



CHAMBER OF ARBITRATORS

Издание о международном арбитраже

Сегодня в номере:

Марина Акчурина: Как выбрать арбитра в международном арбитражном разбирательстве: некоторые практические рекомендации

Наталья Аленкина: Penwell v Kyrgyzstan: анализ ключевых принципов инвестиционного законодательства

Judith Knieper: UNCITRAL instruments adopted in 2021 in the area of dispute resolution

№ 2 2022

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

СОДЕРЖАНИЕ

ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО	3
ОБЪЯВЛЕНИЕ О ПРОВЕДЕНИИ КОНКУРСА НАУЧНЫХ РАБОТ	4
КАК ВЫБРАТЬ АРБИТРА В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ: НЕКОТОРЫЕ ПРАКТИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ Марина Акчурина	5
PENWELL V KYRGYZSTAN: АНАЛИЗ КЛЮЧЕВЫХ ПРИНЦИПОВ ИНВЕСТИЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА Наталья Аленкина	17
АРБИТРАЖ В БЕЛАРУСИ: СТАРЫЕ И НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ Вашкевич Андрей Станиславович	31
ТРЕТЬИ ЛИЦА В АРБИТРАЖНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ Валерия Дубешко, Борис Кругликов	37
УЧЕТ ИНТЕРЕСОВ КЛИЕНТА ПРИ ФОРМИРОВАНИИ УСЛОВИЙ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ: ПОЛЕЗНЫЕ И ВРЕДНЫЕ СОВЕТЫ ДЛЯ БУДУЩЕГО АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА Максим Жуков	44
ТАШКЕНТСКИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ ЦЕНТР (ТИАС) – НОВОЕ АРБИТРАЖНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ УЗБЕКИСТАНА Мирсаид Мирасаров, Навруза Юнусова	52
МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ ПО ЗАЯВЛЕНИЯМ ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ В ЕАЭС: ALEA ACTA EST? Михалёва Татьяна Николаевна	57
UNCITRAL INSTRUMENTS ADOPTED IN 2021 IN THE AREA OF DISPUTE RESOLUTION Judith Knieper	64
RESEARCH ON THE INVESTMENT ARBITRATION MECHANISM FOR COUNTRIES ALONG THE BELT AND ROAD ROUTES Zhu Shu	69



ВСТУПИТЕЛЬНОЕ СЛОВО

Дорогие друзья!

Мы рады представить Вам второй номер специализированного издания – «Chamber of Arbitrators», посвященного вопросам международного арбитража.

В этом номере уже традиционно собраны статьи на русском и английском языках как видных арбитражных практиков Беларуси, стран СНГ и зарубежья, так и материалы авторов, только начинающих свой путь.

Одной из самых актуальных статей номера по праву можно считать материал представителя Секретариата ЮНСИТРАЛ Джудит Книпер, посвященный последним наработкам ЮНСИТРАЛ в сфере ускоренной арбитражной процедуры и медиации.

Ряд увлекательных статей нового номера повествуют об актуальных вопросах инвестиционного арбитража в азиатском регионе.

Особый интерес представляют практически применимые рекомендации по составлению арбитражных соглашений и выбору арбитров для рассмотрения спора.

Мы также рады приветствовать на страницах нашего журнала презентацию наших партнеров – Ташкентского международного арбитражного центра и приглашаем остальные арбитражные институты для размещения актуальной информации об их деятельности на страницах нашего издания.

Представляется, что второй номер журнала получился достаточно разноплановым и способным удовлетворить самые разнообразные вкусы поклонников международного арбитража.

Приглашаем к прочтению!

С почтением,

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

Алексей Корочкин

**Главный редактор журнала
«Chamber of Arbitrators»**

Виталий Крейдич



SORAINEN



Дорогие друзья!

С радостью объявляем о проведении **Конкурса научных работ** по тематике разрешения экономических споров в номинациях «Арбитраж» и «Медиация».

Организаторами Конкурса выступают Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов», общественное объединение «Белорусский республиканский союз юристов», Минская областная коллегия адвокатов.

Партнеры Конкурса – Минская областная специализированная юридическая консультация по правовому сопровождению бизнеса, Минская областная специализированная юридическая консультация «Гражданское и инвестиционное право. Разрешение споров», юридическая фирма «Сорайнен и партнеры».

Цель Конкурса – стимулирование студентов и магистрантов к научно-исследовательской работе в сфере разрешения экономических споров.

Для участия в Конкурсе участникам необходимо направить **до 30 июня 2022 года** на электронный адрес: info@arbchamber.by курсовые, дипломные работы и магистерские диссертации, представленные в 2022 году к защите, в формате .pdf. Тема письма: «Конкурс научных работ 2022 – Номинация – [ФИО]».

Конкурс проводится в категориях: «Лучшая курсовая работа»; «Лучшая дипломная работа»; «Лучшая магистерская диссертация».

Работы участников оцениваются по следующим критериям:

- ✓ *актуальность* (обоснование необходимости исследования);
- ✓ *качество исследования* (количество, авторитетность и «свежесть» источников; использование иностранных авторов и правоприменительной практики);
- ✓ *оригинальность* (идентификация вопросов, относительно которых отсутствует единый подход в доктрине и/или правоприменительной практике; наличие собственных выводов, законодательных и/или иных предложений);
- ✓ *практическая применимость*.

Эксперты Конкурса – представители организаторов и партнеров Конкурса определяют победителей, которым будет предоставлена возможность опубликовать в журнале «Chamber of Arbitrators» статью, основанную на своей работе, а также вручены иные призы от партнеров конкурса.

Мы надеемся на Ваш интерес к прекрасной возможности внести свой ценный вклад в науку и заявить о себе!

КАК ВЫБРАТЬ АРБИТРА В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖНОМ РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ: НЕКОТОРЫЕ ПРАКТИЧЕСКИЕ РЕКОМЕНДАЦИИ



Марина Акчурина,

частнопрактикующий юрист в сфере разрешения международных споров,

основатель AkchurinaLegal, независимый арбитр, FCI Arb,

сооснователь Справочника нового поколения российских арбитров (Russian Arbitrators Guide: Next Generation)

Не секрет, что выбор арбитра – одно из самых важных решений, которое необходимо принять сторонам или арбитражному институту в международном арбитражном разбирательстве.

В большинстве правопорядков стороны не имеют возможности оспорить арбитражное решение по существу (или весьма ограничены в этой возможности), поэтому способность единоличного арбитра (или состава арбитража из трех арбитров) разобраться не только в правовых вопросах, имеющих отношение к каждому конкретному разбирательству, но и в фактических обстоятельствах, предлагаемых доказательствах, а иногда и в сложных экономических и технических вопросах являются ключевым фактором успеха.

Так какие же факторы следует учитывать при выборе арбитра? На что стоит обратить пристальное внимание? Ниже (1) сначала рассматриваются возможные требования к арбитрам в арбитражном соглашении, которые влияют на выбор сторон; (2) затем приводится неисчерпывающий список факторов, которые имеет смысл рассмотреть при выборе сторонами арбитра или назначении арбитра арбитражным институтом в международном арбитражном разбирательстве¹; факторы рассматриваются в случайном порядке, без какой-либо иерархии в части их важности; (3) в конце кратко рассматриваются источники, в которых можно почерпнуть необходимую информацию об арбитрах для того, чтобы провести такой анализ.

1. Заранее заданные параметры – требования к арбитрам в арбитражном соглашении

Для начала необходимо разобраться, какие существуют заранее определенные критерии и ограничения для выбора арбитра: что написано в заключенном между сторонами арбитражном соглашении и регламенте соответствующего арбитражного института (если применимо). Предусматривает ли оно выбор/назначение единоличного арбитра или состава арбитража из трёх (или более) арбитров? Кто осуществляет выбор

арбитра: стороны или арбитражный институт? Если речь идет о председателе состава арбитража, устанавливает ли регламент выбранного сторонами арбитражного института какие-либо требования к гражданству председателя?

Необходимо также понять, устанавливает ли арбитражное соглашение дополнительные требования к единоличному арбитру, составу арбитража, председателю состава арбитража? На практике такие требования могут включать в себя: наличие у арбитра (1) специализации на конкретных спорах (например, строительных спорах, спорах в сфере цифровой экономики (блокчейн, краудфандинг), интеллектуальной собственности и т.д.); (2) допуска к практике/знанию права какой-то конкретной страны (например, английского права, российского права, белорусского права и т.д.); (3) специального звания, например, Queens Counsel (QC) в Великобритании. Этот перечень не является исчерпывающим, и могут встречаться другие требования, подчас экзотические.

В таком контексте может возникнуть законный вопрос, а стоит ли прописывать большое количество дополнительных требований к арбитру в арбитражной оговорке? По моему опыту, в большинстве случаев ответ на этот вопрос отрицательный, поскольку наличие большого количества дополнительных критериев существенным образом сужает выбор подходящего арбитра в будущем. Закрывая договор, всегда сложно точно предсказать все возможные споры, которые могут из такого договора возникнуть. Если речь идет о сложном международном контракте, то это могут быть как споры о толковании положений договора, так и споры о расчете цены контракта, качестве товара, ответственности, убытках и т.д. В зависимости от характера спора вам может понадобиться арбитр, который будет наилучшим образом разбираться в определенном аспекте вашего дела и задавая жесткие детальные критерии заранее, вы ограничиваете этот выбор вслепую. Кроме того, в зависимости от сложности и спорности дополнительного критерия, обозначенного в арбитражном соглашении, другая сторона в споре может заявить отвод выбранному вами арбитру, поскольку посчитает, что он, например, не в достаточной степени специализируется на конкретных спорах или каким-то еще образом не отвечает критериям, содержащимся в арбитражной оговорке².

Наконец, при излишней детализации требований к арбитру в арбитражной оговорке существует риск того, что на момент возникновения спора такая оговорка вообще станет неисполнимой. Другими словами, невозможно будет найти арбитра, который будет соответствовать всем установленным в ней требованиям. Тогда сторонам придется идти со своим спором в государственный суд. В моей практике был случай, когда стороны установили в арбитражном соглашении требование о возрасте арбитра не менее 50 лет, наличие опыта в определенной крайне узкой сфере не менее 20 лет плюс юридическое образование в стране применимого права. Проблема заключалась в том, что возможные арбитры такого возраста и с таким опытом в этой узкоспециализированной сфере не были юристами и не имели юридического образования. В результате невозможно было найти арбитра, соответствующего заданным критериям.

Существует мнение, что устанавливать дополнительные требования к арбитрам имеет смысл тогда, когда выбор и назначение арбитра оставлены на усмотрение

² Аналогичная рекомендация приводится в Руководящих принципах Международной Ассоциации Юристов по составлению международных арбитражных оговорок 2010, Факультативное положение 5.

арбитражного института, особенно если есть сомнения в том, что арбитражный институт сможет правильно подобрать арбитра под ваш спор. Даже в этом случае необходимость указания детальных дополнительных критериев сомнительна: ведь все риски, связанные с возможностью оспорить выбранного сторонами арбитра и с неисполнимостью арбитражной оговорки, остаются. Возможным исключением может быть требование о допуске к практике (либо наличие квалификации) по применимому праву к договору, но только если вы заранее уверены, что вопросы применимого права будут иметь краеугольное значение в возможном споре.

Итак, мы определились с заранее заданными требованиями в арбитражном соглашении. Какие еще факторы следует принять во внимание при выборе арбитра³?

2. Факторы, которые необходимо учитывать при выборе арбитра

А. Наличие юридического образования, специального образования в сфере арбитража и опыта в юридической профессии

Юридическое образование и опыт в юридической профессии, как правило, важны для арбитра, особенно если речь идет о единоличном арбитра или председателе состава арбитража. Это связано, в первую очередь, с тем, что арбитр должен написать арбитражное решение, которое впоследствии будет исполнимым как в стране места арбитража, так и за её пределами. И здесь важны не только законодательные требования в конкретной стране – месте арбитража или месте признания и приведения в исполнение, но и существующая судебная практика. Она продемонстрирует, как имплементируются эти требования, и насколько существенно государственные суды могут заступать на территорию существа решения в процессе его признания и приведения в исполнение. Конечно, золотой стандарт Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже⁴ и Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений⁵ говорит нам о том, что арбитражное решение не должно пересматриваться по существу государственными судами в рамках процедуры его отмены или процесса его признания и приведения в исполнение. Но каким образом на практике исполняется этот золотой стандарт, будет варьироваться от страны к стране.

Если речь идет о боковых арбитрах, выбираемых сторонами, то они могут не иметь юридического образования или опыта работы в юридической сфере. Это касается, в первую очередь, специализированных споров в сфере интеллектуальной собственности, споров, затрагивающих сугубо вопросы оценки, технических споров, морских споров или других споров в узкой специализированной нише.

Какое еще образование помимо общего юридического может иметь значение при выборе арбитра? Таким образованием может быть дополнительная специализация в сфере арбитража. Например, членство предполагаемого кандидата в арбитры в Королевском институте арбитров в качестве действительного члена (Fellow) или королевского арбитра (Chartered Arbitrator) говорит вам о том, что он либо прошел углублённую

3 Далее я буду рассматривать соответствующие факторы применительно как к единоличному арбитра, так и к составу арбитража из трёх арбитров, указывая на это, где необходимо.

4 Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, Статья 36, доступно по адресу в сети интернет: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/07-87000_ebook.pdf.

5 Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Статья 5, доступно по адресу в сети интернет: <https://www.newyorkconvention.org/russian>.

подготовку по вопросам ведения арбитража и написания арбитражного решения, а также сдал соответствующие экзамены в этом институте, либо имеет значительный опыт в качестве арбитра в реальных делах. Почему это имеет значение? Потому что в ситуации, когда вы не так много знаете о кандидате в арбитры, и он подходит вам по другим параметрам, членство в таком институте дает вам дополнительную уверенность в том, что арбитр хорошо понимает международный арбитражный процесс и подчиняется высоким этическим требованиям этого института. Об углублённых знаниях в сфере международного арбитража также могут свидетельствовать прохождение кандидатом программы «ICC Arbitration Academy» либо специализированный LL.M в сфере арбитража (например, LL.M. in International Dispute Settlement (MIDS)).

Наконец, говоря про опыт в юридической профессии для арбитра, какой опыт кандидата в арбитры важен? Безусловно, наличие опыта рассмотрения дел в качестве арбитра либо опыт работы секретарем состава арбитража или докладчиком арбитражного института имеет существенное значение. Опыт работы в сфере, где возник спор, также может быть дополнительным плюсом (подробнее об этом в разделе 2.D ниже). Сложнее ответить на заданный вопрос становится, когда речь заходит о предыдущем опыте работы потенциального арбитра судьей в государственном суде. Такой опыт – это плюс или минус? Сложно однозначно ответить на этот вопрос. Процесс рассмотрения дела в государственном суде, бесспорно, существенно отличается от процесса в арбитраже. Поэтому представляется, что судьи в отставке, которые хотят продолжить рассматривать дела в арбитраже, должны проходить специальные обучающие семинары и тренинги о том, как построен процесс в арбитраже, и чем он отличается от привычного им процесса. При этом судьи в государственных судах часто рассматривают крайне сложные дела в очень сжатые сроки, многие из них рассмотрели тысячи споров в определенной сфере, и этот опыт может иметь очень большое значение именно в вашем деле. Таким образом, ответ на вопрос о том, какое значение имеет опыт работы потенциального арбитра судьей в государственном суде в конкретном деле, зависит от репутации, специализации и знаний об арбитраже конкретного судьи в отставке, которого вы рассматриваете в качестве в арбитра.

В. Независимость арбитра

Независимость арбитра, пожалуй, основной фактор, который стороны и арбитражные институты обязаны учитывать при его выборе и назначении. Отсутствие независимости у арбитра является одним из оснований для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения согласно статье V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Кроме того, абсолютное большинство правопорядков рассматривают это в качестве основания для отмены арбитражного решения.

Общие принципы, регулирующие вопросы независимости арбитра, содержатся в Руководящих принципах Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (далее – «Руководящие принципы относительно конфликта интересов»). Эти руководящие принципы не являются обязательными и представляют из себя так называемое мягкое право. Тем не менее, они часто лежат в основе внутреннего национального регулирования государств по вопросу конфликта интересов в арбитраж, и рассматриваются национальными судами и арбитражными институтами

как содержащие в себе соответствующие критерии для оценки независимости и беспристрастности арбитра, выбор или назначение которого оспаривает сторона⁶. Кроме того, регламенты большинства арбитражных институтов содержат требования к независимости и беспристрастности арбитра. Согласно этим требованиям, арбитры должны подписать декларацию о независимости и беспристрастности, а также раскрыть любую информацию, которая может поставить под вопрос эти критерии при участии в конкретном деле. Наконец, нормы права, действующие в месте арбитража, могут также содержать требования к независимости и беспристрастности арбитров. Все эти нормы необходимо принимать во внимание.

Если попытаться обобщить существующие требования к независимости арбитра, то самый первый вопрос, который возникает: от кого должен быть независим арбитра? На сегодня предполагается, что арбитра должен быть независим от: (1) сторон арбитражного разбирательства⁷; (2) юридического представителя стороны арбитражного разбирательства; (3) лица, которое финансирует арбитражное разбирательство⁸; (4) других арбитров в составе арбитража.

Что означает независимость арбитра в каждом конкретном случае, вопрос для отдельной статьи. Руководящие принципы относительно конфликта интересов являются хорошим подспорьем для сторон и арбитражных институтов в этом отношении, поскольку содержат наиболее частые примеры ситуаций, в которых может возникнуть вопрос о конфликте интересов, и предлагают возможные пути решения такого конфликта. Необходимо также учитывать, что если в вопросе независимости арбитра от сторон Руководящие принципы относительно конфликта интересов содержат довольно строгие требования⁹, то в отношении независимости от юридического представителя (за некоторыми исключениями)¹⁰ и других арбитров¹¹, приводятся лишь частные случаи, когда взаимоотношения арбитра и юридического представителя и/или другого арбитра могут стать основанием для заявления отвода арбитра. В итоге ответ вопрос о независимости арбитра во многих случаях будет зависеть от обстоятельств конкретного дела.

6 Margaret Moses. The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges. Kluwer Arbitration Blog available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-interest-arbitrator-challenges/>.

7 Общий подход состоит в том, что у арбитра не должно быть бизнеса, семейных или социальных отношений со сторонами и арбитры не должны получить какой-либо существенной выгоды или наоборот потерять какой-либо доход в зависимости от исхода данного конкретного арбитражного разбирательства.

8 См., например, Статья 11(7) Арбитражного регламента Международного арбитражного суда МТП, в соответствии с которой каждая сторона обязана оперативно проинформировать Секретариат, состав арбитража и другие стороны о существовании и идентификационных характеристиках какого-либо лица, не являющегося стороной, которое заключило соглашение о финансировании предъявления требований или заявления возражений, и по которому оно имеет экономический интерес в исходе арбитражного производства.

9 Часть из этих требований составляет так называемый «Красный перечень» ситуаций, при наличии которых стороны не вправе отказаться от возражений, а арбитра не вправе рассматривать дело.

10 Большинство ситуаций, описанных в Руководящих принципах относительно конфликта интересов, в части взаимоотношений арбитра и юридического представителя составляют либо «Красный перечень» ситуаций, но в отношении которых стороны вправе отказаться от возражений, либо «Оранжевый перечень», где требуется только раскрытие арбитрами информации, либо «Зеленый перечень», где конфликт интересов в принципе не возникает.

11 Большинство ситуаций, описанных в Руководящих принципах относительно конфликта интересов, в части взаимоотношений арбитров в составе арбитража составляют либо «Оранжевый перечень», где требуется только раскрытие арбитрами информации, либо «Зеленый перечень», где конфликт интересов в принципе не возникает.

С. Гражданство арбитра

Если речь идет о единоличном арбитраже или председателе состава арбитража в международном споре, многие арбитражные регламенты содержат требование о том, что он должен иметь гражданство отличное от гражданства сторон¹². В основе такого требования лежит соображение о том, что люди склонны разделять схожие системы ценностей с людьми той страны, гражданами которой они являются¹³. Следовательно, чтобы обеспечить независимость и беспристрастность единоличного арбитра или председателя состава арбитража в международном споре важно, чтобы такие арбитры не идентифицировали себя с одной из сторон через гражданство.

В отношении арбитров, назначаемых сторонами, арбитражные регламенты такого требования не содержат. Стороны вольны в каждом конкретном случае решать, хотят ли они назначить арбитра – гражданина своей страны или нет. Для европейских и американских компаний назначение арбитров из своей страны в международных арбитражных разбирательствах является нормой. Это не удивительно, ведь понимание арбитрами культуры, существующих практик ведения бизнеса в конкретной стране имеет большое значение для рассмотрения спора (о важности этого аспекта речь также более подробно пойдет в разделе 2.G ниже).

К сожалению, ситуация с назначением российских арбитров российскими сторонами по-прежнему оставляет желать лучшего. Хотя, справедливости ради, нельзя не отметить, что наметилась тенденция к некоторому увеличению числа назначений российских арбитров. Например, по статистике ЛМТС в 2020 году российские компании были сторонами более чем в 25 спорах; при этом арбитрами было назначено только 9 российских граждан¹⁴. По сравнению с 2019 годом это несомненный рост: по статистике ЛМТС в 2019 году российские компании были сторонами более чем в 20 спорах, но арбитрами было назначено только двое российских граждан¹⁵. Автору настоящей статьи не удалось найти аналогичную статистику по белорусским арбитрам, но опираясь на мнение коллег, можно заключить, что ситуация с назначением белорусских арбитров в международных арбитражах, администрируемых иностранными арбитражными институтами, схожая.

Ситуация меняется крайне медленно несмотря на то, что профессиональное сообщество арбитров как в России, так и в Беларуси за последние десятилетия существенно изменилась. Многие арбитры из этих стран имеют значительный опыт представления сторон в крупных арбитражных разбирательствах, получили зарубежное образование в сфере международного арбитража, у некоторых есть опыт работы за

12 См. например, ст. 13(5) Арбитражного регламента Международного арбитражного суда МТП, в соответствии с которой при назначении Судом единоличного арбитра или президента состава арбитража такие единоличный арбитр или президент состава арбитража не должны быть гражданами страны, к которой принадлежат стороны; ст. 17(6) Арбитражного Регламента Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, в соответствии с которой в споре между сторонами из различных государств, единоличный арбитр или председатель Составы арбитража должен быть гражданином иной страны, чем каждая из сторон, если стороны не договорились об ином или Правление не сочло это допустимым; ст. 6 Арбитражного регламента ЛМТС, в соответствии с которой если стороны имеют различное гражданство, единоличный арбитр или председательствующий арбитр не могут быть назначены из числа лиц, имеющих такое же гражданство, какое имеет любая из сторон, если только стороны, не имеющие такого же гражданства, что и кандидат в арбитры, не выразили своего согласия с таким выбором в письменной форме.

13 См. Claudia T. Solomon. Selecting an International Arbitrator: Five Factors to Consider. MEALEY'S International Arbitration Report. October 2002. Vol. 17, #10, стр. 2.

14 LCIA Annual Casework Report 2020 available at: <https://www.lcia.org/News/lcia-news-annual-casework-report-2020-and-changes-to-the-lcia-c.aspx>.

15 LCIA Annual Casework Report 2019, available at: <https://www.lcia.org/News/annual-casework-report-2019-the-lcia-records-its-highest-numbe.aspx>.

рубежом и взаимодействия с иностранными специалистами в сфере арбитража¹⁶. С учетом наметившейся положительной тенденции в количестве назначений, описанной выше, хочется надеяться, что в ближайшие годы мы увидим существенный рост назначений российских и белорусских арбитров.

Д. Знание арбитром конкретной отрасли, в которой возник спор

Этот фактор, как правило, имеет значение, если возникший спор касается стандартов ведения бизнеса, обычаев делового оборота и терминологии, существующих в конкретной отрасли. Типичным примером являются споры в строительной отрасли, которые имеют существенную специфику. Знание арбитром этой специфики может сыграть решающую роль в правильном понимании фактических обстоятельств дела и правильной оценке доказательств.

Помимо строительных споров, знание арбитром конкретной отрасли может иметь существенное значение в том числе в IT-спорах, спорах в сфере интеллектуальной собственности, морских спорах, спорах в энергетическом и атомном секторах (если существо спора затрагивает специфику отрасли), спорах в сфере цифровой экономики (блокчейн, краудфандинг), спорах в финансовой и банковской сферах.

Е. Знание применимого материального права

Этот фактор не всегда имеет краеугольное значение в выборе арбитра, поскольку нередко ситуации, когда стороны не спорят о применимых нормах права, а существо арбитражного разбирательства сводится к оценке фактов и имеющихся в деле доказательств. Тем не менее, если возникает спор, в котором толкование применимых материально-правовых норм находится в сердце возникшего между сторонами спора, понимание арбитром права и практики его применения в соответствующей стране важно для правильной оценки арбитром правовых позиций сторон и экспертных заключений. Следовательно, это должно быть одним из существенных факторов, влияющих на выбор арбитра по делу.

Кроме того, понимание арбитром норм международного публичного права имеет ключевое значение в международных инвестиционных спорах, где толкование применимых стандартов защиты, предоставляемых инвесторам много- и двусторонними соглашениями о поощрении и взаимной защите инвестиций, лежит в основе спора. Арбитру с опытом исключительно в коммерческих спорах может быть сложнее разобраться и правильно оценить позиции сторон в отношении существующих стандартов, содержание которых зачастую выводится из большого количества судебных и арбитражных дел и научных статей по этому вопросу.

Г. Позиции, уже занятые арбитром по конкретным правовым вопросам

Если знание арбитром применимого материального права имеет значение в вашем споре, то при выборе необходимо также учитывать, какие позиции ранее занимал арбитр по тем конкретным правовым вопросам, которые будут предметом рассмотрения в вашем случае.

Руководящие принципы относительно конфликта интересов относят правовые

¹⁶ Подробнее об этом см. С. Уоскин. Кашу фуа-гра не испортишь? Про важность понимания арбитром культурного контекста. Журнал «Legal Insight». – № 1(97). – 2021.

мнения, ранее высказанные арбитром в статьях, журналах или в рамках публичных лекций (если эти мнения не касаются самого дела, которое будет рассматриваться) к «Зеленому перечню». Другими словами, к перечню, который содержит в себе список конкретных ситуаций, в которых, с объективной точки зрения, ни видимости, ни реального конфликта интересов не существует. Тем не менее, если арбитр уже высказался по какому-то конкретному правовому вопросу, и этот вопрос занимает важное место в вашем деле, это очень важный фактор, который будет влиять на выбор.

На практике если позиция, занятая арбитром по какому-то вопросу, очень четкая и последовательная, и речь идет, например, о единоличном арбитре (а иногда и об арбитраже, выбранном стороной в составе арбитража из трех арбитров), не исключено, что другая сторона будет заявлять отвод такому арбитру. Это еще один фактор, который следует иметь в виду, поскольку заявление отвода, даже если в вашем конкретном деле такой отвод не будет удовлетворен, скорее всего, приведет к затягиванию процесса стороной, которая будет такой отвод заявлять.

Г. Понимание арбитром культуры ведения бизнеса в стране, где возник спор

Этот фактор имеет краеугольное значение при выборе и назначении арбитра. От того, насколько арбитр хорошо знаком с существующими практиками ведения бизнеса, документооборота, принятия решений, заключения договоров в стране, где возник спор, будет зависеть правильная оценка доказательств, а также достоверности свидетельских и экспертных показаний, представленных сторонами.

Практики заключения договоров задним числом, использование «компаний-однодневок», откаты и коммерческие подкупы, формальное проведение заседаний правления и советов директоров, где без обсуждения одобряются решения, принятые мажоритарными акционерами, и т.д. – все это, к сожалению, часть прошлого, а иногда и настоящего, в России и других странах бывшего СНГ. Для западноевропейских арбитров многое из вышеперечисленного часто кажется немыслимым, а потому несуществующим, и в худшем случае может привести их к выводам, которые прямо противоречат реальности.

В своей статье в журнале «Legal Insight», № 1(97), 2021, Сергей Усокин, российский адвокат, специализирующийся на международном арбитраже, приводит прекрасный пример, иллюстрирующий вышеописанный тезис, правда, из дела, рассмотренного Высоким судом Лондона (а не арбитражем). В нём судья Смит не согласился с аргументами компании группы «Совкомфлот» о том, что бывший генеральный директор за откаты подписывал невыгодные компании договоры фрахта, а корпоративные одобрения были простой формальностью, сказав следующее: «Члены Правления вряд ли бы проголосовали за решения без их тщательной оценки, так как в соответствии со ст. 71(2) Закона «Об акционерных обществах»... члены Правления могут нести персональную ответственность за убытки, причиненные решениями, за которые они проголосовали»¹⁷. Чтобы избежать подобной ситуации в арбитраже, где стороны могут выбирать своего арбитра, важно убедиться, что у выбираемого стороной

¹⁷ Цитата на решение в деле Fiona Trust & Holding Corporations & Ors v Privalov & Ors, [2010] EWHC 3199 (Comm), para. 253-255 в статье С. Усокин. Кашу фуа-гра не испортишь? Про важность понимания арбитром культурного контекста. Журнал «Legal Insight». – № 1(97). – 2021.

арбитра есть понимание культуры ведения бизнеса в стране возникновения спора или хотя бы открытость тому, что эта культура в другой стране может сильно отличаться от его собственной.

Н. Гендерная принадлежность арбитра

Сегодня вопрос гендерного разнообразия очень остро стоит на повестке дня международных юридических фирм, американских и западноевропейских корпораций, арбитражных институтов. В 2015 году мировое арбитражное сообщество признало, что женщины получают меньше назначений в составы арбитража в международных арбитражных разбирательствах, и составило текст Обязательства (The Pledge), цель которого – увеличить количество женщин, назначаемых арбитрами, для того, чтобы женщины были справедливо представлены в качестве арбитров в международном арбитраже¹⁸. Многие международные юридические фирмы, транснациональные корпорации и иностранные арбитражные институты подписали Обязательство и следуют ему. В результате, количество женщин, назначаемых арбитрами в международных арбитражных разбирательствах, за последние несколько лет существенно выросло. Российские арбитражные институты также стараются следовать общемировым тенденциям, хотя для постсоветского пространства вопрос гендерного разнообразия исторически стоит менее остро, чем для Западной Европы и Северной Америки.

Гендерное разнообразие состава арбитража, как правило, помогает арбитрам более разносторонне посмотреть на правовые проблемы и доказательства, стоящие перед составом арбитража, и, безусловно, является одним из факторов, который необходимо рассмотреть при выборе арбитра в конкретном деле.

I. Коммуникационные и управленческие навыки арбитра

Коммуникационные и управленческие навыки приобретают все большее значение в современном мире. Международный арбитраж не исключение. В ситуации, когда сторона выбирает арбитра для рассмотрения дела в составе арбитража из трех арбитров, ей важно, чтобы её позиция была услышана другими арбитрами, чтобы выбранный ею арбитр мог донести свою точку зрения до коллег, указать им на ключевые моменты позиции стороны, которая его выбрала. Сторонам также бывает важно, чтобы выбранный ею арбитр и другие арбитры в составе коллегии были организованны и тщательно подходили к изучению материалов дела, применимых правовых норм и представленных сторонами доказательств, могли эффективно взаимодействовать между собой. В некоторых случаях отсутствие у арбитра способности услышать другую точку зрения, посмотреть на вопрос под разным углом зрения может поставить под угрозу исход арбитражного разбирательства.

Стороны также ожидают, что арбитр(ы) будет(-дут) находить баланс между соблюдением надлежащей правовой процедуры и дальнейшим движением дела. Именно это качество обеспечивает скорость и экономическую эффективность арбитража.

Поэтому, выбирая арбитра в своем деле, постарайтесь выяснить у коллег, у кого был опыт взаимодействия с этим арбитром, насколько развиты его коммуникационные и управленческие навыки, что позволит вам, в свою очередь, оценить, подойдет ли он в

18 <http://www.arbitrationpledge.com/>.

качестве арбитра в вашем деле.

Ж. Занятость арбитра

Выбирая арбитра, важно понимать, сколько дел уже находится у него на рассмотрении. Работает ли арбитр как юридический представитель? В каких делах он уже участвует? Известные часто назначаемые арбитры могут иметь очень плотный график дел. В результате вероятен конфликт графиков различных разбирательств, в которых они задействованы. В результате быстрое и эффективное рассмотрение вашего спора с участием такого арбитра может стать затруднительным.

Сегодня некоторые арбитражные институты просят арбитров наравне с декларацией о независимости и беспристрастности подписать также декларацию в отношении своего графика загруженности. В ней необходимо указать количество дел, которое уже находится у арбитра на рассмотрении или которые он ведет в качестве юридического консультанта как в суде, так и в арбитраже¹⁹. Если количество дел уже очень большое, то арбитражный институт может не назначить его на рассмотрение нового дела. Такой подход представляется разумным, поскольку известны случаи, когда арбитры набирают себе множество дел и, не справляясь с ними, затягивают рассмотрение или очень долго пишут арбитражное решение.

К. Владение языками

Очевидно, что выбираемый стороной арбитр должен владеть языком арбитражного разбирательства, поскольку именно на этом языке будут представляться процессуальные документы, будет вестись слушание и составляться арбитражное решение.

Дополнительный вопрос, над которыми стоит задуматься в ситуации, когда речь идет о составе арбитража из трех арбитров: какими еще языками владеет выбираемый арбитр и какими языками владеют другие арбитры в составе арбитража? Например, истец избрал русскоговорящего арбитра, при этом язык арбитражного разбирательства – английский. Хотим ли мы, чтобы назначенный нами арбитр тоже говорил по-русски, чтобы арбитры потенциально могли что-то обсудить между собой на русском, который является для них родным? Подобного рода ситуация может возникать в российских спорах, когда договор может регулироваться английским правом, а арбитрами потенциально могут быть назначены русскоговорящие специалисты, проживающие в Великобритании или других европейских странах.

Л. Возраст арбитра

Возрастное разнообразие выбираемых и назначаемых арбитров также очень актуальный вопрос для мирового арбитражного сообщества. Сегодня на арбитражных конференциях все чаще можно услышать призывы назначать более молодых арбитров, многие из которых уже имеют весьма существенный опыт работы в арбитражной сфере. Призыв постепенно начинает работать на практике. Все чаще можно увидеть, как арбитражные институты назначают, а иногда и стороны выбирают в свои дела арбитров до 45 лет и остаются довольны результатом.

¹⁹ Подобную декларацию, например, просит подписать Международный арбитражный суд при МТП, когда назначает арбитров в администрируемые им дела. См. ICC Arbitrator Statement Acceptance, Availability, Impartiality and Independence available at: <https://iccwbo.org/publication/icc-arbitrator-statement-acceptance-availability-impartiality-independence-form>.

Молодые арбитры²⁰ часто бывают более заинтересованы в ведении арбитражного разбирательства по наилучшим стандартам качества: для них крайне важно заработать хорошую репутацию, которая потом будет работать на них. Молодые арбитры также часто бывают менее загружены другими делами. В силу этого они могут больше времени посвятить конкретному делу и рассмотреть его быстрее.

Имеет ли возрастной состав арбитров значение при выборе арбитра стороной? Вопрос спорный. Отчасти ответ на него зависит от культурных традиций и личностных качеств конкретных арбитров в составе арбитража. Если в составе арбитража два выбранных сторонами возрастных арбитра, которые придерживаются консервативных взглядов, им может быть непросто работать с молодым председателем, если таковой будет, например, назначен арбитражным институтом. Но даже в этой ситуации ответ на вопрос в итоге будет зависеть от личных качеств конкретных арбитров. Интересно, что в практике известен случай, когда преклонный возраст арбитра стал основанием для заявления ему отвода в коммерческом арбитражном разбирательстве. Отвод удовлетворен не был²¹.

Вышеперечисленный перечень факторов не исчерпывающий. В каждом конкретном деле могут быть свои особенности, которые могут дополнять либо существенным образом сокращать этот список. В частности, в статье не затронут такой фактор, как процессуальные предпочтения конкретного арбитра. Это также может повлиять на выбор арбитра в международном арбитражном разбирательстве (например, вопрос о том, какого подхода придерживается конкретный арбитр к вопросу раскрытия доказательств сторонами, в определённых случаях также может влиять на выбор арбитра).

Далее кратко описаны доступные ресурсы, из которых стороны и их юридические представители могут почерпнуть необходимую информацию для анализа вышеописанных факторов.

3. Доступные ресурсы для выбора арбитра и выяснения его предпочтений

Основными ресурсами для выбора арбитра и выяснения их предпочтений будут (а) коммерческие и бесплатные Интернет-ресурсы и базы данных; (б) отзывы коллег о работе арбитра. В отношении ряда факторов дополнительным источником информации также может быть интервью с арбитром, но здесь необходимо соблюдать осторожность, поскольку не все вопросы могут обсуждаться с арбитром на интервью.

На сегодняшний день существует ряд коммерческих баз данных об арбитрах, которые позволяют детально изучить потенциального кандидата. К таким базам относятся, например, Jus Mundi, GAR Art и Arbitrator Intelligence. В них отражены как базовые биографические данные о самих арбитрах, так и информация об арбитражных делах, в которых они участвовали (если эта информация не конфиденциальна), а иногда и связи арбитров с юридическими представителями, вовлеченными в дело, и другими арбитрами (Jus Mundi), и даже отзывы сторон о работе арбитров (Arbitrator Intelligence).

Что касается бесплатных ресурсов, то, опуская очевидные, такие, как списки

20 Термин «молодые арбитры», конечно, условен. Для целей настоящей статьи я условно использую термин «молодые арбитры» в отношении арбитров до 45 лет.

21 См. Consortium v. Middle Eastern State-Owned Entity ICC Case No. 23288/AYZ.

арбитров арбитражных институтов, Google и социальные сети, можно подробнее остановиться на таком бесплатном источнике информации о молодых российских арбитрах до 45 лет, как Справочник нового поколения российских арбитрах (далее – Справочник), сооснователем которого я являюсь. Справочник доступен пользователям на сайте www.russianarbitratorsguide.com в электронном виде.

В Справочнике собраны сведения о 86 юристах, обладающих опытом в спорах с российским элементом, практикующих или практиковавших в 10 странах, говорящих на разных языках (русский, украинский, английский, итальянский, испанский, немецкий и французский). Более половины юристов, включенных в Справочник, уже имеют опыт рассмотрения споров в качестве арбитра.

Профили арбитрах в Справочнике содержат подробную информацию о карьере, опыте арбитра, включенного в базу, примеры работ каждого арбитра как в консалтинге, так и в практике в качестве арбитра, процессуальные предпочтения арбитра, опыт работы с правом других стран и арбитражными регламентами. Таким образом, Справочник, по сути, представляет собой уникальную бесплатную базу данных о российских арбитрах до 45 лет в свободном доступе, которой могут свободно воспользоваться как стороны, так и арбитражные институты при поиске и выборе арбитра.

PENWELL V KYRGYZSTAN: АНАЛИЗ КЛЮЧЕВЫХ ПРИНЦИПОВ ИНВЕСТИЦИОННОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА



Наталья Аленкина,

*доцент программы «Международное
и бизнес право» Американского университета
Центральной Азии*

Арбитражное решение по делу Пенвелл Бизнес Лимитед против Кыргызской Республики (ППТС № 2017-31), вынесенное арбитражем Постоянной Палаты Третейского Суда 8 октября 2021 г.²², вполне естественно, вызвало неподдельный интерес у профессионального сообщества, который объясняется отчасти тем, что в решении подробно анализируются принципы инвестиционного права и инвестиционного арбитража, которые актуальны для Кыргызстана все последние годы. То, как скрупулезно в решении разбираются принципы инвестиционного законодательства Кыргызстана, позволяет рассматривать его в качестве руководства для будущих споров и согласования инвестиционной политики страны, которая должна преследовать цели гармоничного развития законодательства и оправдывать ожидания государства, принимающего инвестиции, и инвестора.

Ниже я остановлюсь на вопросах юрисдикции, выбора применимого права, приемлемости требований об изъятии недобросовестных инвестиций, которые неоднократно поднимались и в ряде других споров с участием Кыргызстана, а потому позиция трибунала по данному делу крайне интересна еще и в сравнительном ключе.

1. Обстоятельства дела

Компания «Пенвелл Бизнес Лимитед» (далее – «Пенвелл»), зарегистрированная на Британских Виргинских островах, инициировала Арбитражное разбирательство против Кыргызской Республики в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ, требуя выплаты компенсации в размере 298 миллионов долларов США за экспроприацию инвестиций в ОсОО «БиМоКом» (далее – «БиМоКом»), оказывающую услуги мобильной связи в Кыргызстане под товарным знаком «МегаКом».

С 2005 г. компания «Пенвелл» инвестировала в рынок мобильной связи в Кыргызской Республике посредством приобретения компании ОсОО «БиМоКом»²³.

Однако в период между 2007 и 2010 гг. «Пенвелл» якобы стал жертвой преступной схемы, организованной сыном бывшего Президента страны Максимом Бакиевым с целью отъема бизнеса у «Пенвелл». Схема была реализована через Алексея Елисеева, чья компания «Форнтек» с 2005 г. являлась партнером «Пенвелл» в Кыргызстане и

²² <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-penwell-business-limited-by-megacom-v-kyrgyz-republic-monday-1st-january-2018?fbclid=IwAR3xCV3DxfTPfkcGJ45bxXtdxyuHWxA-7Ouu1fktB3FLSDRkaeEkeZl4XaU>.

²³ «В деле «Мегакома» поставлена точка. О чем был спор на 300 млн долларов» / Азаттык, rus.azattyk.org.

владельцем 49% доли в ОсОО «БиМоКом».

Согласно заявлениям «Пенвелл», г-н Елисеев посредством незаконных судебных решений, принятых кыргызскими судами, присвоил инвестиции «Пенвелл». В результате, «Пенвелл» потерял контроль над ОсОО «БиМоКом», который после был обанкрочен, а всё его имущество было передано вновь созданной компании «Альфа Телеком», подконтрольной Елисееву.

«Пенвелл» заявлял, что Кыргызская Республика несет ответственность за экспроприацию инвестиций «Пенвелл», Максим Бакиев де-факто обладал государственными полномочиями, а экспроприация производилась при содействии государственных органов Кыргызской Республики.

«Пенвелл» также утверждал, что после смены политического режима в Кыргызской Республике в апреле 2010 г. государство, по сути, утвердило результаты преступной схемы Елисеева, национализировав компанию «Альфа Телеком» и всё её имущество в пользу государства.

2. Юрисдикция арбитражного суда

Кыргызская Республика оспаривала компетенцию арбитражного трибунала, основываясь на отсутствии согласия государства на арбитраж, отсутствии инвестиционного спора, неверном определении ответчика по делу. Доводы сторон так или иначе касались разночтений законодательства Кыргызстана на русском, кыргызском и английском языках, а также выбранного способа толкования норм Закона об инвестициях.

А. Постоянное согласие государства на арбитраж

Кыргызстан в арбитражных спорах последних лет²⁴ неоднократно пытался обосновать отсутствие предварительного согласия на арбитраж в пункте 2 статьи 18 Закона об инвестициях²⁵:

«...любой инвестиционный спор между инвестором и государственными органами Кыргызской Республики разрешается в судебных органах Кыргызской Республики, если только в случае спора между иностранным инвестором и государственным органом одна из сторон не просит рассмотреть спор в соответствии с одной из следующих процедур путем обращения:

а) *в Международный центр по разрешению инвестиционных споров (МЦРИС) [...] или*

б) *в арбитраж или международный временный арбитражный трибунал (коммерческий суд), созданный в соответствии с арбитражными правилами Комиссии Организации Объединенных Наций по Международному торговому праву».*

Текущая редакция Закона существенно отличается от предыдущей, где согласие государства указывалось прямо:

²⁴ Stans Energy Corp. and Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (II), PCA Case No. 2015-32, JSC Tashkent Mechanical Plant and others v. Kyrgyz Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/16/4).

²⁵ Закон Кыргызской Республики от 27 марта 2003 г. № 66 «Об инвестициях в Кыргызской Республике» / газета «Эркин-Тоо» от 4 апреля 2003 г. № 24 (далее – Закон об инвестициях, Закон).

«Кыргызская Республика в лице уполномоченного государственного органа соглашается на передачу инвестиционного спора в арбитраж в силу настоящего Закона»²⁶.

Трибунал подошел к вопросу толкования пункта 2 статьи 18 Закона об инвестициях с позиции общего контекста всего Закона. Преамбула Закона об инвестициях гласит:

«Настоящий Закон устанавливает основные принципы государственной инвестиционной политики, направленные на улучшение инвестиционного климата в республике и стимулирование привлечения отечественных и иностранных инвестиций, посредством предоставления справедливого, равного правового режима инвесторам и гарантии защиты привлеченных ими инвестиций в экономику Кыргызской Республики».

Возможность подавать иски в арбитраж, а не в государственный суд, представляет собой существенную защиту для иностранных инвесторов, без которой все остальные гарантии не представляют ценности. В этой связи было бы странно, по мнению трибунала, если бы положение Закона об инвестициях о рассмотрении инвестиционных споров в арбитраже было парализовано отсутствием согласия государства. Это условие не выполняло бы цели привлечения иностранных инвестиций.

Другое возражение Кыргызстана основывалось на семантическом значении слов и выражений в пункте 2 статьи 18 Закона об инвестициях. Фраза «если только ... одна из сторон не просит рассмотреть спор» означает необходимость испрашивать согласие второй стороны на передачу спора в арбитраж. Слово «просит» («*asks*») указывает на то, что инвестор не имеет права обращаться в арбитраж в одностороннем порядке.

Интересно, что истец применительно к просьбе рассмотреть спор использовал не термин «*ask*», как это сделал ответчик, а термин «*request*». Трибунал признал данный перевод правильным, поскольку именно он был использован в тексте Закона об инвестициях на английском языке, размещенном на сайте Агентства по продвижению и защите инвестиций Кыргызской Республики.

Трибунал посчитал также, что одно из возможных толкований этих слов заключается в том, что просьба («*request*») осуществляется «путем передачи спора» в МЦУИС или в арбитражный суд в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ. Следовательно, слово «просьба» («*request*») в этом контексте вполне может относиться к просьбе об арбитраже («*the request for arbitration*»), посредством которой будет передан спор, а не к предварительному согласию другой стороны («*requests from the other party the right to submit the dispute*»).

Последний аргумент ответчика заключался в том, что пункт 2 статьи 18 Закона об инвестициях предоставляет каждой стороне – и инвестору, и государству – одинаковую возможность обращения в арбитраж. Если истцом будет выступать Кыргызская Республика, то она также передает спор в арбитраж с согласия инвестора. Инвестор же не мог дать свое предварительное согласие на арбитраж в законодательстве Кыргызской Республики.

Пункт 2 статьи 18 не может толковаться по-разному в зависимости от того, какая сторона обращается в арбитраж. Следовательно, как инвестор, так и Кыргызская

²⁶ Пункт 3 статьи 23 Закона Кыргызской Республики от 24 сентября 1997 г. № 66 «Об иностранных инвестициях в Кыргызской Республике» / «Ведомости Жогорку Кенеша Кыргызской Республики». – 1997. – № 10, ст.475.

Республика должны запросить согласие другой стороны на один из заранее определенных вариантов арбитражного разбирательства, что является абсурдным.

Но трибунал в этом вопросе согласился с подходом истца о том, что «асимметрия результата», выражающаяся в необходимости получения согласия инвестора в случае подачи иска государством, и отсутствии необходимости получения согласия государства при подаче иска инвестором, поскольку такое согласие уже содержится в законе, логически вытекает из природы Закона об инвестициях и не противоречит «симметрии формулировки»²⁷.

Таким образом, неясность формулировок и различия в переводе терминов, используемых в Законе об инвестициях по вопросу постоянного согласия государства на арбитраж, были истолкованы арбитражным трибуналом в пользу наличия такового.

Эта тенденция последних лет, когда в ряде инвестиционных споров с участием Кыргызстана арбитражный трибунал также занимал позицию о том, что статья 18 Закона об инвестициях содержит согласие государства на передачу инвестиционного спора в арбитраж (дела «JSC Tashkent Mechanical Plant and others v. Kyrgyz Republic», «Stans Energy Corp. And Kutisay Mining LLC v. Kyrgyz Republic (II)») послужила основанием для инициирования Кыргызской Республикой законопроекта, исключаящего из Закона об инвестициях положений о постоянном предварительном согласии республики на арбитраж²⁸.

В. Инвестиционный спор

В основе разногласий сторон относительно наполнения термина «инвестиционный спор» также лежали лингвистические вопросы.

Согласно пункту 6 статьи 1 Закона об инвестициях:

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

Под фразой «реализация инвестиций» сторона истца понимает «инвестиционный процесс», что соответствует редакции Закона об инвестициях на русском языке, а сторона ответчика – «продажу инвестиций» со ссылкой на редакцию Закона на кыргызском языке.

Данный вопрос также уже не единожды был предметом спора между Правительством Кыргызстана и инвесторами по другим делам²⁹.

В Кыргызской Республике кыргызский язык является государственным языком, а русский – официальным. Законопроекты принимаются и публикуются одновременно на двух языках³⁰. Однако в случае расхождения нормативных правовых актов на

²⁷ Пункты 241-242 Решения по делу Пенвелл Бизнес Лимитед против Кыргызской Республики (ППТС № 2017-31).

²⁸ Проект Закона Кыргызской Республики «О внесении изменений в Закон Кыргызской Республики “Об инвестициях в Кыргызской Республике”» /<https://www.gov.kg/ru/npa/s/3451#>. Справка-обоснование к законопроекту размещена на Едином портале общественного обсуждения проектов нормативных правовых актов http://admin.koombtalkuu.gov.kg/uploads/npa_documents/61b04c6c6c3a47.75684898.pdf.

²⁹ См., например, Lee John Beck and Central Asian Development Corporation v. Kyrgyz Republic.

³⁰ Статьи 24, 26, 29 Закона Кыргызской Республики от 20 июля 2009 г. № 241 «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» /газета «Эркин-Тоо» от 7 августа 2009 г. № 68-69.

государственном языке с текстом на официальном языке, текст на государственном языке считается оригиналом³¹.

В данном деле арбитражный трибунал преодолел прямое указание в законодательстве на приоритет кыргызской версии закона над русской и признал спор инвестиционным. Остановимся подробнее на доводах арбитров.

Трибунал при толковании термина «реализация инвестиций» в очередной раз сместил акцент с буквального толкования слов и выражений к контекстному. Понятие «реализация инвестиций» как процесса, а не продажи, по его мнению, соответствует общему подходу статьи 18 Закона об инвестициях (Разрешение инвестиционных споров). Определение инвестиционных споров является широким: в связи с инвестициями могут возникнуть разнообразные споры, и все они должны быть урегулированы. Узкое понимание термина «реализация инвестиций» приведет к абсурдной ситуации, при которой только споры, возникающие в ходе продажи инвестиций, будут охвачены положениями об урегулировании инвестиционных споров.

Такая дихотомия создаст пробел в законодательстве, при котором, к примеру, споры об экспроприации и запрете на репатриацию инвестиционного дохода не будут регулироваться статьей 18 Закона о разрешении инвестиционных споров. Кроме того, двойственный подход к разным категориям инвестиционных споров является произвольным, так как не ясны причины, по которым споры, возникающие в ходе продажи инвестиций, должны отличаться от других инвестиционных споров.

Несмотря на то, что трибунал согласился, с тем, что кыргызская версия Закона превалирует над русской, он посчитал необходимым получить доказательства узкого понимания кыргызскими судами инвестиционного спора. Трибунал допустил, что различие в русской и кыргызской версиях Закона вызвано исключительно ошибкой в переводе русской версии законопроекта на кыргызский язык. В случаях, если положение Закона приводит к абсурдному результату из-за ошибки в формулировке, ошибка исправляется на уровне судов. Таких доказательств кыргызская сторона представить не смогла.

Более того, трибунал в очередной раз обратил внимание, что размещенный на сайте Агентства по продвижению и защите инвестиций Кыргызской Республики перевод пункта 6 статьи 1 Закона об инвестициях Кыргызстана на английский язык переводит термин «реализация инвестиций» как «процесс инвестирования» (*«the process of investment»*). В этой связи трибуналу было не ясно, почему эта публично размещенная версия Закона на английском языке, исходящая от властей Кыргызстана, хуже, чем та, что представлена ответчиком во время третейского разбирательства.

Таким образом, наряду с тем, что вопросы языка уже давно стали частью стратегии сторон в арбитражном разбирательстве³², в спорах с участием Кыргызской Республики проблемы зачастую связаны с расхождениями в переводе нормативного акта. Причины, по которым республика не может отстаивать свою позицию упираются в отсутствие распространенной судебной практики местных судов, демонстрирующей, что в случае

31 Пункт 3 статьи 6 Закона Кыргызской Республики от 20 июля 2009 года № 241 «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» /газета «Эркин-Тоо» от 7 августа 2009 г. № 68-69.

32 См., например, *Tibor Várady*, Language-related strategies in preparing arbitration /Across Languages and Cultures 7 (2), pp. 209–226 (2006) DOI: 10.1556/Acr.7.2006.2.4.

конфликта между редакциями нормы Закона на официальном и государственном языке, они применяют последнюю. Во-вторых, государству не всегда удавалось продемонстрировать трибуналу первичность законопроекта на государственном языке. В большинстве случаев рабочие документы свидетельствуют о том, что законопроект разрабатывался на официальном языке, а после был переведен на государственный, что скорее свидетельствует об ошибке перевода, нежели об изначальной позиции законодателя по спорной норме.

С. Государство не является участником спора

Суть противоречий сторон о том, может ли государство выступать стороной по данному спору, основан на толковании пункта 2 статьи 18 Закона об инвестициях, в котором говорится об инвестиционном споре между инвестором и «уполномоченными государственными органами Кыргызской Республики», а не о споре с самим государством.

Трибунал обратил внимание на разницу в определении уполномоченного органа в различных статьях Закона об инвестициях. Так, в пункте 7 статьи 1 Закона об инвестициях уполномоченный орган определен как «...орган государственного управления, уполномоченный Правительством Кыргызской Республики осуществлять продвижение инвестиций и координацию инвестиционной деятельности в Кыргызской Республике...»³³.

Это определение отличается от терминов, используемых в пункте 6 статьи 1 Закона об инвестициях при определении инвестиционного спора: «...спор между инвестором и государственными органами, должностными лицами Кыргызской Республики и другими участниками инвестиционной деятельности, возникающий при реализации инвестиций».

Таким образом, в одном случае в Законе говорится только о спорах с уполномоченным государственным органом, что, исходя из определения последнего, является крайне узким пониманием инвестиционного спора, в другом – предполагается широкий взгляд на инвестиционный спор с любым государственным органом, должностным лицом или иным участником инвестиционной деятельности.

В результате, трибунал пришел к выводу о том, что, хотя в статье 18 Закона (Разрешение инвестиционных споров) говорится только о спорах между уполномоченными государственными органами Кыргызской Республики и инвестором, было бы бессмысленно толковать эту статью как исключаящую из сферы ее действия большинство инвестиционных споров в их широком понимании, содержащемся в пункте 6 статьи 1 Закона об инвестициях.

В случае противоречия между двумя положениями Закона, должно преобладать то, которое имеет больший смысл. По мнению трибунала, очевидно, что это пункт 6 статьи 1 Закона. Нарушение законодательных гарантий, предоставляемых инвесторам Законом об инвестициях, вряд ли может быть совершено «уполномоченным государственным органом», роль которого, согласно статье 14 Закона, заключается в

³³ Пункт 7 статьи 1 Закона Кыргызской Республики от 27 марта 2003 г. № 66 «Об инвестициях в Кыргызской Республике» / газета «Эркин-Тоо» от 4 апреля 2003 г. № 24.

продвижении инвестиций, поддержке и защите инвесторов в Кыргызской Республике. К примеру, решение об экспроприации принимается Правительством или Парламентом, а не уполномоченным государственным органом, отвечающим за поддержку и защиту инвесторов и содействие инвестициям.

Далее, трибунал признает, что формулировки, используемые в определении инвестиционного спора в отношении сторон такого спора не совершенны. Государственные органы, должностные лица Кыргызской Республики и другие участники инвестиционной деятельности, упомянутые в пункте 6 статьи 1 Закона об инвестициях, могут стоять у истоков нарушения гарантий инвесторов, утверждает состав арбитров. А вот лицом, предложившим гарантии, которое может быть привлечено к ответственности в случае нарушения, и которое отказалось от своего права использовать внутренние административные процедуры или судебное разбирательство до передачи спора в международный арбитраж, является сама Кыргызская Республика. Это подтверждается тем, что инвесторам предоставляется возможность передать споры в МЦУИС, который рассматривает инвестиционные споры между государствами и субъектами других государств.

Таким образом, здесь, как и в предыдущих вопросах, трибунал избегал буквального толкования спорной нормы Закона. Он анализировал ее в контексте всего Закона, а также с опорой на логику и здравый смысл. В результате, трибунал признал свою компетенцию по рассмотрению данного спора.

3. Применимое право к вопросам приемлемости требований (*admissibility*) и к существу претензий

В отношении вопроса о применимом праве интерес представляют разногласия сторон относительно применения международного права *per se* (как таковое, само по себе) и как компонента кыргызского права, в которое оно прямо включено.

А. Применение международного права per se

В аргументации трибунала следует выделить несколько важных тезисов.

Во-первых, арбитражный трибунал отрицает существование так называемого устоявшегося принципа («*well-established principle*») о применении международного права *per se*, на который ссылалась сторона истца.

Во-вторых, трибунал внес ясность в понимание термина «международный арбитраж». Настоящий спор относится к международному арбитражу, поскольку инвестор обладает гражданством государства, отличным от государства-ответчика, местонахождение арбитража – Лондон, процессуальные правила – Регламент ЮНСИТРАЛ. Но сам арбитражный трибунал не является международным судом, чей состав основан на международном праве и который должен применять международное право. Арбитражные трибуналы, рассматривающие споры, вытекающие из международных торговых контрактов, являются международными в том же смысле, что и данный арбитражный трибунал, и никто не утверждает, что по этой причине их задачей является применение международного публичного права.

В-третьих, арбитражный трибунал не является трибуналом МЦУИС. Не

существует договора, предоставляющего «Пенвеллу» право на предъявление иска к Кыргызской Республике в соответствии с международным правом. Из этого следует, что к настоящему спору применимо только кыргызское право. Однако далее правомерен вопрос о том, инкорпорированы ли принципы международного права в кыргызское право, и будут ли они применимы в таком качестве?

В. Включение принципов международного права в национальное законодательство Кыргызской Республики

В практике Кыргызстана регулярно встают вопросы о том, можно ли рассматривать общепризнанные нормы и принципы международного права частью законодательства, если они не являются нормативным актом? Подлежат ли общепризнанные нормы и принципы международного права автоматическому применению либо они применимы только тогда, когда законодательство Кыргызстана будет предусматривать их применение³⁴?

Пункт 1 статьи 2 Закона об инвестициях устанавливает, что законодательство, регулирующее инвестиционный режим, состоит из Конституции, данного Закона и других нормативных правовых актов Кыргызской Республики. Это дало возможность истцу через Конституцию, на которую прямо ссылается Закон об инвестициях, включить общепризнанные нормы и принципы международного права в систему законодательства об инвестициях.

Аргументация арбитражного трибунала представляется очень любопытной и важной в свете уяснения, и развития собственных представлений о месте международного права в правовой системе страны и то, как нормы Конституции и отраслевого законодательства по данному вопросу воспринимаются международными институциями.

Во-первых, в соответствии с Конституцией общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Кыргызской Республики³⁵. Обязанностью арбитражного трибунала является применение кыргызского законодательства. Следовательно, он должен применять эту часть кыргызского законодательства (имеется в виду конституционная норма). Тот факт, что пункт 1 статьи 2 Закона об инвестициях не упоминает общепризнанные принципы и нормы международного права, не означает, что они неприменимы, поскольку целью данного положения является только определение законодательства, регулирующего инвестиционный режим. За пределами законодательства, могут существовать другие нормы, принадлежащие к правовой системе Кыргызстана, которые нет никаких причин исключать.

Во-вторых, положение Конституции 2021 года о том, что порядок и условия применения международных договоров и общепризнанных принципов и норм международного права определяются законом³⁶, вовсе не означает, что должен быть

³⁴ Мусабекова Ч. Место норм международного права в правовой системе Кыргызской Республики / Вестник КРСУ. 2012. Т. 12. № 12. С. 36.

³⁵ Статья 6 Конституции Кыргызской Республики от 27 июня 2010 г. /газета «Эркин-Тоо» от 6 июля 2010 г. № 61; статья 6 Закона Кыргызской Республики от 5 мая 2021 г. № 59 «О Конституции Кыргызской Республики» / газета «Эркин-Тоо» от 5 мая 2021 г. № 41.

³⁶ Статья 6 Закона Кыргызской Республики от 5 мая 2021 г. № 59 «О Конституции Кыргызской Республики» / газета «Эркин-Тоо» от 5 мая 2021 г. № 41.

принят закон, прямо предусматривающий применение общепризнанных принципов и норм международного права.

Поскольку нормы международного права имеют статус «составной части правовой системы Кыргызской Республики» нет необходимости принимать закон для их применения. Иное истолкование данной конституционной нормы делало бы ее бесполезной, ибо и при ее отсутствии законодатель всегда мог бы принять правила, основанные на общепризнанных принципах и нормах международного права. Единственная возможная цель упоминания этих принципов и норм в Конституции – обеспечить их включение в правовую систему Кыргызстана независимо от воли законодателя.

В-третьих, несмотря на то, что суды Кыргызстана практически никогда не применяют нормы международного права, если они не отражены во внутреннем законодательстве, эта практика не может оказывать влияние на международный арбитражный суд, рассматривающий иск иностранного инвестора против Кыргызской Республики. Последний обязан применять принципы международного права, защищающие иностранных инвесторов, в той степени, в которой они являются составной частью правовой системы Кыргызстана и будут иметь значение для разрешения спора.

Таким образом, арбитражный трибунал заключил, что, хотя международное право *per se* не играет никакой роли в настоящем арбитраже, общепризнанные принципы и нормы международного права применяются как составная часть правовой системы Кыргызстана для защиты инвестиций «Пенвелла».

4. Приемлемость требований истца

По вопросу приемлемости требований истца трибунал остановился только на возражениях ответчика о том, что «Пэнвелл» обеспечил и сохранил свои инвестиции посредством коррупции. Эта часть решения особенно важна для Кыргызстана, поскольку аргумент о недобросовестности инвестиций ранее уже поднимался при обжаловании решения арбитражного трибунала по делу В.Белоконь против Кыргызской Республики, вынесенного в Париже 24 октября 2014 г. арбитражем *ad hoc*³⁷, а также по делу Станс Энерджи против Кыргызской Республики³⁸. Интересно проследить разницу в подходе арбитражного трибунала по настоящему делу в вопросах стандарта доказывания коррупции.

Важно, что и стороны, и арбитражный трибунал согласились, что возражения стороны государства, основанные на утверждении о коррупции, касаются приемлемости иска, а не существа спора и компетенции трибунала. Такая характеристика является юридически обоснованной, учитывая природу и последствия концепции приемлемости: предотвращение рассмотрения иска по существу.

Трибунал остановился на анализе трех вопросов: (1) является ли коррупция, в случае ее доказанности, препятствием для приемлемости требований инвестора в соответствии с применимым законодательством? (2) каков стандарт доказывания?

³⁷ Постановление Парижского Апелляционного суда от 21 февраля 2017 г. /http://arbitr.kg/web/index.php?act=view_material&id=104.

³⁸ Stans Energy Corp. and Kutisay Mining Llc v the Kyrgyz Republic, PCA Case No. 2015-32 / www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11774_0.pdf.

(3) соответствуют ли доказательства, представленные Кыргызстаном, применимому стандарту?

А. Коррупция как препятствие для приемлемости требований инвестора в соответствии с применимым законодательством

Основной аргумент истца – отсутствие в Законе об инвестициях оговорки о законности («*legality clause*»), поэтому несоблюдение законодательства Кыргызстана не влияет на характеристику инвестиций и не лишает инвестиции защиты, а арбитражный трибунал не лишается тем самым своей компетенции.

Арбитражный трибунал, как мне показалось, в этой части изящно вернул истцу его же довод о необходимости широкого понимания границ инвестиционного законодательства. Он, в частности, указал на то, что законодательство Кыргызстана не ограничивается Законом об инвестициях. Согласно статье 328 Уголовного кодекса, дача взятки государственным служащим Кыргызстана является уголовным преступлением.

Немыслимо, чтобы владельцу инвестиций, полученных преступным путем, было позволено воспользоваться защитой, которую закон предоставляет инвестициям. Цель таких законов – привлечь инвесторов, основываясь на их способности развивать экономику государства, а не на их умении коррумтировать государственные органы. В преамбуле Закона об инвестициях указано, что он направлен на «улучшение инвестиционного климата в Республике», а этот климат не будет улучшен путем защиты инвестиций, полученных мошенническим путем.

Запрет коррупции, несомненно, является частью общепризнанных принципов и норм международного права, которые являются составной частью законодательства Кыргызстана³⁹. Ранее арбитражные суды уже отказались применять положения инвестиционных договоров к защите инвестиций, полученных путем коррупции, мошенничества или обмана⁴⁰. Такая же позиция логически применима к защите, установленной законодательством принимающего государства.

С. Стандарт доказывания, применимый к обвинениям в коррупции

Должны ли утверждения о коррупции быть подтверждены ясными и убедительными доказательствами либо применим более мягкий стандарт, основанный на методе «красных флажков» («*red flags*») или «соединения точек» («*connecting the dots*»), который фокусируется на косвенных доказательствах? В пользу обоих точек зрения существует достаточно убедительная арбитражная практика.

Арбитражный трибунал по данному делу придерживался последнего подхода с опорой на арбитражное решение по делу Metal-Tech против Узбекистана, где трибунал постановил, что «для применения запрета на коррупцию международное сообщество установило списки индикаторов, иногда называемых «красными флажками»»⁴¹, а также

³⁹ Конвенция ООН против коррупции, принята резолюцией 58/4 Генеральной Ассамблеи от 31 октября 2003 г. Ратифицирована Законом Кыргызской Республики от 6 августа 2005 г. № 128.

⁴⁰ World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006, para. 157; Phoenix Actions Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 101; Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 123.

⁴¹ Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 4 October 2013, para. 293.

решения по делу Libananco против Турции⁴² и Union Fenosa против Египта⁴³, которые однозначно отвергли идею повышенного бремени доказывания.

Прежде всего, арбитражный трибунал посчитал, что предпочтение должно быть отдано новейшей практике, в большинстве своем поддерживающей метод «красных флажков». При этом методы «красных флажков» или «соединения точек» не означают, что трибунал должен быть менее убежден в реальности коррупции, чем в любых других фактах, подлежащих доказыванию в ходе разбирательства. «Красные флажки» должны быть достаточно ясными и убедительными.

Далее, трибунал приходит к выводу, что повышенный стандарт доказывания должен применяться в сфере уголовного права, поскольку на карту поставлен риск несправедливого наказания невиновного лица. Вне этой области затрагиваются интересы двух лиц – истца и ответчика, и было бы парадоксально ущемлять интересы последнего по причине серьезности предполагаемого проступка первого.

Факты должны быть убедительно доказаны, независимо от того, являются ли эти факты мошенничеством или нет. Арбитраж может быть убежден и на основании косвенных доказательств или так называемых «красных флажков». Отсутствие прямых доказательств не должно быть препятствием, если «красные флажки» таковы, что они убеждают трибунал в реальности обвинений⁴⁴.

Д. Доказанность утверждений о коррупции

Решающим стал вопрос о том, доказал ли ответчик свое утверждение о том, что «Пенвелл» изначально обеспечил свои инвестиции при восстановлении GSM-лицензии и выделенных частот компании «БиМоКом» с помощью коррупции и/или утверждение о том, что «Пенвелл» прибег к коррупции в попытке вернуть свои инвестиции после падения режима Бакиева.

(а) Восстановление лицензии

Итак, 19 октября 2005 г. Указом Национального агентства по информационным ресурсам, технологиям и связи действие GSM-лицензии «БиМоКом» было продлено.

24 октября 2005 г. «Пенвелл» и Forntek Enterprises Limited (далее – «Форнтек») заключили Соглашение о передаче доли и Дополнительное соглашение, согласно которым «Пенвелл» продал часть своей доли в размере 49% в «БиМоКом» компании «Форнтек» за 2 миллиона долларов США в обмен за обеспечение ряда условий деятельности «БиМоКом».

Анализ трибунала сосредоточился на характере и реальности вознаграждения, предложенного «Форнтек» за приобретение 49% доли в «БиМоКом», которое и без того было незначительным, учитывая блестящее будущее компании, благодаря своей лицензии и выделенным частотам. Арбитраж полагал, что восстановление лицензионных прав «БиМоКом» было частью вознаграждения за покупку 49% доли в «БиМоКом» компанией «Форнтек».

42 Libananco Holdings Co Limited v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/06/8, Award, 23 September 2011, para. 125.

43 Unión Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4, Award, 31 August 2018, para. 7.52.

44 Пункты 333 и 334 решения арбитражного трибунала.

Ниже приводятся факты, которые убедили арбитраж в том, что истинная роль «Форнтек» как местного партнера «Пенвелл» в «БиМоКом» заключалась в использовании коррупционных действий в интересах «БиМоКом», в частности, для обеспечения и сохранения своих лицензионных прав:

а. ни в Соглашении о передаче доли, ни в Дополнительном соглашении, ни по показаниям коммерческого директора «БиМоКом» не упоминается обязательство «Форнтек» внести финансовый вклад в развитие новой дочерней компании, в которой ему теперь принадлежала почти половина капитала;

б. все обязательства «Форнтек», перечисленные в Дополнительном соглашении, являются обязательствами результата, что ясно видно из использования слов «должен» и «обеспечить», а не обязательствами «приложить максимум усилий»;

в. очевидно, что «Форнтек», который не уполномочен распределять лицензии, не может взять на себя обязательство обеспечить восстановление приостановленной лицензии «в будущем на любых основаниях», в качестве компенсации за приобретение доли в «БиМоКом», а также обещание сохранить в полном объеме все права «БиМоКом» на выделенные частотные каналы, и обещание «возможности ОсОО «БиМоКом Лтд» использовать в полном объеме все права, полученные и предоставленные в соответствии с лицензией». При этом в соглашениях ясно сказано, что такая возможность обещана только «в той мере, в какой она зависит от действия или бездействия любых государственных органов Кыргызской Республики»;

г. господин Елисеев, стоящий за компанией «Форнтек», был близок к властям Кыргызстана того времени (2005–2008 гг.) и их окружению, в частности к сыну Президента Республики Максиму Бакиеву, и был в состоянии осуществить коррупционную практику;

д. Соглашение о передаче доли и Дополнительное соглашение не были в полном объеме и надлежащим образом переданы в Министерство юстиции для перерегистрации компании «БиМоКом». Таким образом, ни сумма покупной цены 49% доли «БиМоКом», ни объем обязательств «Форнтек» по сохранению лицензионных прав и частотных распределений «БиМоКом» никогда не были раскрыты Министерству юстиции;

е. низкая цена сделки и сомнительные доказательства реальности платежа.

(б) Факты коррупции «Пенвелл» после падения режима Бакиева в 2010 г.

После политического кризиса в Кыргызстане в апреле 2010 года «Пенвелл» и ее акционер «Eventis» разработали юридическую стратегию, чтобы вернуть долю «Пенвелл» в 51% в «БиМоКома».

Компания «Eventis» наняла журналистку Раушан Рыкунову для принятия мер по

защите интересов клиента. Позже, Рыкунова в протоколе допроса по уголовному делу в отношении нее, призналась в подкупе судей для получения благоприятных решений для «Пенвелл». На эти цели она потратила более 1,5 миллионов долларов США в виде взяток судьям, прокурорам и частным лицам за благоприятные судебные решения.

Таким образом, трибунал пришел к выводу, что «Пенвелл» через Р.Рыкунову занимался коррупцией в судебных органах, чтобы вернуть свои инвестиции в «БиМоКом». Арбитраж посчитал, что незаконное поведение Рыкуновой порочит данный инвестиционный иск. В результате, трибунал отклонил требования истца как неприемлемые поскольку коррупция присутствовала на всех этапах данной инвестиционной деятельности.

5. Распределение расходов и сборов

Арбитраж отошел от общего правила по возложению расходов за арбитраж на проигравшую сторону, установленного в пунктах 1 и 2 статьи 40 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, и поделил их поровну между сторонами.

Истец проиграл в арбитраже не потому, что он не смог доказать нарушение ответчиком применимого права, а потому, что его коррупционная практика в качестве санкции влечет за собой неприемлемость исковых требований. Однако коррупция подразумевает участие двух сторон, одна из которых коррумпирует, а другая – подвергается коррупции. Бессмысленно, по мнению трибунала, считать, что только автор коррупции («*author of corruption*») должен быть подвергнут наказанию, в то время как на самом деле готовность стать коррумпированным и есть истинная причина коррупции⁴⁵.

Решение о возмещении издержек – это единственный подходящий инструмент, доступный трибуналу для предотвращения ситуации, когда государство, участвовавшее в коррупционной практике, избегает каких-либо санкций как за свое участие в коррупции, так и за любое возможное нарушение обязательств, по существу.

Таким образом, арбитражный трибунал признал свою юрисдикцию в отношении требований истца, при этом принял решение об их неприемлемости. Арбитраж возложил на стороны по 50% расходов и гонораров арбитражного суда и секретариата.

6. Вместо заключения

Резюмируя, еще раз расставим акценты на вопросах, которые делают решение по делу Пенвелл Бизнес Лимитед против Кыргызской Республики интересным как для местного контекста, так и с позиции развития международной арбитражной практики.

Во-первых, это уже не первый арбитраж, который не согласился с позицией государства об отсутствии в Законе об инвестициях постоянного согласия государства на арбитраж. Если такая точка зрения не отвечает долгосрочным представлениям Кыргызстана о порядке разрешения инвестиционных споров, необходимо пересмотреть положения действующего законодательства в этой части.

Во-вторых, в процессе разногласий стороны неоднократно упирались в противоречия

45 Пункт 396 решения арбитражного трибунала.

в Законе об инвестициях между разными статьями закона, между редакциями нормы на разных языках, между нормой закона и здравым смыслом. В большинстве случаев низкое качество закона играло против государства. Разрешая коллизии, трибунал раз за разом демонстрировал нежелание исходить из буквального значения слов и выражений, а предпочитал истолковать их в контексте содержания закона в целом либо опираясь на принцип большей логичности одной нормы по сравнению с другой. В целом, большая часть разногласий была истолкована арбитрами в пользу предоставления больших гарантий и защиты инвесторам, при условии добросовестности инвестиций.

В-третьих, качество перевода Закона об инвестициях на государственный и официальный языки становится настоящей проблемой как в процессе осуществления инвестиций, так и в процессе их защиты для обеих сторон. Выбирая государственный язык в качестве языка оригинала нормативного акта, государство должно быть готовым продемонстрировать арбитражу, что спорный нормативный акт изначально разрабатывался на кыргызском языке или на обоих языках – русском и кыргызском, а также уверенную судебную практику национальных судов, применяющих в случае коллизии нормативный акт на государственном языке.

Особую важность в этом деле играл также перевод Закона на английский язык, который профильный государственный орган публично разместил на своем сайте. Трибунал несколько раз предпочел его содержание тому, которое государство представило в арбитраж уже после возникновения спора.

В-четвертых, у арбитров не вызвало никаких сомнений, что государство является стороной в инвестиционном споре, поскольку именно оно предоставило инвестору гарантии и выразило свое согласие на арбитраж. При этом непосредственным нарушителем прав инвесторов может быть конкретный государственный орган или должностное лицо.

Далее, несмотря на неточные формулировки Конституции и Закона об инвестициях, нормы и принципы международного права являются частью правовой системы государства и подлежат применению арбитражным трибуналом. Последний самостоятелен в этом вопросе и не связан отсутствием судебной практики местных судов по применению международного права, а также отсутствием закона, прямо предусматривающего применение общепризнанных принципов и норм международного права.

И наконец, коррупционные проявления как при обеспечении инвестиций, так и в процессе их осуществления являются препятствием для приемлемости иска и предотвращают рассмотрение арбитражем иска по существу. При этом факты коррупции должны быть убедительно доказаны, в том числе и косвенными доказательствами. Отсутствие прямых доказательств при условии ясности и убедительности «красных флажков» не может служить препятствием для трибунала.

Поскольку в коррупции виноваты обе стороны, арбитраж вправе возложить на каждую сторону расходы на арбитраж поровну в качестве своеобразной санкции за участие в коррупционной практике.

АРБИТРАЖ В БЕЛАРУСИ: СТАРЫЕ И НОВЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ



Вашкевич Андрей Станиславович,

адвокат Минской городской коллегии адвокатов,

член Президиума Палаты арбитров

Настоящая статья предназначена для предпринимателей, а также юристов, включая юристов, состоящих в штате организаций, юристов-лицензиатов, адвокатов для ознакомления с возможностями, которые предоставляет международный коммерческий арбитраж как способ разрешения споров как внешнеторговых, так и внутренних.

1. Арбитры

Арбитраж, он же – третейский суд, он же – суд частных посредников, то есть лиц, которые были избраны для разрешения спора не государством, а сторонами спора.

В первую очередь возможность в хорошем смысле активно влиять на организацию процесса разрешения спора отличают арбитраж от государственного суда.

Однако белорусские юристы часто игнорируют возможности арбитража, соглашаясь с передачей споров в государственный суд. Более того – в иностранный суд, в котором их клиент или наниматель будет вынужден обращаться к иностранным адвокатам. Либо соглашаются с предложением иностранных контрагентов о передаче споров в иностранный арбитраж – ICC, SCC и т.д.

В сопредельных государствах арбитраж растет и набирает популярность. В частности, активно развиваются Российский арбитражный центр (РАЦ), *Ташкентский международный арбитражный центр и другие*. Иностранные юристы активно предлагают арбитражные оговорки и рекомендуют клиентам обращаться в свои национальные арбитражные центры.

В Беларуси действуют два международных арбитражных суда:

Международный арбитражный суд при БелТПП (далее – МАС при БелТПП);

Палата арбитров при Союзе юристов Республики Беларусь.

Оба арбитражных института рассматривают как внешнеторговые, так и внутренние споры⁴⁶.

В 2021 году Палата арбитров при поддержке ЮНСИТРАЛ обновила свой

⁴⁶ Деятельность международного коммерческого арбитража регламентируется Законом Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде».

регламент, чтобы учесть современные тенденции и максимизировать преимущества арбитража.

Исторически в числе преимуществ арбитража называется возможность стороны выбрать арбитром лицо, которое:

имеет необходимый опыт работы в сфере, в которой возник спор (строительство, IT, международная торговля и т.п.);

обладает языковыми навыками, необходимыми для личного исследования доказательств и свободной коммуникации со сторонами спора;

пользуется доверием сторон в силу своей компетентности и репутации.

Вместе с тем иностранные контрагенты не всегда были готовы передать спор в белорусский арбитраж в связи с определенными сложностями в назначении иностранных арбитров. Такие пожелания возникали постоянно, возможно в том числе в связи с сомнениями иностранных контрагентов в опыте или иных характеристиках арбитров с белорусским гражданством.

Поэтому Палатой арбитров обновлен рекомендуемый список арбитров. По состоянию на дату написания настоящей статьи в него включены представители 22 стран, в том числе Китая, Гонконга, Турции и т.д.

Стороны также вправе выбрать арбитра не из списка, за исключением единоличного арбитра и председателя.

Это дополнительный довод, чтобы выбрать белорусский арбитраж вместо иностранного, убедить в этом выборе своего контрагента.

Пересмотрены размеры и порядок распределения арбитражных сборов между арбитражным учреждением и арбитром. Время опытных юристов стоит дорого и разумные гонорары необходимы для того, чтобы обеспечить участие иностранных арбитров, на выборе которых могут настаивать иностранные контрагенты.

2. Гибкость

Обновленный регламент Палаты арбитров направлен на оптимизацию процесса и обеспечение его гибкости.

Стороны с участием арбитров вправе договориться о порядке разбирательства дела, включая порядок предоставления доказательств, процессуальных документов, извещений сторон, графика заседаний и т.д.

Таким образом, стороны имеют возможность влиять на порядок рассмотрения дела, способствуя его удобству и эффективности.

Одна из задач арбитров состоит в том, чтобы заседания не переносились, стороны и арбитры могли без перерыва провести слушания и максимально погрузиться в обстоятельства спора.

Также важно предупреждение злоупотребления правами, в частности, утаивание

и предоставление доказательств с опозданием.

Существенное преимущество арбитража, которое проявилось при пандемии COVID-19, – повсеместное использование средств телекоммуникации.

Национальные арбитражные учреждения, такие как: МАС при БелТПП и Палата арбитров, допускают использование Microsoft Teams, Zoom и т.д.

Использование средств телекоммуникации ограничено только подходами (требованиями) арбитражного учреждения и возможностями сторон.

Это позволяет сторонам и арбитрам, находящимся в разных городах или странах, максимально эффективно использовать свое время, а также сократить расходы.

Соответствующее сокращение расходов, особенно при рассмотрении в иностранном арбитраже или при рассмотрении дела с участием иностранной стороны, может быть достаточно существенным.

3. Скорость

Как следствие, согласно имеющейся статистике, Палата арбитров рассматривает одно дело в среднем за 2,5 месяца. Также в пределах месяца подготавливается решение.

Необходимо учитывать сложность дела (например, может возникнуть необходимость экспертизы). Также имеет значение содействие сторон, но в целом указанные сроки сопоставимы со сроками рассмотрения дела в белорусском суде.

Напомним, что рассмотрение дела между резидентами в исковом производстве в первой инстанции экономического суда занимает от 2 до 4 месяцев, а с участием иностранцев – от 7 месяцев⁴⁷.

Конечно, необходимо учесть время на обращение в суд с заявлением о выдаче исполнительного документа, если арбитражное решение не было исполнено добровольно. Срок рассмотрения подобного заявления – не более 1 месяца с даты поступления заявления в суд.

Также следует учитывать риск апелляционного обжалования, которое в среднем требует от 1 месяца.

4. Конфиденциальность

Особенностью процесса в экономических судах является его открытость. То есть как правило на судебном заседании вправе присутствовать посторонние лица независимо от мнения сторон.

Возможно, для внутренних споров это является не столь важным, но иностранные контрагенты, как правило, хотели бы сохранить конфиденциальность.

Рассмотрение спора в арбитраже не предполагает допуск каких-либо посторонних лиц. Кроме того, публикация решения Палаты арбитров допустима с согласия сторон.

⁴⁷ Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь.

Если стороны – белорусские организации, то конфиденциальность не имеет особого значения, как правило. Но для иностранных контрагентов конфиденциальность может быть принципиально важна.

Арбитраж не публикует решения без согласия сторон

5. Представители

В ряде стран, включая Беларусь, обращение в государственный суд предполагает обращение к местным адвокатам.

В арбитраже клиент вправе воспользоваться услугами юристов, которых он знает, которые говорят на его языке.

Представителями сторон в арбитраже могут быть адвокаты, юристы-лицензиаты, сотрудники сторон, как белорусские граждане, так и иностранцы.

6. Расходы на юридическую помощь (юридические услуги)

Исторически белорусские суды уменьшают и не взыскивают в полном объеме расходы на юридическую помощь.

Арбитраж, как и государственные суды, исходит из разумности расходов на юридическую помощь. Вместе с тем практика показывает, что арбитраж редко снижает указанные суммы, что может быть положительным фактором для юристов и их клиентов.

Стоит учитывать, что трудоемкость оформления заявлений, отзывов и иных процессуальных документов в арбитраж может быть достаточно высокой. Потому фактор полного возмещения расходов выигравшей стороне может быть важен для клиентов юристов.

7. Пошлины и сборы

В части расходов ситуация зависит от характера спора.

До 70-75% дел, поступающих в белорусские экономические суды, – это дела приказного, то есть упрощенного производства. Госпошлина по таким делам незначительна. Ни одно арбитражное учреждение таких ставок сборов предоставить не может. Но выдача исполнительного документа по бесспорному долгу – это задача арбитража.

Там, где есть спор, ставки пошлины и сборов достаточно близки.

По имущественным спорам:

<i>Экономические суды (дела искового производства)</i>	<i>Палата арбитров</i>	<i>МАС при БелТПП</i>
От 5% до 1% по регрессивной шкале	По регрессивной шкале в среднем от 5% до 1% по регрессивной шкале + регистрационный сбор	По регрессивной шкале от 5,5% для нерезидентов и 5% – для резидентов

Как правило сборы по неимущественным спорам в арбитраже выше:

<i>Экономические суды</i>	<i>Палата арбитров</i>	<i>МАС при БелТПП</i>
От 5 до 20 базовых величин	Не менее 1 500 евро (в совокупности)+ регистрационный сбор	Не менее 700 евро

При этом арбитражный сбор подлежит уменьшению на 30% при рассмотрении дела единоличным арбитром.

Следует учитывать, что как правило ставки сборов в иностранном арбитраже (Российская Федерация, Украина и т.д.) выше, чем в белорусских арбитражных учреждениях.

Кроме того, порядок уплаты сбора в Палате арбитров предполагает, что истец уплачивает 50% сбора. Вторую часть сбора уплачивает ответчик. Только в том случае, если ответчик будет вести себя недобросовестно, не заплатит свою часть сбора, истец должен будет доплатить 50%. Однако в ряде случаев стороны намерены добросовестно разрешить спор и разделяют указанные расходы.

8. Исполнение решений арбитража за рубежом

Традиционно отмечается, что исполнить решение международного арбитража за рубежом можно в гораздо большем количестве стран, по сравнению с решениями белорусских судов.

В частности, решения Палаты арбитров подлежат исполнению в 168 государствах⁴⁸.

Решения белорусских судов могут быть признаны и приведены в исполнение в государствах, с которыми Республикой Беларусь подписаны соответствующие международные соглашения. Как правило, это страны СНГ, а также ближайшие географические соседи.

С Российской Федерацией подписано соглашение, позволяющее без процедуры признания принимать к исполнению исполнительные документы белорусских экономических и российских арбитражных судов⁴⁹.

⁴⁸ Конвенция Организации Объединенных Наций «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (г. Нью-Йорк, 10.06.1958).

⁴⁹ Соглашение между Республикой Беларусь и Российской Федерацией о порядке взаимного исполнения судебных актов хозяйственных судов Республики Беларусь и арбитражных судов Российской Федерации (г. Москва, 17.01.2001).

Это, конечно, влияет на желание сторон обратиться именно в государственный суд. Но в ряде случаев стороны все же предпочитают арбитраж.

9. Заключение

Таким образом, арбитраж является гибким и удобным альтернативным способом разрешения споров наряду с привычным процессом в государственном суде, медиацией и т.д.

Для организаций и предпринимателей это возможность быть заслушанными, изложить свои доводы арбитрам, в выборе которых они участвуют. По отзывам представителей бизнеса, это важно. В первую очередь – для сложных споров, например, в сфере строительства, поставки сложного оборудования, корпоративных спорах.

Очевидно, что по договорам на десятки и сотни миллионов долларов иностранные контрагенты будут настаивать на известных иностранных арбитражных центрах.

Но тем не менее остаётся большое количество контрактов, на сотни тысяч или миллионы долларов, по которым достаточно веских причин выбрать белорусский арбитраж.



Валерия Дубешко,

Юрист ИООО «Сорайнен и партнеры», Stockholm University International Commercial Arbitration Law Program (LL.M)



Борис Кругликов,

студент ФМО, стажер ИООО «Сорайнен и партнеры»

Для международного торгового оборота множественность заинтересованных лиц, а как следствие – споры с их участием, являются распространенной практикой. Такие ситуации могут требовать «срывания корпоративной вуали», и, например, привлечения в арбитражный процесс третьего лица – головной компании, владеющей на 100% и фактически контролирующей дочернюю компанию, с которой был подписан договор, из которого возникло спорное правоотношение. Или, для эффективности процесса, привлечения в спор между заказчиком и подрядчиком – субподрядчика.

Однако в привлечении таких третьих лиц имеются нюансы. Основной из них – вопрос возможности распространения арбитражного соглашения на лицо, которое не подписывало арбитражное соглашение, а соответственно, строго говоря, не давало согласия на рассмотрение спора с его участием в арбитражном порядке.

В настоящей статье мы рассмотрим регулирование и практику привлечения третьих лиц посредством *joinder* и *intervention* в Республике Беларусь, а также обратимся к примерам из других юрисдикций, чтобы увидеть зоны роста для отечественной практики.

Основные термины, используемые в настоящей статье, следующие:

joinder – ситуация, при которой одна из сторон арбитражного разбирательства ходатайствует (заявляет) о присоединении к нему третьего лица;

intervention – ситуация, при которой третье лицо ходатайствует (заявляет) о вступлении в арбитражное разбирательство.

Регулирование и практика в Республике Беларусь

Закон Республики Беларусь от 09.07.1999 N 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (далее - Закон о МАС) не содержит какого-либо регулирования вопросов участия третьих лиц в арбитражном разбирательстве, что неудивительно. Как отмечают авторитетные ученые в сфере международного коммерческого арбитража⁵⁰, большинство национальных законов об арбитраже предпочли не включать конкретных положений о *joinder* или *intervention* третьих лиц и не наделять состав суда конкретными полномочиями в отношении таких вопросов, как, например, процессуальный статус третьего лица в разбирательстве, в связи с чем стороны должны будут ознакомиться с соответствующими положениями применимого процессуального права и регламентов выбираемых арбитражных институтов.

Однако необходимо учитывать, что арбитражный процесс строится на отличных от государственного судопроизводства принципах. Как справедливо отмечает профессор Ставрос Брекулакис⁵¹, фундаментальное отличие судебного разбирательства от арбитража заключается в консенсуальном характере последнего: лишь те лица, которые прямо согласились быть связанными арбитражным соглашением, могут участвовать в арбитражном разбирательстве.

Представители белорусской доктрины⁵² также, учитывая договорную природу арбитража, считают, что вступление в процесс третьих лиц должно допускаться только при наличии согласия как вступающего в процесс третьего лица, так и обеих сторон арбитражного разбирательства. Гордон Смит – опытный арбитр, занимавший должность директора австралийского филиала Королевского института арбитров (*Chartered Institute of Arbitrators*)⁵³ – описывает три механизма «извлечения» такого согласия.

Во-первых, стороны могут предусмотреть особый порядок участия третьих лиц в своем арбитражном соглашении. На практике такие соглашения встречаются очень редко по объективным причинам⁵⁴. Стороны, как правило, могут и не подозревать о том, что им понадобится иметь дело с кем-то ещё, помимо их контрагента. Например, стороны заключают лицензионный договор, по которому лицензиар передает лицензиату эксклюзивную лицензию на использование программного обеспечения, а в разделе «*Representations and Warranties*» лицензиар заявил об отсутствии IP прав третьих лиц на предмет лицензии. Тем не менее, в ходе отношений лицензиат узнает, что против лицензиара возбуждено арбитражное разбирательство, предметом которого являются аналогичные права на то же самое программное обеспечение. Необходимость после подачи иска объединить дела или, например, присоединить лицензиата к уже возбужденному разбирательству, казалось бы, лежит на поверхности, однако никакого соответствующего установления в арбитражном соглашении на этот счет, скорее всего, не будет.

50 The Agreement to Arbitrate in Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, (Oxford University Press 2009) p. 95.

51 Brekoulakis, S. (2008). *Relevance of the Interests of Third Parties in Arbitration: Taking a Closer Look at the Elephant in the Room*, *The Penn St. L. Rev.*

52 *Международный коммерческий арбитраж: пособие* / А. И. Анищенко [и др.]; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, Т. В. Сысуева. – Минск: Изд. центр БГУ, 2017. – 395 с.: ил.

53 Smith, Gordon. 'Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions Under Leading Arbitral Rules'. *Journal of International Arbitration* 35, no. 2 (2018): 173–202.

54 Chapter 16 *Multiparty and Multicontract Arbitration* in Judith M. Lew, Loukas A. Mistelis, et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2003), para. 51.

Во-вторых, положения о порядке joinder и intervention могут быть предусмотрены в *lex arbitri*. Как уже было отмечено, практически ни один национальный закон об арбитраже не содержит таких положений. Типовой закон ЮНСИТРАЛ также не содержит данных положений.

В-третьих, согласие на joinder и intervention может быть предоставлено «косвенно», путем выбора арбитражного регламента, содержащего положения о вышеуказанных процедурах. Как справедливо отмечает Гордон Смит, данный механизм «предлагает наиболее полное и надежное решение». В этой связи, ниже нами были проанализированы положения регламентов различных арбитражных институтов относительно joinder и intervention.

Регламент МАС при БелТПП относительно третьих лиц немногословен. Лишь часть четвертая пункта 3 статьи 5 упоминает, что «третьи лица права выбора арбитра не имеют», что вместе с практикой МАС при БелТПП⁵⁵ позволяет сделать следующие выводы.

Несмотря на то, что в силу статьи 31 Регламента МАС при БелТПП МАС не связан нормами процессуального законодательства Республики Беларусь, представляется, что именно ими составы суда зачастую руководствуются при рассмотрении вопросов, связанных с третьими лицами. Вероятно, это объясняется тем, что в Законе о МАС отсутствует какое-либо регулирование данного вопроса. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь же, в свою очередь, предусматривает два вида третьих лиц – заявляющие (статья 64) и не заявляющие самостоятельные требования на предмет спора (статья 65).

Третьи лица, заявляющие самостоятельные требования на предмет спора, до принятия судебного постановления, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, вправе вступить в дело путем предъявления иска к одной или обеим сторонам. Пользуются такие третьи лица процессуальными правами и несут процессуальные обязанности истца, за исключением обязанности соблюдения досудебного порядка урегулирования спора с ответчиком, если это установлено законодательными актами для данной категории споров или договором. Судебная практика⁵⁶ привлечения таких

55 Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 08.11.2013 (дело № 1203/51-12). Унитарное предприятие «А» (Республика Беларусь) обратилось в МАС при БелТПП с иском о взыскании суммы основного долга и неустойки с фирмы «В» (Федеративная Республика Германия). Истец в судебном заседании заявил ходатайство о привлечении в дело третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора на стороне Истца: общества с ограниченной ответственностью «Б», импортера на территорию Республики Беларусь. Ответчик не возражал против привлечения в дело третьего лица. Состав суда ходатайство удовлетворил.

Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 30.11.2004 (дело № 416/57-03). Унитарное предприятие «А» (Республика Беларусь) обратилось в МАС при БелТПП с иском о взыскании суммы основного долга и неустойки с компании «В» (Британские Виргинские острова). В судебное заседание было представлено ходатайство о допущении в процесс в качестве третьего лица на стороне ответчика швейцарского банка «С». представитель ответчика поддержал ходатайство о допущении в процесс в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора на его стороне швейцарского банка «С». Указанное ходатайство было удовлетворено составом суда.

56 Постановление судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь от 25.02.2020 (дело № 41-28/2019/59А/144К). Предметом судебного разбирательства по делу № 41-28/2019 по первоначальному иску явились исковые требования ООО «Г» к ООО «И» о признании права собственности на нежилые помещения. Определением экономического суда города Минска ООО «К» было привлечено к участию в деле в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, на стороне ООО «И». ООО «К» обратилось в суд с заявлением о привлечении его в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, в связи с предъявлением им встречного иска к ООО «И» о понуждении заключить основной договор купли-продажи нежилых помещений на основании предварительного договора купли-продажи недвижимого имущества в соответствии со статьей 64ХПК. Кассационная инстанция пришла к выводу, что поскольку отсутствовали совпадения предмета спора по иску о понуждении к заключению основного договора купли-продажи недвижимого имущества с рассматриваемым иском, отсутствовали основания для вступления ООО «К» в дело в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, поскольку правовой результат и правовые последствия

третьих лиц свидетельствует о том, что такое привлечение, как правило, допустимо, когда:

- 1) совпадает предмет спора по иску третьего лица и рассматриваемому иску;
- 2) правовой результат и правовые последствия рассмотрения споров идентичны.

Регулирование участия третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора, свидетельствует о возможности *joinder* и *intervention*. Так, третьи лица данного вида могут быть привлечены судом либо вступить в дело на стороне истца или ответчика до принятия судебного постановления, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, если это постановление может повлиять на их права или обязанности по отношению к одной из сторон. Ходатайство о допуске в дело юридического лица, индивидуального предпринимателя или гражданина в качестве третьего лица, не заявляющего самостоятельных требований на предмет спора, может исходить одновременно от этих лиц (*intervention*), а также от истца или ответчика, на стороне которых эти лица будут выступать (*joinder*). Третьи лица, не заявляющие самостоятельных требований на предмет спора, пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности истца или ответчика, на чьей стороне они выступают, за исключением прав на изменение основания или предмета иска, увеличение или уменьшение размера исковых требований, отказ от иска, признание иска, заключение мирового соглашения, предъявление встречного иска, а также права требования принудительного исполнения судебного постановления. Если третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований на предмет спора, вступило в дело после начала судебного разбирательства, рассмотрение дела по первой инстанции суда, рассматривающего экономические дела, производится сначала. Судебная практика⁵⁷ свидетельствует о необходимости соблюдения следующих основных критериев для их привлечения:

рассмотрения данных споров различны.

Постановление судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь от 20.08.2019 (дело № 44-6/2019/188А/941К). Г. и Б. (бывшими участниками ООО «Э») заявлены требования о взыскании с общества по 10 000 белорусских рублей чистой прибыли, образовавшейся по итогам 2017 года, согласно решению участников общества, оформленного протоколом от 01.03.2018, а также 665,75 белорусских рублей процентов за пользование чужими денежными средствами за период с 02.09.2018 по 02.05.2019. По результатам судебного разбирательства, суд первой инстанции удовлетворил иски в полном объеме, придя к выводу, что представленными по делу доказательствами подтверждается факт наличия решения общего собрания участников общества о распределении прибыли в сумме 40 000 белорусских рублей между участниками общества К., С., Б., Г. пропорционально внесенным долям в уставный фонд (каждый по 25%) в размере по 10 000 белорусских рублей каждому и выплате причитающихся денежных средств в срок до 01.09.2018. С данными выводами согласился суд апелляционной инстанции, оставив судебное постановление суда первой инстанции без изменения. Кассационная инстанция, *inter alia*, пришла к выводу, что судом первой инстанции неправильно применены нормы процессуального права, а именно статьи 64ХПК, вследствие чего на основании определения от 11.04.2019 Б. неправомерно привлечен к участию в деле в качестве третьего лица, заявляющего самостоятельные требования на предмет спора, ввиду наличия у него иного предмета спора. Фактически судом первой инстанции были разрешены два самостоятельных спора.

57. Постановление судебной коллегии по экономическим делам Верховного Суда Республики Беларусь от 13.01.2021 (дело № 237-16/2020/1309А/1278К). Кассационная инстанция подтвердила, что третье лицо, не заявляющее самостоятельных требований на предмет спора, – это участник материально-правового отношения, связанного с тем материально-правовым отношением, которое является предметом разбирательства в суде, рассматривающим экономические дела, а основанием для вступления (привлечения) третьего лица в дело является возможность предъявления к нему иска либо возникновение у него права на иск, которые обусловлены взаимосвязанностью основного спорного правоотношения и правоотношения между стороной и третьим лицом. Вопрос о вступлении в дело третьих лиц решается судом с учетом конкретных обстоятельств спора и возможного влияния принимаемого судебного постановления на права и законные интересы третьего лица. **Целью** привлечения к участию в деле третьих лиц, не заявляющих самостоятельных требований на предмет спора, является **предотвращение неблагоприятных для них последствий до их наступления, которые могут возникнуть с вынесением судебного постановления**. Кассационная инстанция усмотрела, что, поскольку Ш., Г. *не являются участниками материально-правовых отношений* между ООО «К» (истец) и ОАО «П» (ответчик), удовлетворение иска по настоящему делу непосредственно не может повлиять на их права или обязанности.

1) взаимосвязанность основного спорного правоотношения и правоотношения между стороной и третьим лицом;

2) возможное влияние принимаемого судебного постановления на права и законные интересы третьего лица.

Регламент МАС «Палата арбитров при Союзе юристов», основанный на Регламенте ЮНСИТРАЛ, содержит несколько прогрессивных для Республики Беларусь положений, в частности прямо регулирует вопрос вступления в арбитраж третьих лиц. Так, пункт 5 статьи 17 Регламента устанавливает, что:

«Состав арбитража может, по просьбе любой стороны, разрешить одному или нескольким третьим лицам вступить в арбитражное разбирательство в качестве стороны, при условии, что такое лицо является стороной арбитражного соглашения, если только Состав арбитража после предоставления всем сторонам, включая лицо или лиц, вступающих в разбирательство, возможности быть заслушанными не установит, что такое вступление не следует допускать ввиду причинения ущерба правам любой из этих сторон. Состав арбитража может вынести одно арбитражное решение или несколько арбитражных решений в отношении всех сторон, участвующих таким образом в арбитражном разбирательстве».

Исходя из данной нормы можно сделать вывод, что хоть Регламент и умалчивает возможность *intervention*, он ее не исключает, и, кроме того, прямо допускает *joinder*, при условии, что третье лицо является стороной арбитражного соглашения, а его вступление не причинит ущерба правам сторон спора.

На практике данное положение может вызвать несколько вопросов, в частности, определение «*стороны арбитражного соглашения*», а также круга прав, которым может быть причинен ущерб и их соотношение между собой. Кроме того, может возникнуть вопрос в порядке формирования состава арбитража. Тем не менее, один факт наличия такого положения создает больше условий для формирования практики, учитывая складывающуюся международную практику, а в последующем и ее закрепление в Регламенте.

Практика иностранных арбитражных институтов

Регламенты наиболее известных зарубежных арбитражных институтов по мере наработки практики претерпевали определенные изменения и в итоге сформировали более детальное регулирование по вопросам привлечения третьих лиц в арбитраже.

Арбитражный Регламент Международной торговой палаты (ИСС) при определении возможности привлечения третьих лиц в арбитражном разбирательстве устанавливает требования к заявлениям о привлечении, порядок и сроки их предъявления, а также права/обязанности третьего лица. Так, статья 7 предусматривает, что:

«1. Сторона, желающая привлечь к участию в арбитражном производстве дополнительную сторону, должна представить свое заявление об арбитраже в отношении дополнительной стороны («Заявление о привлечении») в Секретариат.

[...]

4. Дополнительная сторона представляет Отзыв в соответствии mutatis mutandis с положениями статей 5(1) – 5(4). Дополнительная сторона может заявлять требования к любой другой стороне в соответствии с положениями статьи 8».

Регламент устанавливает порядок рассмотрения составом арбитража вопросов существования, действительности и сферы действия арбитражного соглашения, а также возможности рассмотрения всех заявленных требований совместно в одном арбитражном производстве или Судом ICC.

В практике⁵⁸ даже встречались случаи, когда ICC рассматривал возражения против joinder и все равно разрешал присоединение.

Регламент Гонконгского международного арбитражного центра HKIAC предусматривает, что все стороны, включая дополнительную, должны прямо (expressly) согласиться на joinder или intervention. На наш взгляд, такая формулировка исключает применение многочисленных доктрин для так называемого joinder of non-signatories, т.е. «неподписантов» арбитражного соглашения (agency, equitable estoppel, third-party beneficiaries, incorporation by reference, assumption, alter ego, piercing of the corporate veil, implied consent, group of companies⁵⁹).

Кроме определения порядка и сроков предъявления запроса о присоединении дополнительной стороны Регламент устанавливает порядок назначения состава арбитража, в частности, «считается, что все стороны арбитражного разбирательства отказались от своего права назначать арбитра.» и состав арбитража назначается институтом.

Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC) предусматривает joinder, устанавливая такие критерии допустимости, как своевременность подачи ходатайства (не позже представления объяснений ответчика), и prima facie наличие юрисдикции SCC («отсутствие юрисдикции не является очевидным»). Intervention по Регламенту SCC прямо не предусмотрен.

Арбитражный Регламент Лондонского международного арбитражного суда (LCIA) содержит любопытную норму, позволяющую привлечь третье лицо без согласия всех сторон спора, – достаточно прямого согласия в письменной форме присоединяемого лица и стороны, ходатайствующей о присоединении. Так, подпункт (х) пункта 1 статьи 22 Регламента предусматривает, что:

58 Asa Bioenergy Holding A.G. v. Ometto (Final Award), ICC Case No. 16513/JRE/CA, 21 November 2011: 04.08.2007 ASA, Покупатель, и г-н Ометто, Продавец, подписали Соглашение о покупке акций («SPA»). В соответствии с SPA Покупатель приобрел 100% акций холдинговой компании Adriano Ometto Participações Ltda. («АОР») и компании Grupo Dedini Agro («GDA»). Компании GDA, занимающиеся производством сахара и этанола в штате Сан-Паулу, Бразилия, в том числе Abengoa Entities, которые подписали SPA в качестве вмешивающихся и соглашающихся подписантов (*intervening and consenting signatories*). Adriano Ometto Agricola Ltda («АОА») заключила SPA в качестве гаранта обязательств Продавца, взятых на себя в отношении SPA. 26.09.2007 ASA приобрела акции АОР и взяла под свой контроль Abengoa Entities. ASA подала десять исков в этот арбитраж. Продавец и АОА подали два встречных иска против Покупателя и Abengoa Entities за нарушение SPA. 15.09.2009 ICC получила ответ ответчиков и встречные иски от 09.09.2009. В этом представлении ответчики просили присоединить Abengoa Entities в качестве ответчиков по встречным искам. 15.09.2009 ICC признала, что Ответчики выдвинули встречные иски против Abengoa Entities, и, соответственно, предложила Истцу представить любые письменные возражения против присоединений Abengoa Entities. 12.10.2009 Истец подал письмо с возражением против присоединения Abengoa Entities на том основании, что такое присоединение будет несовместимо с практикой ICC, поскольку (1) Abengoa Entities не были сторонами арбитражного соглашения в соответствии с SPA и (2) Ответчики по встречному иску не предъявили фактических требований к Abengoa Entities в связи с арбитражным соглашением. 12.11.2009 ICC разрешила присоединений Abengoa Entities.

59 The Agreement to Arbitrate in Nigel Blackaby, Constantine Partasides, et al., Redfern and Hunter on International Arbitration, (Oxford University Press 2009), p. 94; Stavros Brekoulakis, Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories,” 8(4) J. Int’l Disp. Settlement 610 (2017), p. 3.

«Состав арбитража имеет право по заявлению любой стороны или (за исключением подпункта (х) ниже) по собственной инициативе, но в любом случае только после предоставления сторонам разумной возможности изложить свои взгляды и после такого условия (в отношении расходов и иного характера) по решению Составы арбитража:

(х) разрешить одному или нескольким третьим лицам быть присоединенными к арбитражному разбирательству в качестве стороны при условии, что любое такое третье лицо и сторона-заявитель дали прямое согласие на такое присоединение в письменной форме после даты начала действия или (если ранее) в Арбитражном соглашении; и после этого вынести единое окончательное решение или отдельные решения в отношении всех сторон, вовлеченных в арбитраж».

Joinder и intervention возможны в спорах, рассматриваемых в белорусских арбитражных институтах, и используются на практике. Однако в отличие от иностранных арбитражных институтов, таких как: SCC, ICC, LCIA, HKIAC, у нас пока отсутствует детальная регламентация привлечения третьих лиц.

Несмотря на это, Регламент Палаты арбитров имеет преимущество перед Регламентом МАС при БелТПП, поскольку создает большую определенность для сторон спора, прямо предусматривая возможность привлечения третьих лиц и устанавливая для этого критерии.

Круг вопросов, которые будут формироваться на практике от случая к случаю, с учетом достаточно широких полномочий состава суда по вопросу привлечения третьих лиц – это сроки и порядок привлечения третьих лиц (до и после формирования состава суда), необходимость согласия всех сторон спора, право третьих лиц влиять на формирование состава суда или полное изменение порядка формирования состава суда и многое другое.

УЧЕТ ИНТЕРЕСОВ КЛИЕНТА ПРИ ФОРМИРОВАНИИ УСЛОВИЙ АРБИТРАЖНОГО СОГЛАШЕНИЯ: ПОЛЕЗНЫЕ И ВРЕДНЫЕ СОВЕТЫ ДЛЯ БУДУЩЕГО АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА



Максим Жуков,

Управляющий партнер юридической фирмы «Лекс Торре» (Минск, Беларусь)

При ведении договорной работы многие будущие участники арбитражного разбирательства и юристы не до конца учитывают специфику арбитражного разбирательства и возможности, которые дает согласование отдельных компонентов арбитражного соглашения на начальной стадии договорных отношений. При этом если бы эти моменты учитывались, многих будущих проблем можно было бы избежать. Юристы также склонны к другой крайности – избыточному усложнению арбитражного соглашения, вследствие чего его содержание становится сложным для реализации, а иногда даже противоречивым.

Как показывают практика арбитражных институтов, экспертные обсуждения в рамках арбитражного сообщества, а также опросы клиентов, удовлетворение клиента арбитражным разбирательством зависит от четырех основных вещей: финансовая экономия, оперативность, результативность и исполнимость итогового решения.

В этой статье необходимо обратить внимание на ряд аспектов, которые существенно влияют на эти параметры и должны быть тщательно продуманы на стадии заключения договора и формирования арбитражного соглашения. В целях того, чтобы сделать формат этой статьи более интересным, он выстроен через формулировку вредных советов и анализа того, что может быть если им следовать.

Вредный совет №1. Никогда не думайте о сумме потенциального спора при выборе арбитражного института

Очень большой ошибкой, которая может повлиять в принципе на способность стороны прибегнуть к арбитражу как способу разрешения споров, является неправильная оценка стоимости контракта и суммы потенциального спора, с одной стороны, и того, насколько выбираемый арбитражный институт является дорогим.

К сожалению, достаточно часто можно встретить договоры, стоимость которых не превышает 100 000–200 000 долларов, но при этом спор передают на рассмотрение

ведущих мировых арбитражных институтов – Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (SCC), Арбитражного института Международной торговой палаты (ICC), Венского международного арбитражного центра (VIAC). Вместе с тем в итоге стоимость арбитражного сбора и дополнительных расходов может составить сумму спора, а то и быть существенно выше её. В результате, находясь перед перспективой огромных затрат, сторонам приходится отказываться от разрешения спорной ситуации и пускать её на самотёк.

Для того, чтобы лучше отразить этот тезис, читателю предлагается сравнительная таблица, которая показывает, какой процент от суммы спора составит только арбитражный сбор при рассмотрении дела в различных арбитражных институтах. Выбор пал на глобальные арбитражные институты (ICC, SCC), а также локальные институты постсоветского пространства (Палата арбитров при Союзе юристов, МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины, Вильнюсский коммерческий арбитражный суд –VCCA).

Таблица 1. Процентная оценка суммы арбитражного сбора к цене спора в различных арбитражных институтах при применении общего регламента и рассмотрении спора тремя арбитрами

	Сумма требований в евро							
	5 000	10 000	25 000	50 000	100 000	250 000	500 000	1 000 000
<i>Палата арбитров</i>	1500	1500	1 500	2 750	4 750	9 250	16 750	26 750
	30%	15%	6%	5,5%	4,75%	3,7%	3,35%	2,68%
<i>МКАС при ТПП РФ</i>	3 353	3 555	5 430	8 433	13 126	19 656	26 186	33 893
	67,06%	35,55%	21,72%	16,86%	13,12%	7,86%	5,23%	3,39%
<i>МКАС при ТПП Украины</i>	1509	1 606	2 506	3 844	5 682	9 359	13 551	17 743
	30,18%	16,06%	10%	7,68%	5,68%	3,74%	2,71%	1,77%
<i>VCCA</i>	2 568	2 873	3 790	5 317	7 919	15 368	20 364	26 586
	51,3%	28,7%	15,1%	10,6%	7,92%	6,14%	4,07%	2,66%
<i>SCC</i>	23 690	23 690	23 690	30 130	37 950	52 957	77 970	108 445
	473,8%	236,9%	94,7%	60,3%	37,95%	21,18%	15,6%	10,84%
<i>ICC</i>	11 737	11 737	14 719	21 384	32 785	55 862	87 837	130 285
	234,74%	117,37%	58,9%	42,8%	32,8%	22,34%	17,56%	13,03%

Из содержания таблицы очевидно, насколько существенно отличается сумма арбитражного сбора в зависимости от суммы спора и выбранного института.

Хороший совет. При выборе института предварительно сопоставляйте стоимость контракта и потенциального спора с будущими арбитражными расходами. Руководствуйтесь при выборе института финансовыми соображениями.

Вредный совет № 2. Никогда не пользуйтесь ускоренными арбитражными процедурами, если они доступны

Ряд арбитражных институтов предлагает отдельные регламенты упрощенной процедуры в дополнение к стандартным регламентам. Основанием для их применения

является соглашением сторон, которое достигнуто в рамках арбитражного соглашения и на начальной стадии арбитражного разбирательства. В данной связи, чтобы пользоваться их преимуществами, требуется прямое указание на их применение в арбитражном соглашении (в ситуации, когда спор уже возник, достижение согласия на упрощенную процедуру выглядит нереалистичным).

Упрощенная процедура автоматически сокращает число арбитров, сроки рассмотрения дела, число обменов позициями в процессе, делает слушания по делу факультативными. В силу этого процесс становится более редуцированным.

Таблица ниже отражает экономию при применении упрощенной арбитражной процедуры на примере ICC и SCC (экономию становится очевидной при сравнении с таблицей №1):

Таблица 2. Оценка экономии при рассмотрении дела на основании упрощенного регламента

	Сумма требований в евро							
	5 000	10 000	25 000	50 000	100 000	250 000	500 000	
<i>SCC</i>	9 200	9 200	9 200	11 097	13 455	19 061	28 405	41 055
<i>Экономия</i>	61,2%	61,2%	61,2%	63,2%	64,6%	64%	63,6%	62,2%
<i>ICC</i>	6 203	6 203	7 000	8 866	12 608	21 472	33 750	50 023
<i>Экономия</i>	47,2%	47,2%	52,5%	58,6%	61,6%	61,6%	61,6%	61,7%

Таким образом, отсутствие учета наличия упрощенных регламентов влечет за собой потери в части арбитражных расходов, увеличивает стоимость услуг юридических представителей, а также делает процесс длительнее.

Хороший совет. Используйте упрощенные регламенты в целях экономии денег и времени.

Вредный совет №3. Всегда пишите о рассмотрении спора тремя арбитрами

Мотивы рассмотрения дела тремя арбитрами всегда потенциально ясны – это наличие назначенного арбитра. Но это преимущество далеко не всегда влечет ожидаемые последствия, поскольку назначенный арбитр остается независимым и беспристрастным (а не выступает в качестве «своего» арбитра). Более того, в составе арбитров из трех человек всегда есть двое других (мнения которых в принципе достаточно для принятия иного решения).

Рассмотрение дела единоличным арбитром всегда имеет финансовые преимущества в силу уменьшения арбитражных расходов. Источником временной экономии рассмотрения дела единоличным арбитром кроется в следующем:

1) единоличному арбитру не нужны deliberations. Подготовка решения тремя арбитрами (или даже вынесение определений и процессуальных приказов) всегда занимает больше времени за счет процедуры внутренних согласований и необходимости более

длительного подписания (особенно, если арбитры находятся в разных юрисдикциях);

2) формирование состава арбитража из трех человек всегда длительнее и сопряжено с большими вероятностями отвода. Также нередко арбитры или стороны не могут прийти к консенсусу по кандидатуре арбитра-председателя, что также усложняет процесс;

3) в регламентах, в которых число арбитров устанавливается по усмотрению арбитражного института, время будет затягиваться за счет выяснения позиции сторон по количеству арбитров и вынесения решения по этому вопросу.

В МАС при БелТПП и Палате арбитров при Союзе юристов рассмотрение спора одним арбитром сокращает расходы на 30%, в МКАС при ТПП Украины – на 20%, в Вильнюсском арбитраже – на 41,2%

В таблице ниже приводится сопоставление финансовой экономии при рассмотрении в ряде иных арбитражных институтов.

Таблица 3. Оценка экономии при рассмотрении дела единоличным арбитром вместо трех арбитров (общий регламент)

	Сумма требований в евро							
	5 000	10 000	25 000	50 000	100 000	250 000	500 000	1 000 000
<i>МКАС при ТПП РФ</i>	2 850	3 012	4 512	6914	10 668	15 892	21 116	27 282
<i>Экономия</i>	15%	15,3%	17%	18%	18,7%	19,2%	19,4%	19,5%
<i>SCC</i>	12 650	12 650	12 650	16 330	20 700	29 497	44 160	60 835
<i>Экономия</i>	46,6%	46,6%	46,6%	45,8%	45,5%	44,4%	43,3%	44 %
<i>ICC</i>	6 706	6 706	7 702	10 005	14 443	24 598	38 667	57 319
<i>Экономия</i>	42,9%	42,9%	47,7%	53,3%	56%	56 %	56%	56 %

Хороший совет. Договаривайтесь о рассмотрении дела единоличным арбитром прямо и сразу.

Вредный совет №4. Ничего не говорите о языке арбитражного разбирательства или выбирайте его наобум

Необходимо учитывать, что все арбитражные регламенты делятся на две категории. В первой категории имеется искомая опция языка, который стороны могут изменить своим соглашением. Во второй категории язык арбитража определяется составом арбитража с учетом мнения сторон.

При этом очень часто стороны пишут договор на одном языке, но 95% документов по делу составлено совершенно на ином языке. В большинстве случаев отсутствие согласия по поводу языка арбитража – это путь к конфликту и затягиванию процесса.

Вторым неудачным сценарием является неразумный выбор языка без учета будущей коммуникативной обстановки и собственных языковых возможностей. Такое расхождение в делах с большим числом доказательств является источником существенных расходов клиентов на перевод документов и осложнений для работы

консультантов (особенно в ситуации, когда арбитр не знает второго языка).

Еще одной недоработкой потенциально может являться выбор языка без учета того, на каком языке доступны нормы применимого права.

Хороший совет. Выбирайте язык арбитражного разбирательства исходя из собственных возможностей, языка будущих доказательств и коммуникаций, а также применимого права.

Вредный совет №5. Предъявляйте космические требования к арбитру (арбитрам)

Многие клиенты и юристы не учитывают, что арбитражные институты отличаются в подходах к назначениям арбитров (институты с рекомендательными списками и без них). Более того, есть сферы бизнеса, в которых количество опытных арбитров, которые владеют их спецификой, ничтожно мало (или даже в целом редкие сферы бизнеса). В нашей практике имеются многочисленные случаи, когда счет закрепленных требований к арбитрам шел на десятки.

Для арбитражных процессов с тремя арбитрами, а также в институтах, где председатель состава назначается из закрытого списка это может стать катастрофой, поскольку кандидата, соответствующего всем требованиям, может просто не оказаться. При этом в сферах с ограниченным числом арбитров повышается риск конфликта интересов и отказа арбитров от назначения.

В случае если при отсутствии согласия сторон арбитром станет лицо, которое не в полной мере соответствует всем закрепленным арбитражным соглашением требованиям, это может существенно испортить процесс и его итоги по следующим параметрам:

1) с высокой долей вероятности рассмотрение отводов станет неизбежным и будет тормозить процесс;

2) несоответствие состава суда требованиям арбитражного соглашения является отличным основанием для отмены арбитражного решения, а также предъявления аргументов против признания и исполнения решения.

Хороший совет. Подходите разумно к формулировке требований к арбитрам, не предъявляйте множественных требований, которые выходят за рамки знания языка арбитража, применимого права и общего опыта.

Вредный совет №6. Придумайте множество предварительных условий для обращения в арбитраж

Одним из распространенных в нашей практике примеров доарбитражного порядка урегулирования споров является претензионный порядок. С ним все достаточно ясно и понятно. Но зачастую стороны прописывают в качестве первой стадии переговоры, примирение и подобные вещи. При этом только в одном случае из десяти стороны четко прописывают порядок их проведения, сроки и алгоритм (но при этом ставят в качестве предварительного условия обращение в арбитраж).

Практикой арбитража во многих странах мира давно установлено, что такие неопределенные условия (без срока и порядка) о переговорах признаются неисполнимыми и не могут служить предварительными при осуществлении защиты прав в суде или арбитраже.

Вторая проблема кроется в том, что доарбитражная стадия не прописывается как предварительное условие для обращения в арбитраж. В итоге арбитры спокойно могут их проигнорировать, предварительно задав вопрос о том, а дадут ли вам переговоры что-либо по итогу.

Следствием неудачных формулировок практически всегда станет выделение отдельной юрисдикционной стадии разбирательства, а сторонам предстоит противостояние относительно интерпретации того, а есть ли предварительные условия для обращения в арбитраж и соблюдены ли они? Это противостояние грозит быть длительным и затратным по финансам, а также влечет усложнение процесса для арбитров и увеличение их гонораров. Не будет лишним также сказать о том, что, к примеру, составы арбитража при разбирательстве в SCC, ICC оценивают успешность аргументов в рамках юрисдикционной стадии при распределении расходов (поэтому в денежном выражении можно потерять и здесь).

Хороший совет. Если вы пытаетесь установить условие для обращения в арбитраж, делайте это четко и однозначно. При применении переговоров и примирения четко указывайте сроки и порядок их проведения.

Вредный совет №7. Запутайте всех по поводу применимого права

Большинство регламентов арбитражных институтов устанавливает правило о том, что разбирательство спора осуществляется на основании норм права, избранных сторонами, а в случае их отсутствия – нормами права, которые арбитры считают применимыми.

При этом большим заблуждением является то, что арбитры должны следовать нормам международного частного права страны, где проводится арбитражное разбирательство (зачастую открытым остается вопрос о том, международным частным правом какой страны руководствоваться в принципе). Это абсолютно не так. История и практика арбитража знает множество примеров, когда арбитры определяли как применимое право нейтральный закон (не связанный с местом исполнения договора или осуществления деятельности сторонами) или вовсе уходили от применения национального закона. В итоге стороны легко могут открыть для себя ящик Пандоры.

Отсутствие положения о применимом праве способно повлечь за собой следующие последствия:

1) в таких арбитражных институтах, как ICC, SCC, LCIA при наличии спора между сторонами наиболее вероятным сценарием является выделение отдельной стадии разбирательства, подача заявлений по вопросу применимого права, а также вынесение специального процессуального приказа или промежуточного арбитражного решения по определению применимого права. Итогом этого являются затраты времени, затраты на работу юридических представителей, увеличение гонорара арбитров

(в таких арбитражных институтах, как ICC, SCC это может стать причиной запроса дополнительного аванса на арбитражные расходы выше средних величин по причинам тяжелого течения процесса);

2) арбитражные институты, которые не практикуют вынесение процессуальных приказов и частичных арбитражных решений, могут держать стороны в неопределенности по поводу применимого права до самого конца процесса. В итоге процесс может напоминать разговор глухого и немого.

Из вредных действий, которые можно совершить для арбитражного разбирательства, можно выделить следующие:

1) осуществление общих неопределенных отсылок к обычаям торгового оборота, торговому праву ЕС (которого, кстати, не существует как целостного явления), международному праву и подобные вещи. Такая неопределенность почти наверняка станет источником длительных дискуссий в ходе арбитража, которые займут время и потребуют финансовых трат;

2) определить право страны истца (ответчика) как применимое. Можно прийти к парадоксальным результатам особенно в ситуации встречного иска, когда один состав может оказаться перед перспективой рассмотрения дела сразу по двум разным законам. В этой ситуации расходы на привлечение консультанта по иностранному праву могут стать реальностью;

3) определить сразу два закона в качестве применимого права. Почти наверняка такой сценарий способен испортить любой арбитраж, поскольку такие формулировки не учитывают разницу национального регулирования в юрисдикциях (даже гражданское право Беларуси и России значительно отличаются друг от друга). В итоге стороны и состав арбитража погрязнут в решении вопросов о том, как справиться с противоречивыми положениями и различиями регулирования. Велик риск того, что оговорку в принципе признают несогласованной, и мы приходим к сценарию, когда оговорки о применимом праве нет.

Хороший совет. Прописывайте применимое право четко, ясно, при выборе национального закона выбирайте только один и именуруйте его четко. Если стороны хотят применять обычаи торгового оборота, прописывайте названия документов, из которых вы будете их брать.

Вредный совет №8. Никогда не проверяйте наименования арбитражных институтов

Ситуация является достаточно избитой, но самым распространенным провалом является отсутствие четкого указания наименования арбитражного института или арбитражного регламента. Ошибки в названиях арбитражей бывают самыми нелепыми и могут варьироваться, начиная от смешения названий и заканчивая полной неопределенностью. Стороны должны понимать, что многие арбитражные институты из финансовых соображений и статистики готовы принимать к рассмотрению дела с патологиями в арбитражных соглашениях.

Но в итоге полученное решение может уйти на отмену в стране его вынесения или вовсе в его признании и приведении в исполнение может быть отказано по причине отсутствия действительного арбитражного соглашения.

Хороший совет. Проверьте название институтов и регламентов изначально, пользуйтесь типовыми арбитражными оговорками хотя бы в этой части.

ТАШКЕНТСКИЙ МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖНЫЙ ЦЕНТР (ТІАС) – НОВОЕ АРБИТРАЖНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ УЗБЕКИСТАНА



Мирсаид Мирасраров,

*член Секретариата Ташкентского Международного
Арбитражного Центра (ТІАС)*



Навруза Юнусова,

*член Секретариата Ташкентского Международного
Арбитражного Центра (ТІАС)*

(1) Обзор

В последние годы Республика Узбекистан благодаря своей новой стратегии действий и реформам, проводимым правительством страны, становится видным международным игроком в сфере экономического развития. Это способствует увеличению числа юридических лиц как национальных, так и иностранных на её территории. И с целью укрепления правовой среды и эффективного разрешения споров между различными представителями финансовой и торговой сфер в 2019 году был создан Ташкентский международный арбитражный центр (далее – ТІАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан.

Основной целью «ТІАС» является создание уникальной площадки для объективного и беспристрастного арбитражного разбирательства с беспрецедентной формой функционирования института: «ТІАС» не взимает сбор за администрирование дел (он равен 0%), и в центре действует строжайшая система для избегания конфликта интересов: ни персонал, ни члены внутреннего органа «ТІАС Court of Arbitration» не могут назначаться в качестве арбитров в делах, которые администрирует центр.

(2) Введение в ТІАС

Постановлением Президента Республики Узбекистан от 5 ноября 2018 года № ПП-4001 был образован Ташкентский международный арбитражный центр (ТІАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан. До создания «ТІАС» в 2018 году разрешением споров среди различных представителей финансовой и торговой

сфер занимался Международный коммерческий арбитражный (третейский) суд (далее – МКАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан. Как отмечает Ф. Отахонов, отсутствие специального закона о международном коммерческом арбитраже являлось одной из главных проблем неэффективной работы МКАС.

В Постановлении от 05.11.2018 № ПП-4001 эта проблема была решена в пункте 5 о разработке проекта Закона «О международном коммерческом арбитраже» в соответствии с типовыми законами ЮНСИТРАЛ. Кроме того, в Постановлении о создании «ТИАС» отражены комплексные меры, способствующие его успешной деятельности и направленные на эффективное разрешение споров между сторонами.

К примеру, в соответствии с Постановлением:

- сторонам спора разрешено привлекать иностранных арбитров для разрешения своих споров;
- местные суды должны помогать арбитрам «ТИАС» в предоставлении временной защиты при сборе доказательств и приведении в исполнение арбитражных решений;
- стороны спора могут разрешать свои споры в соответствии с материальным законодательством других юрисдикций;
- рассмотрение споров и других процессуальных действий может осуществляться в режиме онлайн с использованием современных информационно-коммуникационных технологий без присутствия арбитров и сторон;
- НДС не взимается за оказанные арбитражные услуги «ТИАС»;
- гонорары иностранных арбитров освобождаются от подоходного налога.

Создание «ТИАС» сопровождалось внедрением и других положений (законов) для эффективной деятельности международного арбитражного центра. Были учтены различные правовые нюансы для поэтапного развития Ташкентского международного арбитражного центра.

(3) Статистика дел ТИАС

С начала своей деятельности «ТИАС» рассмотрел 26 заявок на арбитраж и 2 заявки на экстренный арбитраж, которые охватывают различные типы споров в сфере промышленности, объектов недвижимости, продажи товаров и энергетики. Все арбитражные споры включали иностранный элемент, и по крайней мере одна из сторон арбитража являлась иностранным представителем.

Также стоит отметить, что в практике «ТИАС» есть дела, где обе стороны арбитража (истец и ответчик) были иностранными представителями. В «ТИАС» рассматривались дела представителей из Казахстана, России, Китая, Турции, Италии, Нидерландов, Сингапура, Филиппин и Молдовы.

Для эффективного и беспристрастного арбитражного разбирательства в «ТИАС» функционирует международная коллегия арбитров, состоящая из 59 арбитров.

Кроме того, «ТІАС» занимается внедрением и использованием современных информационно-коммуникационных технологий в арбитражном процессе, что способствовало эффективной деятельности «ТІАС» в период пандемии COVID-19.

(4) Сотрудничество ТІАС с другими международными арбитражными институтами

«ТІАС» стремится к тесному сотрудничеству с международным арбитражным сообществом по всему миру для продвижения арбитража как в Узбекистане, так и в других регионах мира. С начала функционирования «ТІАС» в 2019 году, он заключил различные меморандумы о сотрудничестве (МОС) с арбитражными учреждениями по всему миру, в том числе с: Гонконгским международным арбитражным центром (HKIAC), Венским международным арбитражным центром (VIAC), Международным финансовым центром «Астана», Международной палатой медиации Флоренции, Китайской международной экономической и торговой комиссией и другими

Например, «ТІАС» совместно с «HKIAC» разрабатывают инновационный Кросс-институциональный арбитражный регламент, который должен способствовать развитию обоих арбитражных центров.

В рамках этих и других меморандумов о взаимопонимании «ТІАС» и соответствующие учреждения договорились сотрудничать в продвижении использования арбитража и других альтернативных методов разрешения споров для целей международных коммерческих сделок, кроме того, в рекомендациях арбитров, в программах исследований, а также в обмене информацией, представляющей взаимный интерес. «ТІАС» надеется, что его совместные усилия помогут облегчить трансграничную интеграцию арбитражных услуг и содействовать совместной деятельности для развития арбитража во всём мире.

(5) Инициативы ТІАС

«ТІАС» представил ряд инициатив, которые не только направлены на продвижение международного арбитража в Узбекистане, но также нацелены на развитие арбитража во всём мире. И в этом направлении «ТІАС» и Торгово-промышленная палата Республики Узбекистан совместно организовали первую Узбекскую неделю арбитража (6-10 сентября 2021 года). Мероприятие проводилось в гибридном формате, что позволило широкому кругу лиц из разных стран принять в нем участие.

Республика Узбекистан представила свои предложения по развитию арбитража и подчеркнула значимость Закона «О международном коммерческом арбитраже», основанного на Типовом законе UNCITRAL. Были отмечены арбитражный регламент и регламент медиации Ташкентского международного арбитражного центра (ТІАС) как весьма продвинутые и соответствующие мировым стандартам.

Кроме этого, были упомянуты правила по разрешению споров в области высоких технологий, которые требуют особой квалификации от сторон, арбитров и арбитражных учреждений. Правила были составлены редакционным комитетом международных специалистов во главе с Клэр Морел де Вестгавер, партнером Bryan Cave Leighton Paisner в Лондоне, которая охарактеризовала Правила как отражение «самых передовых

практик арбитража».

Ещё одним достижением является то, что члены Суда и Секретариата «ТИАС» постоянно стремятся разнообразить состав вновь назначаемых арбитров с точки зрения гендерной составляющей. Так, женщины-арбитры составляют 40% от общего числа назначенных арбитров «ТИАС», что по сути своей является актуальной практикой в странах СНГ.

В тоже время «ТИАС» активно участвует в повышении квалификации узбекских судей. В сотрудничестве с различными организациями и партнёрами по развитию «ТИАС» организывает серию учебных занятий по передовой правоприменительной практике.

(6) Вывод

«ТИАС» демонстрирует свою приверженность поддержке арбитража как средства международного урегулирования споров. Действия правительства Республики Узбекистан по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ способствуют укреплению принципов международного частного права в стране. Это содействует эффективной защите интересов юридических лиц и различных корпораций на территории республики. В этом отношении «ТИАС» весьма успешно ведёт свою деятельность по предоставлению объективных и беспристрастных арбитражных услуг широкому кругу лиц. В тоже время «ТИАС» ведёт тесное сотрудничество с другими арбитражными центрами из разных регионов мира для координации различных действий, консультаций и совместных проектов. «ТИАС» в своей деятельности нацелен на то, чтобы зарекомендовать себя как действительно инновационную и всеобъемлющую платформу для арбитража и других форм альтернативного разрешения споров.

Список использованной литературы

1. Отахонов Ф. Организационно-правовые меры по развитию Международного коммерческого арбитража в Узбекистане [Электронный ресурс] Режим доступа: <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2014/02/.pdf> (дата обращения: 26.01.2022).

2. Положение о международном коммерческом арбитражном (третейском) суде при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан [Электронный ресурс] Режим доступа: <https://pandia.ru/text/80/171/26523.php> (дата обращения: 26.01.2022).

3. Постановление Президента Республики Узбекистан «О создании Ташкентского международного арбитражного центра (ТИАС) при Торгово-промышленной палате Республики Узбекистан» от 5 ноября 2018 года. // Национальная база данных // [Электронный ресурс] Режим доступа: <https://lex.uz/docs/4039518> (дата обращения: 26.01.2022).

4. Сколько стоит ведение бизнеса в Узбекистане в 2021 году // Обзор USAID, МИВТ, PwC и ПРООН // [Электронный ресурс] Режим доступа: https://www.pwc.com/uz/en/assets/pdf/Cost_of_Doing_Business_in_Uzbekistan_2021_Russian.pdf (дата обращения: 26.01.2022).

5. Bayzakova D., Kalish Y., Tay Ch., Malikov N. Tashkent International Arbitration

Centre – Uzbekistan’s new arbitral institution. *The Asia-Pacific Arbitration Review*, 2021. –Р. 35-41.

6. Slynn Foundation образовательная благотворительная организация, работающая с судьями и судебными учреждениями по всему миру для улучшения систем правосудия. [Электронный ресурс] Режим доступа: <https://www.slynn-foundation.org/> (дата обращения: 26.01.2022).

7. TIAC Panel of Arbitrators // TIAC official site // [Электронный ресурс] Режим доступа: <https://www.tiac.uz/arbitrators> (дата обращения: 30.01.2022).

МЕЖДУНАРОДНЫЙ АРБИТРАЖ ДЛЯ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ ПО ЗАЯВЛЕНИЯМ ХОЗЯЙСТВУЮЩИХ СУБЪЕКТОВ В ЕАЭС: ALEA АСТА EST?



Михалёва Татьяна Николаевна,

доцент кафедры евразийских исследований Белорусского государственного университета, доцент кафедры гражданского права, процесса и международного частного права Российского университета дружбы народов, к.ю.н., доцент

Совет Евразийской экономической комиссии на заседании 5 апреля 2021 г. принял план по реализации Стратегических направлений развития евразийской экономической интеграции до 2025 года, которые были утверждены 11 декабря 2020 г. (далее – план реализации Стратегии). Речь идет о комплексе порядка 330 мер и механизмов. Ее выполнение предусматривает разработку и подписание 13 международных договоров, более 60 нормативных правовых актов ЕАЭС, внесение около 25 изменений и дополнений в Договор о Союзе, а также изменений в национальные законодательства государств – членов ЕАЭС⁶⁰.

Одним из положений, а именно п.9.1.1 плана реализации Стратегии, предусмотрена проработка инициативы о создании в рамках ЕАЭС международного арбитража для рассмотрения споров по заявлениям хозяйствующих субъектов. Доклад по данному вопросу запланирован до 1 июля 2022 г.

Этот вопрос в повестке интеграционной тематики не новый. Было как минимум два предшествующих этапа реализации аналогичной идеи. В рамках СНГ еще в 2008 году был создан третейский суд – Международный суд по урегулированию споров при Экономическом Суде СНГ⁶¹. И предметная, и субъектная юрисдикция его устанавливались широко: третейский суд рассматривает на основании арбитражного соглашения сторон конкретный спор, возникающий из осуществления международных экономических связей между государствами – участниками СНГ и хозяйствующими субъектами указанных государств; из осуществления международных экономических связей между хозяйствующими субъектами государств – участников СНГ; иные споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на его разрешение.

В 2013 году при новом витке развития Евразийского экономического сообщества

⁶⁰ План мероприятий по реализации стратегических направлений развития евразийской экономической интеграции 2025 года: утв. распоряжением Совета Евразийской экономической комиссии от 5 апреля 2021 г. № 4 // КонсультантПлюс: Республика Беларусь, 2021.

⁶¹ Преимущества обращения в Международный центр по урегулированию споров при Экономическом Суде СНГ // [Электронный ресурс] Вид доступа: <http://sudsng.org/mcus/mcus/priority/>. – Дата доступа: 01.12.2021.

вновь возникла эта тема. 16 мая 2013 г. Советом ЕЭК было принято Решение № 32 о проекте концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза (далее – **Концепция**)⁶². Концепция предполагала создание Международного центра арбитража Таможенного союза (далее – **Арбитражный центр**), компетенция которого будет существенно шире, нежели компетенция любого иного международного коммерческого арбитража. Предполагалось, что Арбитражный центр будет создан в соответствии с законодательством Российской Федерации и будет расположен на ее территории. При этом концепция арбитража была несколько иной, акцент в Концепции был сделан в трех направлениях: признание и приведение в исполнение решений арбитражного центра на территории всех стран – членов Таможенного союза по наиболее упрощенной процедуре по сравнению с решениями иных третейских судов (высказывались среди прочего предложения о «назначении» одного национального суда в каждой стране для признания и приведения в исполнение и реализации функций по «поддержке» арбитража, возможности принятия принудительных обеспечительных и иных мер); расширение категорий споров, рассматриваемых Арбитражным центром (широкая категория дел из гражданско-правовых, экономических споров, споров, связанных с оборотом ценных бумаг, инвестиционных споров, споров в отношении недвижимости, прав интеллектуальной собственности и т.д.); ограничение возможностей для пересмотра и отмены решений Арбитражного центра национальными судами⁶³. Концепция подвергалась критике, особенно в части формирования и функционирования Арбитражного центра⁶⁴.

Текущее предложение основывается на следующих предпосылках, озвучиваемых широко в средствах массовой информации, а также нашедших обоснование в доктрине: повышение степени доверия между предприятиями, снижение издержек предприятий, территориальная независимость (в качестве «альтернативы Лондонскому суду Международного арбитража, Арбитражному институту торговой палаты Стокгольма и Постоянной палате международного правосудия в Гааге»⁶⁵), оперативность и качественное разрешение споров между предприятиями⁶⁶.

Что касается количества разбирательства, то «арбитражные учреждения, базирующиеся в СНГ, рассматривают значительно больше дел, связанных с регионом, по сравнению с учреждениями, расположенными за рубежом»⁶⁷. Можно сказать, что в основных международных арбитражных институтах доля кейсов из России, Казахстана и др. стран СНГ уменьшается. В ИСС эти наблюдения проводятся по двум региональным группам – Европа и Азия: за 2019 год это 48 дел, из которых 25 – с участием Российской

62 О проекте концепции создания третейского суда в рамках Таможенного союза: решение Совета Евразийской экономической комиссии от 16 мая 2013 г. № 32 // [Электронный ресурс] https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31663308&doc_id2=31389367#activate_doc=2&pos=93;-38&pos2=4;-108.

63 Чекалов Д. Порядок разрешения споров в Евразийском экономическом союзе // [Электронный ресурс] https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31663308&doc_id2=31389367#pos=5;-108&pos2=2;-98.

64 Муранов А. Третейский суд в рамках Таможенного союза: конкретика начинается – критика проекта его создания, в том числе в свете права ВТО // [Электронный ресурс] https://zakon.ru/blog/2013/8/20/tretejskij_sud_v_ramkax_tamozhennogo_soyuza_konkretika_nachinaetsya_kritika_proekta_ego_sozdaniya_v#_ftnref1.

65 Курбанов Р.А. Правовые аспекты обеспечения конкурентоспособности российской экономики с использованием преимуществ евразийской интеграции / Р.А. Курбанов, К.И. Налетов // Экономика. Право. Общество. – 2018. – № 2. – С. 10–14.

66 Арбитражный суд для разрешения споров хозяйствующих субъектов планируют создать в ЕАЭС // <https://www.belta.by/economics/view/arbitrazhnyj-sud-dlja-reshenija-sporov-hozjajstvujuschih-subjektov-planirujut-sozdat-v-eaes-427174-2021/>; Тигран Саркисян: «Сегодня всем странам очевидно, что сообща им легче преодолевать сложности и создавать комфортные условия для граждан и бизнеса // <http://www.eurasiancommission.org/ru/nae/news/Pages/12-11-2019-3.aspx>.

67 Кривой Я., Хобер К. Особенности правового регулирования и практики международного арбитража на постсоветском пространстве // Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 2(15). С. 47–54. – С. 49.

Федерации, 4 – Казахстана, по 1 – с участием Беларуси и Узбекистана, 9 – Грузии, 2 – Молдовы и 6 – Украины)⁶⁸. В статистике Лондонского и Стокгольмского арбитражей страны СНГ определены отдельной группой, и оценку проводить достаточно просто. Констатируется уменьшение обращений по данной группе. Так, в Лондонском арбитраже в процентном соотношении в 2018 году обращения по государствам СНГ – 9,5%, в 2019 году – 8,2%, в 2020 году – уже 7,2%⁶⁹. Следует учитывать при этом, что общее количество обращений в арбитраж растет: в 2020 году в Лондонский арбитраж поступило 444 обращения, это выше, чем в 2019 и 2018 годах (вообще это самый высокий показатель за все годы).

В связи с этим вопрос о создании альтернативных евразийских механизмов арбитражного разбирательства – это скорее вопрос не количества, а качества, репутационных характеристик, а также экономической безопасности⁷⁰.

В то же время идея создания евразийского арбитража была воспринята, прежде всего, как внутренняя конкуренция третейским судам и арбитражам. Так, Торгово-промышленная палата России предложила вместо создания международного арбитража в рамках Евразийского экономического союза использовать национальные международные арбитражные центры⁷¹.

Безусловно, создание такого механизма в евразийской юрисдикции не будет означать, что субъекты будут делать выбор в его пользу автоматически, добровольность арбитража этого не предполагает. Популярность арбитража напрямую зависит от его эффективности, которую связывают в том числе с исполнением, с обеспечительными мерами. Так, недавно созданный Гонконгский международный арбитражный центр показывает небывалый рост популярности (плюс 22% за 2 последних года, 3-е место среди международных арбитражных центров), что в значительной степени связывают с исполнением и обеспечительными мерами на территории материкового Китая⁷². Поэтому сама идея создания евразийского арбитража при условии включения повышающих его конкурентность инструментов эффективности не кажется бесперспективной. Однако, что конкретно может стоять за таким предложением с институциональной точки зрения и в плане компетенции органа?

Исходя из формулировок, которыми описывают потенциальную компетенцию евразийского арбитража *ration personae*, речь может идти о разбирательствах с участием субъектов хозяйствования. Действительно, подобного рода возможности в рамках существующих евразийских структур в настоящее время нет. Юрисдикция Суда ЕАЭС ограничена обращениями субъектов хозяйствования (в терминологии права ЕАЭС – хозяйствующих субъектов⁷³) по определенным категориям дел:

68 ICC Dispute Resolution Statistics // https://library.iccwbo.org/content/dr/pdfs/2019%20Statistics_ICC_Dispute%20Resolution_901.pdf.

69 Reports (annual casework reports) // <https://www.lcia.org/lcia/reports.aspx>.

70 Писаревский Д.Ю. Развитие права стран ЕАЭС в области международного коммерческого арбитража (МКА) как мера обеспечения экономической безопасности участников коммерческого оборота стран ЕАЭС / Д.Ю. Писаревский // Международное сотрудничество евразийских государств: политика, экономика, право. – 2018. – № 2. – С. 16-26.

71 ТПП РФ предложила рассматривать споры бизнеса в рамках ЕАЭС в национальных арбитражах // 01.12.2021 ТАСС <https://tass.ru/ekonomika/13074923>.

72 Press release HKIAC and Hong Kong ranked third worldwide for arbitration // <https://www.hkiac.org/news/hkiac-and-hong-kong-ranked-third-worldwide>.

73 Хозяйствующий субъект согласно части 2 пункта 39 Статута Суда ЕАЭС – это «юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства, либо физическое лицо, зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с законодательством государства-члена или третьего государства».

о соответствии решения Комиссии или его отдельных положений, непосредственно затрагивающих права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, Договору и (или) международным договорам в рамках Союза, если такое решение или его отдельные положения повлекли нарушение предоставленных Договором и (или) международными договорами в рамках Союза прав и законных интересов хозяйствующего субъекта;

об оспаривании действия (бездействия) Комиссии, непосредственно затрагивающего права и законные интересы хозяйствующего субъекта в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности, если такое действие (бездействие) повлекло нарушение предоставленных Договором и (или) международными договорами в рамках Союза прав и законных интересов хозяйствующего субъекта⁷⁴.

Включение экономических споров между хозяйствующими субъектами в компетенцию Суда ЕАЭС, о чем также упоминали в контексте формирования Стратегии ЕАЭС⁷⁵, не является невозможным (для этого нужны были бы соответствующие изменения в Договор и в Статут Суда, Регламент Суда), однако вряд ли является целесообразным, поскольку основная цель Суда – содействовать единообразному применению права Союза, быть «хранителем» евразийского правопорядка, что делает и его природу, и его функционал ближе к публично-правовому. Кроме того, классические отличия арбитража от суда, не нуждающиеся в дополнительном освещении, свидетельствуют о совершенно обособленном характере любой потенциальной арбитражной институции для разрешения споров с участием хозяйствующих субъектов в ЕАЭС.

Компетенция *ratione materiae* такого арбитража предположительно будет широкой – экономические споры или споры, вытекающие из экономической деятельности хозяйствующих субъектов. Предпринимательская деятельность традиционно включается в понятие экономической деятельности, как и ряд иных направлений. Так, вопросы наличия евразийского арбитража по интеллектуальной собственности давно находятся в сфере внимания⁷⁶. Инвестиционная деятельность при этом носит особый характер, но прежде всего, не с точки зрения ее экономической сущности, а с точки зрения юридического содержания. Например, в *определении Конституционного суда Российской Федерации от 24.12.2020* проводится отличие: «международный инвестиционный арбитраж следует отличать от международного коммерческого арбитража, основанного на автономии воли сторон. Предметом рассмотрения в рамках инвестиционного арбитража становятся суверенные действия (бездействие) государства, которые совершаются от его имени всеми – законодательными, исполнительными, судебными – органами власти и которые в отсутствие положения о таком арбитраже в международном договоре рассматривались бы в судах соответствующего государства»⁷⁷. Будет ли такого рода тезис свидетельствовать в пользу изъятия инвестиционных споров из предметной компетенции обсуждаемого евразийского арбитража? Полагаем, что

74 См. пункт 39 Статута Суда, являющегося Приложением № 2 к Договору о ЕАЭС.

75 Глазьев С.Ю. О стратегических направлениях развития ЕАЭС // <http://www.russia-led-ssl.ru/wp-content/uploads/2020/12/%D0%A1%D1%82%D0%B0%D1%82%D1%8C%D1%8F-%D0%93%D0%BB%D0%B0%D0%B7%D1%8C%D0%B5%D0%B2%D0%B0.pdf>.

76 Яковец Ю.В. О формировании евразийской стратегии охраны, защиты и использования интеллектуальной собственности / Ю.В. Яковец // Интеллектуальная собственность Казахстана. – 2014. – С.34-43. – С. 37.

77 О разъяснении Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 27 марта 2012 г. № 8-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 23 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации»: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 24.12.2020 № 2867-О-П // КонсультантПлюс, 2021.

нет. Напротив, тенденции в иных региональных объединениях указывают на активное обсуждение инвестиционного, государственно-частного арбитража, функционирующего автономно в пределах интеграционной правовой системы.

Судя по практике Суда Европейского союза и широко обсуждаемой «трилогии» – дело Акмеа (Slovak Republic v Achmea BV, C284/16, 2018)⁷⁸, дело Комстрой (Republic of Moldova v Komstroy, C741/19, 2021)⁷⁹, дело ПЛ Холдингс (Poland v. PL HoldingsSarl, C 109/20, 2021)⁸⁰ – внутренние инвестиционные споры с участием государств – членов ЕС и их резидентов будут выводить из-под внешней для ЕС юрисдикции, то есть продолжать «автономизировать» правопорядок ЕС. Так, в последнем из упомянутых дел Суд ЕС по ходу решения постановил, что государства-члены обязаны оспаривать действительность арбитражных оговорок в арбитражной инстанции, при необходимости – в соответствующем национальном суде, а любые действия, направленные на избежание выполнения такого обязательства, будут противоречить положениям и фундаментальным принципам европейского правопорядка.

Заинтересованность в том проявляют и сами государства-члены. Например, во Франции, на следующий день после того как решение по делу Комстрой (2021) было вынесено Судом ЕС, Главное управление казначейства опубликовало пресс-релиз, что никакой арбитраж на основе Договора к энергетической хартии не может быть инициирован инвестором из ЕС против государства – члена ЕС: *«Главное управление казначейства еще раз желает обратить внимание французских инвесторов, работающих на внутреннем рынке, и европейских инвесторов, присутствующих во Франции, на тот факт, что не следует инициировать новую процедуру урегулирования споров между инвесторами и государством против государства – члена Европейского Союза при применении арбитражной оговорки»*⁸¹.

Эти тенденции отграничения, так называемой автономизации интеграционного правопорядка, понятны, и они будут развиваться наряду с регионализацией международного права как таковой. Есть арбитраж в арабском регионе, не один – в африканском регионе, межамериканская комиссия представляет себя как альтернативу ИСС в западном полушарии, в сентябре 2021 года начал действовать арбитраж стран Карибского бассейна, очень активно себя позиционируя, и т.п.

Есть примеры и несостоявшихся попыток создания регионального арбитража, которые связаны, в первую очередь, с процессами стагнации самого регионального объединения. Так, в рамках УНАСУР, не обретшего пока успеха проекта панюжноамериканской интеграции⁸², практически с момента создания, с 2008 года, тщательно разрабатывался проект международного арбитража УНАСУР, который

78 Judgement of the Court (Grand Chamber) : 6 March 2018 // <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=199968&doclang=EN>.

79 Judgement of the Court (Grand Chamber): 2 September 2021 // <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0741>.

80 Judgement of the Court (Grand Chamber) : 26 October 2021 // [https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3459B354ADDB402CD331E394F234BBCE?text=&docid=248141&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=718350](https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3459B354ADDB402CD331E394F234BBCE?text=&docid=248141&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=718350https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3459B354ADDB402CD331E394F234BBCE?text=&docid=248141&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=718350).

81 Партэ А. Арбитраж внутри ЕС в соответствии с ДЭХ признан несовместимым с законодательством ЕС // [Электронный ресурс] Международный арбитраж. – 2021. – Вид доступа: <https://www.international-arbitration-attorney.com/ru/intra-eu-arbitration-under-the-ect-found-incompatible-with-eu-law/>ю– Дата доступа: 01.12.2021.

82 Союз южноамериканских государств, интеграционное объединение, участниками которого до недавнего времени были 12 государств Латинской Америки, к 2021 году осталось 4 – Боливия, Венесуэла, Гайана, Суринам.

так и не был воплощен в жизнь. Несмотря на дезинтеграционные процессы создание регионального арбитража как альтернативы МЦУИС стоит в повестке ряда государств⁸³.

Однако и в успешных интеграционных проектах тенденция к автономизации регионального правопорядка четко прослеживается не только внутри, но и вовне, что влияет и на вопросы развития арбитража. Профессор М.Л. Энтин проводит такие параллели: «в сотни соглашений, которые есть у ЕС с третьими странами по торговым отношениям, включены положения о государственно-частном арбитраже. Когда речь зашла о том, что этот же механизм включается в так и не состоявшийся договор о трансатлантическом партнерстве, весь бизнес Европейского союза как один выступил против включения этих положений в возможный будущий договор. Европейская комиссия провела опрос среди бизнеса и получила около 1 500 отрицательных заключений в отношении этого механизма. Поэтому очень важно, чтобы судебная система Евразийского экономического союза, как это происходит сейчас, защищала и отстаивала право Евразийского экономического союза в качестве самостоятельной системы права»⁸⁴.

Не последнюю роль в этом может играть и применение международными арбитражами права ЕАЭС⁸⁵, а значит, угроза единообразию и автономности его толкования. Неслучайно последняя арбитражная практика, например, в отношении государств – участников НАФТА⁸⁶ показывает заинтересованность государств в согласованном толковании права НАФТА⁸⁷. Таким образом, наличие внутреннего арбитража по инвестиционным вопросам имеет в интеграционном объединении свои предпосылки.

В настоящее время в п.5 ст. 85 Договора о ЕАЭС предусмотрено: «Если спор не может быть разрешен путем проведения переговоров в течение 6 месяцев с даты письменного уведомления любой из сторон спора о проведении переговоров, то он может быть передан по выбору инвестора на рассмотрение:

1) суда государства-реципиента, компетентного рассматривать соответствующие споры;

2) международного коммерческого арбитража при торговой палате любого государства, согласованного участниками спора;

3) арбитражного суда *ad hoc*, который, если стороны спора не согласятся на иное, должен быть создан и действовать согласно Арбитражному регламенту Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ);

83 Matheus C. ICSID arbitration and foreign investment in Peru endangered [Electronic resource] <http://arbitrationblog.practical-law.com/icsid-arbitration-and-foreign-investment-in-peru-endangered/>.

84 Энтин М.Л. Плюсы и минусы трансрегионализации международного права и право ЕАЭС (стенограмма выступления) С. 60-64. – с. 64.

85 В ряде дел с участием государств – членов ЕАЭС применимым правом являлся Договор о ЕАЭС (см., например, *Manolium Processing v Belarus*, http://www.uncitral.org/res/transparency-registry/registry/data/blr/000_Manolium_v_Belarus_31.pdf).

86 Североамериканская зона торговли, участники – США, Канада, Мексика.

87 «Феномен рассмотрения споров по НАФТА заключается в следующем: с некоторых пор государства – участники НАФТА, не являющиеся не только стороной спора (ответчиком), но даже и третьим лицом (поскольку их права прямо не затронуты данным иском), стали подавать в арбитраж «заявления стороны, не участвующей в споре». В этих заявлениях другие государства НАФТА, как правило, поддерживают позицию государства-ответчика. Очевидно, что это делается по предварительному согласованию с государством-ответчиком. По сути дела, эти заявления дают официальное толкование того или иного положения НАФТА, разъясняя арбитражу, что Высокие Договаривающиеся Стороны имели в виду, используя ту или иную формулировку», – Рачков И. Тенденции развития инвестиционного арбитража: вопросы по существу спора / И.Рачков // Международное правосудие. – 2019. - № 1 (2019). – С. 93-117. – С. 94.

4) Международного центра по урегулированию инвестиционных споров, созданного в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 г., для разрешения спора в соответствии с положениями этой Конвенции (при условии, что она вступила в силу для обоих государств – членом сторон спора) или в соответствии с Дополнительными правилами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (в случае если Конвенция не вступила в силу для обоих или одного из государств – членом сторон спора)»⁸⁸.

Очевидно, если будет идти речь о распространении компетенции вновь создаваемого арбитража на эти категории споров, то нужны будут изменения в Договор, несмотря на то, будет или нет такая институция уставным органом (что также требует отдельных поправок к Договору). Останется открытым вопрос и о судьбе аналогичных положений, содержащихся в ст.9 Соглашения о поощрении и защите инвестиций в государствах – членах Евразийского экономического сообщества 2008 года, положений об урегулировании споров в рамках двусторонних соглашений государств – членом ЕАЭС о поощрении и взаимной защите инвестиций (между Арменией и Беларусью 2001 года, Арменией и Казахстаном 2006 года, Арменией и Кыргызстаном 1994 года, Арменией и Российской Федерацией 2001 года, Беларусью и Кыргызстаном 1999 года, Казахстаном и Кыргызстаном 1997 года, Казахстаном и Российской Федерацией 1998 года).

Подводя итог рассуждениям о судьбе планов по созданию арбитража в ЕАЭС, можно предположить, что ряд факторов, таких, как давняя проработка вопроса с различных сторон, тенденции обособления арбитража в регионах как отражения автономизации региональных правовых систем и регионализации международного права, возникновение все большего количества споров с применением норм евразийского права, свидетельствуют о неслучайном, глубоко обоснованном включении этого направления в план реализации Стратегии развития ЕАЭС. Иными словами, арбитражу быть. Среди вопросов, ответы на которые пока можно только предполагать, касаются объема предметной компетенции, распространения его компетенции на инвестиционные споры с участием государств – членом Союза, встраивания новой институции в уже существующий правовой и организационный контекст интеграции, проч. Востребованность такого арбитража будет определяться эффективностью изначально заложенных механизмов функционирования, в т.ч. процессуальной гибкости, а также гарантий исполнения решений.

UNCITRAL INSTRUMENTS ADOPTED IN 2021 IN THE AREA OF DISPUTE RESOLUTION⁸⁹



Judith Knieper,

A legal officer at the Secretariat of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

UNCITRAL is mandated with harmonising and modernising international trade law and has significantly contributed to the development of the international dispute resolution legal framework since its establishment in 1966. At its annual session in July 2021, the Commission adopted one new arbitration instrument and three texts on mediation which are presented in this contribution on UNCITRAL arbitration and mediation frameworks. These new instruments are of special relevance in times of uncertainty and disruption of trade as caused by the COVID-19 pandemic as they offer efficient and flexible procedures for disputing parties to solve their disputes.

1. Arbitration Framework complemented by the UNCITRAL Expedited Arbitration Rules

UNCITRAL Arbitration Framework

UNCITRAL has been working on the development of the arbitration legal framework since its first session. When adopting the New York Convention in 1958, the contracting States agreed that work needed to be done to create an enabling arbitration framework in order to allow the New York Convention to flourish and for arbitration to become an efficient and flexible alternative to litigation between commercial parties. To date, 169 States are parties to the New York Convention. This success has been possible thanks to the development over the years of accompanying instruments prepared and adopted by UNCITRAL. These include the well-known UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration which constitutes the legislative basis for 85 States in a total of 118 jurisdictions, the UNCITRAL Arbitration Rules which are contractual rules that are widely used for different type of disputes as well as a series of explanatory texts⁹⁰.

Belarus and UNCITRAL arbitration texts

Belarus signed the New York Convention as early as December 1958, ratified it in

⁸⁹ Judith Knieper is a legal officer at the International Trade Law Division of the United Nations Office of Legal Affairs, which also serves as the Secretariat of UNCITRAL. The views expressed in this article are those of the author and do not necessarily reflect the views of the organisation.

⁹⁰ All of these instruments are available for use also in the ISDS context. However, UNCITRAL adopted in addition for treaty-based Investor-State arbitration solely the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration, as well as the United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration. See also the Transparency Registry (<https://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>), which is operated thanks to donor funding from the European Union, OFID (the OPEC Fund for International Development), and the German Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ).

November 1960 and adopted the Model Law from 1985 in 1999⁹¹. Further, the international arbitration court called the “Chamber of Arbitrators at the Union of Lawyers” adopted institutional rules which are based on or inspired by the UNCITRAL Arbitration Rules⁹².

EARs to complement the UARs

These UNCITRAL Arbitration Rules (the “UARs”) have now been complemented by the UNCITRAL Expedited Arbitration Rules (the “EARs”) to respond to concerns related to costs and delays for simple and urgent cases, sometimes with small values at stake, and provide for an efficient and flexible alternative to a full-fledge arbitration. The EARs, which are presented in an appendix to the UARs, provide for a streamlined and simplified procedure for settling international commercial disputes within a short time frame whilst balancing due process concerns and the speed of the proceedings and are to be applied in conjunction with the UARs.

Application of EARs

The EARs apply if the parties opt in (see “where the parties so agree”, article 1) which underlies the high value that is placed on party autonomy and flexibility in arbitration. The rules aim to ensure that they would be used only where both parties have expressly opted for an expedited solution. The Explanatory Notes give additional guidance regarding what parties should consider when deciding on opting in to the expedited proceedings, including the urgency of resolving the dispute; complexity of the transactions and the number of parties involved; anticipated complexity of the dispute; anticipated amount of the dispute; financial resources available to the party in proportion to the expected cost of the arbitration; possibility of joinder or consolidation; and likelihood of an award being rendered within the time frames provided in article 16 of the Expedited Rules.

On the other hand, parties can also agree “at any time during the proceedings” to opt out and revert to a normal arbitration procedure under the UARs (article 2 (1)). If one party requests withdrawal from the EARs, it is for the tribunal to decide if exceptional circumstances so allow (article 2 (2)).

Differences between UARs and EARs

Regarding the constitution of the tribunal in the ad hoc context of the UARs and the EARs, the role of the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration (the “PCA”) has been strengthened and the process of designating the appointing authorities and the appointment of an arbitrator simplified (see article 6). Additionally, unlike with the UARs, the default under the EARs is that there shall be one arbitrator (see article 7).

Various time saving measures are invoked to expedite the arbitration by introducing or shortening time limits. Crucial in this regard is the overall timeline for the arbitration of 6 months by which the tribunal must have rendered the award. Strict limits are placed regarding any extension of the deadline, permitted only for a maximum of three months and “in exceptional circumstances and after inviting parties to express their views” (see article 16 (2)). A final extension can be granted if the tribunal is at risk of not rendering the award with

91 See https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status. The Model Law, which was originally from 1985 (and which is the version that Belarus adopted), was updated in 2006.

92 See <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration/centres>.

the 9 months only if all parties agree (see article 16 (3)). In order to avoid the rendering of a non-enforceable award in case not all parties agree, one party can make a request that the EARs no longer apply to the arbitration and that the procedure should be governed by the UARs where no time limits would apply.

By setting such an overall deadline for the arbitration to be completed within rather than individual deadlines for each stage of proceedings, the EARs leave broad scope for flexibility to the tribunal as it has the discretion to use a wide range of technology to conduct the proceedings (see article 3 (3)) and hold consultations (article 9) with regard to time frames (article 10), hearings (article 11, unless one party request a hearing), written statements (article 14) and evidence (article 15).

Certain stages of the proceedings are combined or higher requirements are put on the parties. For example, article 4 requires the claimant to communicate the statement of claim with its notice of arbitration. The respondent's response, which needs to be submitted within 15 days, shall already include a response to the proposals by the claimant regarding the appointing authority and the appointment of an arbitrator (article 5(1)). The statement of defence needs to be submitted within 15 days of the constitution of the tribunal (article 5(2)).

Explanatory Notes

The Commission decided that the EARs should be accompanied by Explanatory Notes in order to provide both the parties and tribunal with further explanations and guidance⁹³.

2. Comprehensive UNCITRAL Mediation Framework Completed

Development of the Mediation Framework

The mediation framework evolved in a different manner than the arbitration framework. While UNCITRAL has been working in the area of mediation for more than 40 years, the first text to be adopted was the UNCITRAL Conciliation Rules in 1980. These were contractual rules for disputing parties who wanted to solve their dispute by mediation/conciliation⁹⁴. Some issues, including confidentiality or the role of mediations in subsequent proceedings, could not be solved contractually in all jurisdictions. Therefore, UNCITRAL decided to develop legislative norms which resulted in 2002 in the adoption of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation (the “2002 Model Law”). While the 2002 Model Law provides for flexible rules on the whole mediation proceedings, States did not agree on a way to enforce settlement agreements resulting from mediation. The lowest common denominator at that time was to agree on article 14 entitled “Enforceability of settlement” which foresaw that that settlement agreements are binding and enforceable and that it is for each State to “insert a description of the method of enforcing settlement agreements or refer to provisions governing such enforcement”.

Work on enforcement

In 2015, UNCITRAL resumed its work on the issue of enforceability and, after three

⁹³ The Explanatory Notes are published at https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/21-07996_expedited-arbitration-e-book.pdf.

⁹⁴ In this context, it is important to stress that the terms conciliation and mediation are used interchangeably in the UNCITRAL context. In 2018, UNCITRAL decided to use the term mediation preliminary instead of conciliation.

years of discussions, the Commission finalised in 2018 the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (New York 2018) (also known as the “Singapore Convention on Mediation” or “Singapore Convention”) which provides for an enforcement mechanism for settlement agreements resulting from mediation. Section 3, which was drafted in parallel to the Singapore Convention and added to the 2002 Model Law, formed the basis for the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) (“the 2018 Model Law”).

The Singapore Convention was adopted by the UN General Assembly in December 2018 and opened for signature on 7 August in Singapore, where 46 States signed up to it. Belarus was among these signatories and the Convention in Belarus entered into force on 15 January 2021. To date, 9 States ratified the Convention and 55 signed up to it.

UNCITRAL Mediation Rules

When finalising the Singapore Convention and 2018 Model Law, the Commission also requested the Secretariat to update the UNCITRAL Conciliation Rules, including to account for the development of court-ordered mediation which increased significantly since its adoption.

Accordingly, the UNCITRAL Mediation Rules were adopted on 14 July 2021 and provide for streamlined procedural mediation rules, irrespective of the origin of the process, whether contractual or not upon which the mediation is carried out (see article 1 (1)). As party autonomy and flexibility are the essence of mediation, parties can change any of the rules therein provided that no mandatory law prevails (see article 1(4) and (5)). In other words, the Mediation Rules provide for default solutions for matters that normally require a regulation, including the:

- Determination of the commencement (article 2) and termination (article 9) of mediation, which might be important with regard to the limitation period or in a multi-tier clause setting to when the parties can take the next procedural steps;
- Selection of a mediator, including the involvement of a selecting authority (article 3);
- Conduct of the mediation (article 4), including the clarification that the mediation can take place through the use of electronic means of communication and remotely;
- Communication between the parties and the mediator (article 5);
- Confidentiality (article 6);
- Interlinkages with other proceedings (article 10, but also the issue of introducing evidence in other proceedings (article 7) and the role of mediators in subsequent proceedings (article 12)); and
- Settlement agreement (article 8, which prescribes those requirements the Singapore Convention outlines as requirement to rely on such a settlement agreement).

UNCITRAL Notes on Mediation

In addition to the UNCITRAL Mediation Rules, the Commission requested the

Secretariat to prepare notes on organizing mediation proceedings that follow the example of the UNCITRAL Notes on Organising Arbitral Proceedings. This resulted in the UNCITRAL Notes on Mediation which were adopted at the Commission session in 2021 and seek to assist mediation practitioners and parties in dispute in better understanding mediation by providing an annotated list of matters which the parties and the mediator may wish to consider during the course of a mediation, including questions relating to the legal framework, language, confidentiality, as well as other matters such as the conduct of meetings. The Notes may be used in both ad hoc and institutional mediation and in conjunction with the other UNCITRAL mediation texts, as well as mediation conducted under a different set of rules and a different legal framework.

UNCITRAL Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (2021) (the “Mediation Guide”).

The last text that has been adopted at the Commission session in 2021 is the Mediation Guide, which provides a detailed article-by-article explanation of the provisions of the 2018 Model Law. These explanations are based on the *travaux préparatoires* and are therefore a reliable and useful resource to the legislator wishing to enact or obtain inspiration from the 2018 Model Law, as well as other interested stakeholders to mediation proceedings.

Outlook

While arbitration is an established means for resolving disputes, the EARs inscribe themselves in general calls for more efficiency in arbitration. A number of institutions have already adopted expedited rules either in the form of an annex to arbitration rules, as stand-alone rules or have adopted measures to make sure that the general arbitration rules are implemented more efficiently.

On the other hand, mediation is a dispute resolution tool that still needs to be promoted further. The adoption of the Singapore Convention on Mediation by the General Assembly triggered significant attention which demonstrates that there is a need for such an additional and flexible dispute resolution tool and which consequently led UNCITRAL to develop the UNCITRAL Mediation Rules as well as complementary and explanatory texts. Such a need to further explore mediation as a possible tool might have been reinforced by the effects of the COVID-19 pandemic. Indeed, since the early months of 2020, businesses have been forced to search for alternative means of resolving their mounting disputes and reach fast-track resolutions. In such times of exceptional circumstances as are currently experienced, mediation can prove to be effective thanks to the flexibility of the proceedings and can therefore be part of the recovery efforts⁹⁵ and provide quicker access to justice⁹⁶.

95 The Secretariat is currently exploring work on the impact of COVID-19 on international trade law, including recovery efforts, at the proposal of Armenia, Vietnam and the Russian Federation, see A/CN.9/1039/Rev.1 (<https://undocs.org/en/A/CN.9/1039/Rev.1>) and dispute resolution is an important element thereof.

96 This is evidenced by reactions of arbitration and mediation institutions, including by AAA-ICDR (AAA287_Model_Order_Procedures_Mediation_Videoconference.pdf (adr.org)), CEDR (Client-Guide-to-Online-Mediations-V2.pdf (cedr.com)), the SCCA Covid-19 Emergency Mediation Program (EMP), (https://sadr.org/assets/uploads/EMP/EMP_Guide_En_F.pdf); the SIMC COVID-19 protocol, (<https://simc.com.sg/simc-covid-19-protocol/>); the VIAC “Mediation Initiative” to Restore Business Relationships after COVID-19 (Mediation Initiative COVID-19 - Vienna International Arbitral Centre (viac.eu)), all accessed on 30.12.2021.

RESEARCH ON THE INVESTMENT ARBITRATION MECHANISM FOR COUNTRIES ALONG THE BELT AND ROAD ROUTES



Zhu Shu,

PHD, associate professor of Guangdong University of Finance & Economics,

council member of Chinese Society of International Economic Law(CSIEL)

Abstract: Following the principles of “Extensive Consultation and Joint Construction” together with “Openness and Inclusiveness”, China proposed the “Belt and Road” initiative seven years ago. Since then, China has had a lot of investment and trade exchanges with countries along the Belt and Road route, meanwhile the other countries’ investment in China grows steadily every year. Besides, the international investment disputes among all states are also emerging. In practice, the ways to solve investment disputes are diversified, but the solution is not so satisfactory. It’s necessary to explore a road of setting up an investment dispute arbitration mechanism for the countries along the Belt and Road routes, so as to solve the investment disputes in an efficient and timely manner in accordance with the wishes of all the countries along the Belt and Road.

Key words: Arbitration; Belt and Road; International Investment Dispute

Belt and Road is short for “the Silk Road Economic Belt” and “the 21st Century Maritime Silk Road”. There are many countries along the route, covering 66 countries in Central Asia, South Asia, West Asia, East Asia, CIS countries and Central and Eastern Europe. Obviously, the countries along the Belt and Road involve huge fields and regions, and have great differences in religion, economy, politics, law as well as culture. To coordinate cooperation, as of June 2021, China had signed 206 Belt and Road cooperation documents with 140 countries and 32 international organizations,⁹⁷ Similarly, when we design and establish a Belt and Road investment dispute settlement arbitration mechanism, should not only abide by the general International dispute settlement standards but also consider the differences in the national conditions of various countries.

1. Overview of the investment and investment dispute settlement methods among countries along the Belt and Road

Up to now, the Belt and Road Initiative has a large investment scale and wide investment fields. How to avoid and resolve investment disputes has become a significant topic to ensure

⁹⁷ About the author: Zhu Shu (1969—), PHD, associate professor of Guangdong University of Finance & Economics, council member of Chinese Society of International Economic Law(CSIEL). Mainly engaged in teaching and research in the fields of international investment law, international trade law and intellectual property, and has published more than 20 papers.

the sustainable and healthy development of the Belt and Road investment.

1.1 Investment status of countries along the “Belt and Road”

With the deepening of economic and trade cooperation between the countries along the Belt and Road, both China’s investment in the other countries and the other countries’ investment in China is getting bigger and bigger.

1.1.1 China’s investment status of the countries along the “Belt and Road”

The Belt and Road cooperation documents, signed by China and other countries or some international organizations, show that the cooperation of the states along the “Belt and Road” is very extensive, covering interconnection network, investment, trade, finance, science and technology, society, culture, people’s livelihood, ocean and other areas.

From January to September 2021, Chinese enterprises’ non-financial direct investment in 56 countries along the Belt and Road was 96.23 billion yuan, up 5.7% year on year, counting for 18.4% of the same period, up 1.9 percentage points from the same period last year, mainly in Singapore, Indonesia, Vietnam, Malaysia, the United Arab Emirates, Laos, Kazakhstan, Thailand, Bangladesh and Cambodia⁹⁸.

1.1.2 Investment status of other countries in China

At the same time, countries along the Belt and Road have a huge investment in China. In 2019, the number of 5,570 new enterprises along the Belt and Road established in China, an increase of 25.2% year on year, accounting for 13.6% of the number of newly foreign-invested enterprises in China. The actual amount of foreign investment was US \$8.12 billion, up 33.6% year on year, accounting for 5.7% of the actual amount of foreign investment used in China⁹⁹.

In addition, in terms of the investment industry, in 2019, manufacturing, leasing and business services, real estate, transportation, warehousing and postal services, wholesale and retail were the top several industries of countries along the Belt and Road route invested in China. The number of new enterprises in these industries accounted for 76.1%, and the actual foreign investment accounted for 82.0%.

1.2 Diversified investment dispute settlement methods for countries along the “Belt and Road” route.

As the saying goes, if there is communication, there is friction. Since the proposal of “the Belt and Road” initiative, the countries along the Belt and Road have also had many economic disputes while actively promoting investment and trade activities. Among them, the international investment disputes involve the largest capital scale and the longest settlement time.

In a broad sense, International investment disputes can be divided into three categories: investment disputes between countries, investment disputes between private international companies, along with disputes between private investors and host countries. In the countries along the Belt and Road, the investment disputes between foreign private investors and the host

98 <http://fec.mofcom.gov.cn/article/fwydyl/tjsj/202110/20211003211565.shtml>, visiting on October 30, 2021.

99 Ministry of Commerce, *China Foreign Investment Statistics Bulletin* [r]. 2020, p. 18.

countries are more prominent. Such as “Xieyeshen v. Government of Peru” ICSID Investment Arbitration”, “Beijing Shouganget al. v. Mongolia” PCA Investment Arbitration, “Beijing Urban Construction Group Co. Ltd. v. Yemen’s government” ICSID Investment Arbitration and so on.

At present, there are two political and legal means to solve various investment disputes. The political means here mainly refer to the use of diplomatic protection solutions. Legal means mainly refer to the use of international arbitration institutions, international dispute settlement mechanisms and bilateral treaties to resolve investment disputes. Usually, investment disputes between countries are mostly submitted to WTO for settlement, on the other hand, investment disputes between private, especially between private investors and host countries, prefer to use international arbitration institutions or settlement clauses agreed upon by BIT to resolve disputes.

Most of Countries along the Belt and Road mainly use legal means to solve investment disputes by stipulated in BIT, mainly including consultation between the parties, local relief in the host country and international arbitration. As the above cases, the parties submitted the investment dispute to the international arbitration agency PCA or ICSID for relief. In addition, some countries also hold the view of host state relief first. Actually, for foreign investors, the advantage of the international investment arbitration over the judicial relief in the host country is obvious, like the stronger independence, impartiality of the arbitration institutions or arbitrators, therefore, investors are more willing to choose international investment arbitration to resolve investment disputes.

2. Analysis of investment dispute settlement methods in countries along the Belt and Road route

As mentioned above, in countries along the Belt and Road, investment disputes methods are diversified, but great majority of them are screening and optimization based on traditional models, which cannot meet the needs of all parties, also do not consistent with the cooperation principle of “extensive consultation, sharing and joint construction” upheld by the Belt and Road Initiative.

2.1 Huge different and complex national conditions in the countries along the Belt and Road routes

Countries along the route have a few developed countries like Japan and Singapore, as well as emerging economies such as China and India, the rest are developing countries. Different levels of economic development mean that their economic interests and legal values are different, which are not easy to coordinate.

There are several regional system of law, containing Continental Legal System, Anglo-American Legal System, and Islamic Legal System., The Inquisition and the modern courts still coexist in some countries like the United Arab Emirates, moreover ,22 countries use Islamism as the state religion which business contracts are subject to the Quran law¹⁰⁰. It is difficult to understand, accept and connect between different legal systems.

¹⁰⁰ Pang, chaoran, *Analysis of the investment dispute settlement mechanism among the Belt and Road countries [j]*. *China’s national conditions and national strength*, 2017, (11): 28.

2.2 Deficiencies existing in the current investment dispute arbitration settlement mechanism

At the present stage, countries along the Belt and Road problems in solving international investment disputes can be summarized as follows:

2.2.1 The host state relief method does not effective.

Generally speaking, when dealing with foreign investment disputes, host countries have a strong mentality of safeguarding sovereignty and hope to resolve disputes at home. However, the strange and complex legal system scares foreign investors, who all hope to solve disputes by the international court or international arbitration agency.

This creates a dilemma, on the one hand, the host country wants to use the local relief, on the other hand, foreign investors try to get rid of the host country domestic relief, lest the concept of domestic protectionism may influence the fairness of the case ruling. Therefore, although local remedies is still used by the host countries along the Belt and Road, but the effect is not so good.

2.2.2 The dispute resolution mechanisms of international arbitration institutions are not so appropriate

International arbitration settlement is the most important way used in international investment disputes. Currently, there are two main international investment dispute settlement mechanisms, one is the ICSID established by the Washington Convention; Second is the DSB established by the Agreement on Establishing the World Trade Organization.

First, In the Belt and Road region, some countries are not parties to both conventions, and the ICSID and DSB mechanisms cannot be applied. Countries such as Belarus, Laos, Iraq and so on are not members of the WTO, while Vietnam, Palestine, India and other countries are not members of the ICSID.

Second, Many of ICSID features show that it is not so unsuitable for the settlement of investment disputes in countries along the Belt and Road. For instance, it has the tendency to overprotect investors which at least potentially threaten the interests of the host country more or less¹⁰¹; most of the ICSID arbitrators come from developed countries who don't know much developing countries law ,culture as well as religion; and the costs of arbitration of ICSID is too expensive for lower-income countries, if the dispute is submitted to it, will put low-income countries under more financial pressure.

3. The concept of building an investment dispute arbitration settlement mechanism for countries along the Belt and Road routes

Belt and Road's investment is mostly infrastructure construction projects, with facing political, legal, economic and moral risks and challenges, this makes the traditional international investment dispute settlement mechanism unable to adapt perfectly and highly match the complex interregional situation. At the same time, the world is currently in a critical period of the restructuring of the international investment dispute arbitration mechanism, so it is

101 *Belt and Road investment disputes should be mainly prevented first*, 2017-10-19 22:50 Posted by Admin

<https://www.baidu.com/link?url=2uQfLYQlwBDSJUL9IiaNM5M4TXaZThFWHvAkN9Hs2ewBccoEyFrUVWdB8qJe16rrseUUj6dcy-GIEGwECKb4k0a&wd=&eqid=d021964300001107000000003618b2e02>,visiting on October 30, 2021.

right time for countries along the Belt and Road to design an international investment dispute arbitration mechanism suitable for the Belt and Road interregional situation.

3.1 Establishing the principle of an investment dispute arbitration mechanism in Belt and Road routes.

The dispute resolution mechanism should follow some reasonable basic principles, which can supplement the deficiencies in the resolution mechanism, provide value guidance for the dispute resolution.

3.1.1 Principle of common participation among countries along the Belt and Road.

In international economic activities, it must be carried out to respect all countries in resolving dispute cases, each state has the equal rights, obligations and responsibilities. Only with all countries participating in the establishment of the investment dispute mechanism can they better safeguard the interests of all parties and thus effectively handle the disputes.

3.1.2 Principle of balanced protecting the foreign investors and considering public interests of host countries.

In formulating an investment dispute resolution mechanism, the interests of the parties must be given full consideration, on the basis of recognizing the different strength of all parties. Each state's economic, political, cultural, and laws and regulations should be taken into account. By coordinating the differences among the foreign investors, the mother country and the host country, to promote the regional economic development.

3.1.3 Principle of “Extensive Consultation, Joint Construction and Shared Benefits”.

This is the basic principle that China has held since it proposed the Belt and Road initiative, together with upholding the tenet of “peace, cooperation, openness and inclusiveness”. Consequently, when designing and establishing the Belt and Road investment dispute arbitration mechanism, this principle should always be implemented, so as to achieve common development and common prosperity with all countries along the Belt and Road.

3.2 Construction of the Belt and Road international investment arbitration dispute mechanism

For the countries along the Belt and Road have their own unique national conditions, investment disputes also have their own complex characteristics, so related countries can consider establishing a new international investment arbitration institution by signing multilateral agreements, which should be voluntarily negotiated by the countries on the basis of equality and mutual benefit.

3.2.1 Creating a center of international investment arbitration.

This center's institutional setup can learn from the DSB of WTO and ICSID, like an investment arbitration tribunal along with an appeal agency. The Centre mainly decides investment disputes among Member States, meanwhile following the spirit of openness and inclusiveness of the Belt and Road initiative, can also accept investment disputes from other countries and regions on the voluntary basis of the parties.

3.2.2 Formulating scientific and reasonable arbitration rules and procedures.

In terms of the formulation of international investment arbitration rules, it's can also draw lessons from the existing international arbitration institutions, such as ICSID, SIAC (Singapore International Arbitration Center), to draft the procedures and arbitration rules that consistent with the characteristics of the region.

3.2.3 Selecting a database of arbitrators covering different legal system.

The Centre shall try to choose the arbitrators from the countries along the Belt and Road. Considering the presence of several legal systems within the countries, the arbitrator shall be professional and impartial, especially familiar with the laws in different legal systems. In addition, the centre should also be open to the experts and scholars from other countries, they can also be appropriately absorbed as arbitrators.

3.2.4 Establishing a diversified investment arbitration's coordination mechanism.

Even if the investment dispute arbitration and resolution mechanism of countries along the Belt and Road is established, it should realize that a single dispute settlement is insufficient, only by combining with other international dispute solutions, investment disputes can be solved in a fair and efficient way.

References:

- [1] Shi Jinxia and Dong Warm. *Construction of Investment dispute settlement mechanism under the "Belt and Road" initiative [j]. Wuhan Review of International Law*, 2018 (02).
- [2] Wang Guoiguo. *"Belt and Road" Dispute Resolution System Research [j]. Chinese Law*, 2017 (06).
- [3] Pang Chaoran. *Analysis of the investment dispute settlement mechanism between "Belt and Road" countries [j]. China's national conditions and national strength*, 2017 (11).
- [4] Wang Xiangxiu. *On the Construction of the Investment Dispute Resolution Mechanism under the "Belt and Road" Initiative [j]. Northeast Asia Forum*, 2020 (04).
- [5] Liu Guobin. *New trends in "Belt and Road" economic and trade cooperation [j]. Northeast Asia Economic Studies*, 2021,5 (01).
- [6] Zhang Weibin, Xu Junwei. *The Role and role of the AIIB [j]. Nanyang Problem Research*, 2017 (04).
- [7] Catharine Titi, *"Non-adjudicatory State-State Mechanisms in Investment Dispute Prevention and Dispute Settlement: Joint Interpretations, Filters and Focal Points" [J], Brazilian Journal of International Law*, 2017.
- [8] J. Anthony Van Duzer. *Enhancing the Procedural Legitimacy of Investor-State Arbitration through Transparency and Amicus Curiae Participation[J]*, 52 *Mc Gill Law Journal*, 2007.
- [9] Jennings, Mark. *"The International Investment Regime and Investor-State Dispute Settlement: States Bear the Primary Responsibility for Legitimacy". Business Law International*. Vol.17, No.2, 2016.



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

Информационный партнер:



CIS Arbitration Forum

<http://cisarbitration.com/>

Минск • 2022