) Other property rights disputes, caused by infringements, which are common in the areas of product quality liability and intellectual property rights.

2. Disputes that cannot be arbitrated

The following three types of disputes cannot be resolved by arbitration.

1) Marriage, adoption, guardianship, and inheritance disputes. Because this type of dispute involves the identity of the parties.

2) Administrative disputes, caused by administrative management. Many foreign laws also stipulate that such disputes should be resolved through administrative reconsideration or administrative litigation in accordance with law.

3) labor disputes. Because labor disputes are different from general civil economic disputes, they can only be adjusted by other regulations.

3. Arbitration has six characteristics.

1) voluntary

The voluntariness of the parties is the most prominent feature of arbitration.

Arbitration can maximize the autonomy principle of intention of parties. Litigation is mandatory.

2) professionalism Arbitration institutions have expert arbitrator in every industry has become one of the important features of civil and commercial arbitration, and they also have a list of arbitrators in arbitration institutions for the parties to choose.

3) confidentiality Arbitration is based on the principle of non-public hearing. The arbitration rules also stipulate the confidentiality obligations for arbitrators and arbitration secretaries. Therefore, the parties' trade secrets and trade activities will not be leaked due to arbitration activities. The arbitration showed highly confidentiality.

4) Independence Arbitration institutions are independent of administrative institutions,

and there is no subordination relationship between arbitration institutions.

In the process of arbitration, the arbitration court conducts arbitration independently, free from interference by any agency, social organization, or individual, it shows the greatest independence.

5) Economy Arbitration is simpler than litigation procedures, it takes less time to deal with problems, costs less, and has less impact on the relationship between the parties.

6) a final decision Chinese arbitration adopts «one arbitration as final» system. After the award is made, if the parties file a lawsuit in the people's court for the same dispute, the people's court shall not accept it. «One arbitration as final» system is that after the ruling is made, it will be legally effective. Even if the parties are dissatisfied with the ruling, they cannot file a lawsuit in the people's court for the same case.

#### 4. Arbitration Agreement

Whether to apply the arbitration procedure to resolve disputes shall be agreed by the parties in the contract. The arbitration agreement shall have the following contents:

- 1) The intention to request arbitration,
- 2) Arbitration matters,
- 3) The selected arbitration committee.

For example, in an international sales contract, the arbitration clause should usually include the place of arbitration, the arbitration institution, the applicable rules, the validity of the arbitration award, and the burden of arbitration costs.

#### 5. The basic procedures of arbitration

In order to ensure that the arbitration award is fair and timely, the arbitration must be conducted in accordance with the law.

##### 1) Stage of Application and acceptance

The parties applying for arbitration shall meet the following conditions: there is an arbitration agreement, and there are specific arbitration requests and facts and reasons, which fall within the scope of the arbitration commission.

##### 2) Stage of composition of arbitral tribunal

The arbitral tribunal may consist of three arbitrators or one arbitrator. If it is composed of three arbitrators, there shall be a chief arbitrator. The arbitration commission shall appoint arbitrators from among fair and decent personnel.

##### 3) Stage of tribunal session

The arbitration activity shall be held in arbitration court. If the parties agree not to hold

a hearing, the arbitration tribunal should make an award based on the arbitration application, defense and other materials.

#### 4) Stage of adjudication

The arbitral award shall become legally effective from the date it is made. After receiving the award, both parties shall consciously perform the arbitration award.

#### 6. Types of arbitration

Arbitration can be divided into different types according to different classification standards,

##### 1) Domestic arbitration and foreign-related arbitration

The criterion of classification is: According to whether the disputes dealt with have foreign-related factors.

##### 2) Institutional arbitration and ad hoc arbitration

The criterion of classification is: whether there is a permanent specialized arbitration institution.

The above content of this article is an introduction to China's arbitration system.

If you want to know more about the Chinese arbitration system, please contact me through the following contact information.

- Time: 4.13.2021
- Tel.: +86 147 4954 2427
- WeChat: Xianguo\_Ma 147 4954 2427
- Address: 28th floor, North Tower, Poly Granville Building, No. 11, Xiancun Road, Zhujiang New City, Tianhe District, Guangzhou
- E-mail: 13826204986@139.com



## Chamber of Arbitrators

Издание о международном арбитраже

Главный редактор:

**Виталий Крейдич**

Заместители главного редактора:

**Валерия Дубешко,**

**Кристина Ивашкова**

Верстка и дизайн:

**Евгений Бондаренко**

Корректурa:

**Татьяна Ширинская**

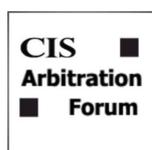
Учредитель:

**Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов»**

Адрес: 220029, Республика Беларусь, г. Минск, ул. А.Пашкевич, 9-5Н

Е-mail: [info@arbchamber.by](mailto:info@arbchamber.by)

Информационный партнер:



**CIS Arbitration Forum**

<http://cisarbitration.com/>

Минск • 2021