

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже



Обзор

По следам 70-й сессии ЮНСИТРАЛ

Обзор дел с участием сторон из Казахстана

Новости

Допустимая дискриминация в спортивном праве

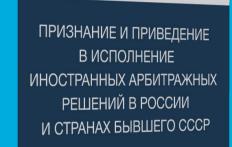
Аналитика

Кодекс Испанского арбитражного клуба, продолжение

English Section

- EEDRF: Behind the scenes
- UAE Arbitration Framework
- The Rt Hon.
 The Lord Woolf CH,
 AIFC Court





АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В РОССИИ И СТРАНАХ БЫВШЕГО СССР

В 2018 году исполнилось 60 лет Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений.

Арбитражная Ассоциация выпустила книгу, посвященную вопросам признания и привидения в исполнение иностранных решений, оспаривания и исполнения внутренних арбитражных решений в России и странах бывшего СССР. В издание включен постатейный комментарий к Нью—Йоркской конвенции, Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961, АПК, ППК и Закону о международном коммерческом арбитраже. В книге также подробно освещены особенности правового регулирования в странах бывшего СССР.

Уникальной особенностью издания является подробный статистический анализ российских судебных актов об оспаривании, признании и приведении в исполнение арбитражных решений за последние 10 лет.

Твердый переплет, 1000 страниц, тираж 1000 экз. В 2019 планируется издание книги на английском языке.

The New York Convention celebrated its 60-year anniversary in 2018.

To celebrate this occasion, the RAA released a commentary to the New York Convention and related Russian and CIS laws.

The book will offer a detailed analysis of the Russian case law on the Convention for the past 10 years.

Hardcover, 1000 pages, 1000 copies, Russian language. An English language version will be released in 2019.

EDITORIAL BOARD



Dmitry ArtyukhovArbitration.ru, Editor-in-chief, Moscow



Olena Perepelynska Integrites, Partner, Kyiv



Ekaterina GrivnovaParis baby arbitration, Founder, Paris



Galina ZhukovaBélot Malan & Associés. Partner. Paris



Roman Zykov Russian Arbitration Association, Secretary General, Moscow



Steven FinizioWilmerHale, Partner, London



Lilia Klochenko RAA, Member of the Board, Vienna



Vladimir KhvaleiArbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow



Alexander KomarovVAVT, Chair to international private law,
Professor, Moscow



Alexander MuranovMuranov, Chernyakov and partners attorneys-at-law,
Managing partner, Moscow



Elina MereminskayaWagemann Abogados & Ingenieros,
Partner, Santiago



Alexandre Khrapoutski Arbitration Association, Vice Chairman of the Board, Lex Torre, Partner, Minsk



Anastasia Konovalova Arbitration.ru, Editorial Assistant, Moscow



На обложке: Чуйков С. А. У подножья Тянь-Шаня. Холст, масло. 1950. Киевский национальный музей русского искусства. **On the cover:** Chuikov S. A. At the foot of the Tien Shan. 1950. Kiev national museum

On the cover: Chuikov S. A. At the foot of the Tien Shan. 1950. Kiev national museum of Russian art.

Журнал Arbitration.ru № 13, октябрь 2019 Учредитель и издатель: Арбитражная Ассоциация Адрес учредителя и издателя: 115191, Москва, Россия, Духовской переулок, 17, стр. 12, этаж 4 +7 (495) 201-29-59 Главный редактор: **Дмитрий Артюхов** editor@arbitrations.ru

Ассистент редакции: Анастасия Коновалова

Корректор: Татьяна Левицкая

Возрастное ограничение 16+.

Мнение редакции может не совпадать с мнением авторов. Издание является информационным. Опубликованные в издании законодательные акты, решения судов и другие юридические документы могут изменяться и должны быть запрошены через соответствующие институты и ведомства.

CONTENTS / COДЕРЖАНИЕ

English section

ANALYTICS

- 6 KAZAKHSTAN: ARBITRATION LEGISLATION AND RULES
 Alexander Korobeinikov, Yana Levkut, Baker McKenzie, Almaty
- 10 A NEW COMMERCIAL COURT FOR NUR-SULTAN
 The Rt. Hon. The Lord Woolf CH, AIFC Court, Nur-Sultan
- 13 UAE ARBITRATION FRAMEWORK: GENERAL OVERVIEW
 Illia Salei, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Dubai

REVIEW

16 EEDRF: BEHIND THE SCENES OR HOW TO ORGANIZE AN ANNUAL INTERNATIONAL ARBITRATION FORUM

ОБЗОР ДЕЛ

21 ОБЗОР ДЕЛ С УЧАСТИЕМ СТОРОН ИЗ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН Hаталья Kислякова, AБ «KИА Π », Mосква

АНАЛИТИКА

- **27** ИНИЦИАТИВА «ОДИН ПОЯС И ОДИН ПУТЬ»: ЗАЩИТА ИНВЕСТИЦИЙ И РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ Мария Пучина, Джошуа Келли, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Лондон
- 32 ОБЗОР НОВОГО КОДЕКСА ДОБРОСОВЕСТНОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ ИСПАНСКОГО АРБИТРАЖНОГО КЛУБА, ЧАСТЬ ВТОРАЯ Галина Жукова, Bélot Malan & Associés, Париж
- 39 ВЛИЯНИЕ РОССИЙСКО-УКРАИНСКОГО КОНФЛИКТА НА ФОРМИРОВАНИЕ ПРАКТИКИ ПО ПРИЗНАНИЮ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В РОССИИ, УКРАИНЕ И КАЗАХСТАНЕ Ксения Погружальская, Киев, Екатерина Ерова, Москва, Алиса Иншакова, Алматы, Baker McKenzie
- 45 ИСПОЛНИМОСТЬ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ В СЛУЧАЕ БАНКРОТСТВА СТОРОНЫ СПОРА: КУДА ДВИЖЕТСЯ СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА? Константин Антонюк. Baker McKenzie. Москва

ОБЗОР

54 СКОРОСТЬ НЕ В УЩЕРБ КАЧЕСТВУ: ПО СЛЕДАМ 70-Й СЕССИИ ЮНСИТРАЛ *Лилия Клоченко, РАА, Москва*

новости

400 ДОПУСТИМА ЛИ ДИСКРИМИНАЦИЯ СПОРТСМЕНОВ ПО ПОЛОВОМУ ПРИЗНАКУ, ОТВЕТИЛ САЗ Алексей Анищенко, Валерия Дубешко, АБ «Сорайнен»

ОТ РЕДАКЦИИ



Dmitry Artyukhov Arbitration.ru Editor-in-chief

Modern Kazakhstan is a country rich in minerals. Copper, iron, aluminum and uranium ore production has been central to its economy since the Soviet time. The state also mines for rare and expensive metals like molybdenum, tungsten, zinc, gold — and many more.

Over the past decades, the Kazakh national elite, especially the younger generation, has warmly embraced a pro-western lifestyle, settled in European capitals and opened international companies to manage domestic resources, attracting powerful foreign partners. Naturally, the Kazakh legislation and politics had to follow. The country is making a big turn to become a pro-arbitral jurisdiction with a relatively low threshold for recognition and enforcement of arbitral awards.

Since 2013 the country is one of the fulcrum points of the Chinese Belt and Road Initiative. Since 2016 a new Law on Arbitration based on the UNCITRAL Model Law is in force in Kazakhstan. In the spring of 2019 Kassym-Jomart Tokayev became a successor to the President Nursultan Nazarbayev after his 29-year reign. Our generation will witness what use Kazakhstan will make of its plentiful resources — and what partners it will choose on this path.

Special thanks to Alexander Korobeinikov, Partner at the Kazakhstan office of Baker McKenzie, and his associates for help in preparing this issue.

KAZAKHSTAN: ARBITRATION LEGISLATION AND RULES



Alexander Korobeinikov Baker McKenzie's Almaty office, Partner, Member of Baker McKenzie's International Arbitration Practice Group



Yana LevkutBaker McKenzie's
Almaty office,
Paralegal

Legislation*

n April 2016, as a result of the reform of the judicial system, the Law On Arbitration (the "New Arbitration Law") was adopted. This law is based on the UNCITRAL Model Law and governs both international and domestic arbitration proceedings.

In addition to unifying procedural rules for international and domestic arbitration proceedings, the New Arbitration Law implemented the following changes to the previous rules:

- State-owned companies may only execute arbitration agreements with Kazakhstani companies after obtaining consent from the superior state authority.
- An arbitration agreement must set out the name of the arbitration institution to be used. Due to this provision, it is not entirely clear whether arbitration agreements that refer to ad hoc arbitration rules will be valid or not.
- A party has the right to terminate an arbitration agreement unilaterally before the origin of the dispute.
- A new association of arbitration institutions and arbitrators – the Arbitration Chamber – should be established. This Chamber is responsible for maintaining a Register of Arbitrators and represents local arbitration insti-

- tutions to local state authorities and foreign organizations.
- When reviewing disputes with state-owned companies, arbitrators are required to apply

Kazakhstani law only, unless otherwise provided for in the international treaties of the Republic of Kazakhstan.

- Parties have the right to seek the reconsideration of arbitral awards based on so-called "newly opened circumstances" (i.e., facts that are material to the case but were not previously known to an applicant). This provision has been copied from the Civil Procedure Code, and it is not entirely clear how it will be applied by arbitrators;.
- In addition to the existing grounds for challenging an arbitral award, the New Arbitration Law will allow parties to challenge the award if there is a judgment or an award that has a *res judicata* effect on the subject matter of the challenged award.

Generally, while the unification of procedural rules for international and domestic arbitration proceedings is a positive change, other provisions of the proposed New Arbitration Law will make the regulation of arbitration proceedings in Kazakhstan more restrictive. Additionally, it is not entirely clear how these new provisions will interrelate

^{*}This article covers national legislation as of 1st of January 2019. Later amendments to the Law on Arbitration are not included.



View to Almaty, Kazakhstan

with the provisions of international treaties ratified by Kazakhstan.

Due to pressure from local scholars and practitioners, in February 2017, the relevant provision of the New Arbitration Law allowing the unilateral termination of the arbitration clause was canceled.

At the same time, there are a number of cases where parties made attempts to terminate arbitration agreements based on the above provision, and Kazakhstani court practice on its application is very controversial.

In addition, under the new version of the Civil Procedural Code of the Republic of Kazakhstan, adopted in October 2015 and in force since 1 January 2016, the procedure for enforcing domestic arbitration awards has become more complicated.

In particular, in addition to the grounds for refusing to enforce an arbitral award listed in article V of the New York Convention, the enforcement of an award may now be rejected if:

- there is a judgment or an arbitral award issued on the same dispute between the same parties and based on the same grounds (i.e., a judgment or award that has a *res judicata* effect);
- or an award is issued as a result of a crime confirmed by a criminal court sentence.

While it is not entirely clear, due to the fact that Kazakhstan is a member of the New York Convention and the Geneva Convention, it is our understanding that these new grounds will be applied only to domestic arbitral awards. This interpretation is supported by local court practice as well.

At present, the parliament is considering further amendments to the New Arbitration Law that will clarify issues relating to the application of the New York Convention and Geneva Convention and cancel several restrictions relating to the settlement of disputes with state-owned companies.

Kazakhstan is a party to a number of bilateral and multilateral agreements that grant investors the right to arbitrate disputes over their investments in Kazakhstan. These treaties include the ICSID Convention, the Treaty on Partnership and Co-operation Agreement Between the EU and the Republic of Kazakhstan dated 23 January 1995 and the ECT dated 17 December 1994.

Institutions, rules and infrastructure

At present, there are around 20 arbitration institutions in Kazakhstan. The most famous of these are the Kazakhstani International Arbitrage (KIA), the International Arbitration Court IUS (IUS), the Center of Arbitration of the National Chamber of Entrepreneurs of the Republic of Kazakhstan (CA of NCE), and the International Arbitration Center of Astana International Financial Center (IAC of AIFC).

¹ Some local scholars and practitioners argue that Kazakhstan did not properly ratify the international treaties above (i.e., by the law adopted by the Kazakhstani Parliament) and, therefore, these treaties cannot prevail over national laws. (Editor's note: see article by V. Shaikenov on the topic in <u>Arbitration.ru №6 (10) 2019</u>, pp. 68-75). However, a number of court decisions confirm that the provisions of the New York Convention and Geneva Convention will overrule national laws in case of conflict.

The CA of NCE

The CA of NCE was established in 2014 as a result of the reorganization of the International and Domestic Arbitration Courts at the Chamber of Commerce and Industry of the Republic of Kazakhstan. This reorganization took place as a result of amendments to Kazakhstani law relating to the liquidation of the Chamber of Commerce and Industry and the establishment of the National Chamber of Entrepreneurs (NCE). While the CA of NCE signed assignment agreements with the International and Domestic Arbitration Courts at the Chamber of Commerce and Industry of the Republic of Kazakhstan, technically, it is not a successor of these arbitration institutions. However, due to the fact that for most local companies, membership in the NCE is mandatory, and given that the CA of NCE has opened branches in all Kazakhstani regions, this institution will be the biggest in Kazakhstan.

The CA of NCE handles all types of commercial disputes between local and foreign companies, except disputes that are non-arbitrable under Kazakh law (such as disputes relating to the registration of rights over immovable property and challenges to decisions of state authorities).

The CA of NCE has been appointed by the Kazakhstani government to exercise the functions referred to in article IV of the Geneva Convention.

The IUS

The IUS was the first arbitration institution in Kazakhstan, established in 1993 shortly after the declaration of independence of the Republic of Kazakhstan. This institution was established by the famous local scholar Professor Petr Greshnikov. In 2002, the IUS opened a branch in St. Petersburg for the purpose of avoiding the application of Kazakhstani law, which was unfavorable toward arbitration proceedings.

The IUS also handles all types of commercial disputes between local and foreign companies, except disputes that are non-arbitrable under Kazakh law.

Under the Rules of Arbitration of the IUS, in exceptional cases, the Council of the IUS may dismiss an award issued under the Rules of Arbitration of the IUS.

The KIA

The KIA was the first arbitration institution established after the adoption of the International Arbitration Law. This institution was established by the famous local scholar Professor Maidan Suleimenov.

Similar to the other two institutions, the KIA handles all types of commercial disputes between local and foreign companies.

IAC of AIFC

In addition to the above arbitration institutions, a new international arbitration institution was launched on 1 January 2017.

The IAC is acting in line with the AIFC Constitutional Statute No. 438-V ZRK of 7 December 2015, the AIFC Arbitration Regulations approved on 5 December 2017, and the IAC Arbitration and Mediation Rules approved in 2018.

The above rules provide that the New Arbitration Law does not apply to the arbitration proceedings in AIFC. The 2017 AIFC Arbitration Regulations is based on the UNCITRAL Model Law and is more liberal than the Kazakhstani domestic rules.

The IAC of AIFC handles all types of commercial disputes between local and foreign companies. It also provides services related to the administration of ad hoc arbitration proceedings.

Arbitral awards issued under the 2018 IAC Arbitration and Mediation Rules may be enforced via the AIFC Court.

Cases

A public policy argument cannot lead to reconsideration of the case on merits

In December 2018, the Cassation Panel of the Supreme Court preliminarily reviewed a case seeking to set aside a domestic arbitral award issued by the KIA.

In this case, the respondent in the arbitration proceedings asked the court to set aside the arbitral award, claiming that the arbitrators incorrectly interpreted relevant contractual provisions and applied relevant provisions of the applicable law, which led to a breach of Kazakhstani public policy.

The application was granted by lower courts, which stated that the above grounds may be viewed as a breach of Kazakhstani public policy.

However, the claimant appealed the lower court decisions to the Supreme Court.

As a result of the preliminary review of the case by the Cassation Panel of the Supreme Court, it came to the conclusion that lower court decisions should be overruled.

In particular, the Supreme Court confirmed its position, argued in other cases, that the court review of the public policy argument cannot lead to the reconsideration of arbitrators' findings on merits, including the correctness of the application of the law.

We believe that the above position of the Supreme Court decision will be included in the Supreme Court guideline for local courts as a precedent.

Arbitrability of disputes arising from mortgage arrangements may be disputable

In January 2018, the Almaty City Court of Appeal decided to set aside the domestic arbitral award issued

on the dispute regarding the enforcement of a mortgage agreement.

The position of the appellate court was based on the assumption that under Kazakhstani law, such disputes are non-arbitrable. The court position was grounded by reference to the Kazakhstani mortgage rules, which provide that disputes arising out of mortgage arrangements may be settled "in court proceedings."

As far as we know, the case has not been reviewed by the Cassation Panel of the Supreme Court on merits, but the findings of the court of appeal are criticized by both local scholars and practitioners and the Supreme Court in its guideline on consideration of cases relating to arbitration.

In particular, the Supreme Court took the position that the above general wording (which is widely used in local laws) cannot be viewed as a restriction for arbitrability of disputes. In turn, any private disputes may be settled through arbitration unless clearly prohibited by law.





A NEW COMMERCIAL COURT FOR NUR-SULTAN

A speech by The Right Honorable The Lord Woolf Order of the Companions Honour at M. Narikbayev KazGUU University on 17 September 2019 in Nur-Sultan, Kazakhstan

t gives me great pleasure to be with you today at Kazguu University. I am very conscious of the generous hospitality the university has extended to the AIFC Court and its Judges led by your Rector, Talgat Narikbayev and Provost Dr. Miras Daulenov. You have also recognised the contribution made to the University by the AIFC Court's & International Arbitration Centre's Registrar and Chief Executive, Christopher Campbell-Holt, by conferring on him an honorary professorship. In addition, you have provided excellent opportunities for our English judges to give talks to members of the University. The talks have been social occasions very much enjoyed both by the audience and the judges.

The encouraging warmth of our reception has been of the greatest importance in assisting us to achieve the objective of the Court and IAC. This objective was admirably described by the Governor of the AIFC, Dr Karat Kelimbetov, as being to provide "a trustworthy, transparent and fair forum for resolving cases efficiently" which would meet the expectations of the international business community.

That judges should not ignore the social dimension of their work was brought home to me about 60 years ago when I was still a young barrister (or advocate) appearing in the criminal courts in England. I was defending a client at Abingdon Quarter Sessions. The building in which the Sessions were held was his-

toric. Between my client in the dock and the judge were 2 pillars which were needed to support the ceiling. As a result, both the defendant and the judge had to peer round the pillars in order to see each other. My client was a particularly unfortunate villain who had committed many crimes of limited gravity, but he undoubtedly deserved a substantial sentence of imprisonment. The judge, in accord with his usual practice, after telling the defendant the sentence which he would have to serve (which was about one-tenth of what he deserved) concluded his remarks by saying, "I hope I never see you again". He then corrected himself adding the words that I have never forgotten, "except socially of course".

When creating a new commercial court and IAC the task of meeting the expectations of the business community is of particular importance. Put briefly, the expense involved in creating a special court for the business community is inevitably considerable. It can only be justified if its presence can be expected to be welcomed by the business community. It should be expected that its presence will act as a catalyst for attracting new businesses to be established. In this case, not only in Nur-Sultan but throughout Central Asia and beyond where at present there is no comparable dispute resolution centre.

However, there are earlier models of commercial courts already established in other jurisdictions

which could help determine what should be provided in Nur-Sultan. There were already primarily commercial courts in Dubai, Qatar, Abu Dhabi, Hong Kong and Singapore. Each of these courts was carefully considered before deciding upon the model which should be adopted for Nur-Sultan. Like the system of justice chosen for the AIFC they are all substantially based on the English common law system of justice designed to operate in accord with the rule of law. Justice should be independent, incorrupt and not only done, but seen to be done.

The need for independence is part of the explanation why it was decided that the judges of the new court, at least initially, should be retired senior English judges. This meant that the judges were also likely to be highly experienced in trying the types of cases it is hoped the Court will attract. There is also the advantage of a tradition of incorruptibility. No English judge in living memory has been found to have accepted a bribe and this fine tradition follows from the fact that most judges were drawn from among the sole practitioners who are members of an independent English bar. The judges are also experienced of sitting initially as single judges which in a common law system involves them exercising a considerable degree of discretion.

We are now in the age of artificial intelligence and one distinguished academic has suggested that the time is fast approaching when we can dispense with human judges and train machines to perform the judges' task in their stead. While I am prepared to accept that one day we may have driverless cars I am not prepared to contemplate JUDGLESS COURTS. Let me explain why by reference to the case in which I was involved personally as the judge which

I suggest could never be tried by a machine, the Diane Blood case¹.

This case I suggest vividly demonstrate that the issues that are involved in deciding cases are very unlikely to be capable of being decided by even the most humane machine. This is true not only of the trial but of the procedural issues that have to be resolved before trial. In devising or reforming a legal system it is all too easy to underestimate the importance of the court having the appropriate powers. However, it is also too easy to make what should be a matter of common sense an unnecessarily complex process which can get in the way of providing justice.

So it is of considerable importance that the rules of procedure should avoid this risk by being as few and as broad as possible. In drafting the rules for the new Court, I wanted them to be also as sparse and as short as possible.

Let me illustrate what I mean by drawing attention to the broad approach adopted by the new Court's procedural rules by setting the scene with the extent of its mission and jurisdiction. The mission of the AIFC Court (and IAC) is to become the leading court and dispute resolution centre for the resolution of civil and commercial disputes in the AIFC and the Eurasia region achieving a one-stop shop for litigation, arbitration and mediation. While promoting and making Kazakhstan and the AIFC the preferred destinations for doing business.

The AIFC Court will complement the jurisdiction of the domestic courts with their civil law system. But even parties with no connection with the AIFC can opt into its jurisdiction. So, it will enable parties irrespective of their geographic location by way of agreement in their contracts or separate agree-

¹ Editor's note: R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood. [1997] 2 All ER 687; [1997] 2 WLR 806; [1999] Fam 151. Judgment available at http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/03/EW-CA-1997-R-v.-Human-Fertilisation-and-Embryology-Authority-ex-parte-Blood.pdf (accessed 17.10.2019).

A case widely covered in the British media where a widow sought release of the sperm of her deceased husband for posthumous conception. The semen was collected when her husband was alive, but comatose suffering meningitis. Without the actual existence of a written consent for cryopreservation and also for disposition upon death, both storage of the sperm and its later use were prohibited under the 1990 Human Fertilisation and Embryology Act.

The Court of Appeal did not address common law issues concerning consent to the retrieval of sperm from an unconscious man because those issues were not argued. The court did uphold the right to appeal the licensing authority's refusal to authorize the widow's export of the sperm for insemination at a medical clinic in another state of the European Community, such as Belgium, as infringing on her right to treatment under Community law.



The Rt. Hon. The Lord Woolf CH, AIFC Court Chief Justice, with the students and professors of the M. Narikbayev KAZGUU University

ments to give exclusive jurisdiction over their disputes to the AIFC Court.

The Procedural Rules of the AIFC Court clearly set out its overriding objective:

- 1. The overriding objective of the Court and its Judges is to deal with cases justly.
- 2. Dealing with cases justly includes, so far as practicable:
 - ensuring that the system of justice is accessible and fair;
 - ensuring the parties are on an equal footing;
 - ensuring that litigation takes place expeditiously and effectively, using no more resources than is necessary;
 - dealing with cases in ways that are proportionate to the amount of money involved, the importance of the case, the complexity of the issues, facts and arguments, and the financial position of each party; and
 - making appropriate use of information technology.

There are other more specific rules, but they are doing no more than amplifying or illustrating the general rules that I have specifically quoted. They give the Court's judges the wide discretion they need to do justice in the individual case. That they will do this in practice I do not doubt. The judges are amongst the most experienced and distinguished judges from the common law world. They have global reputations for absolute independence, impartiality, integrity and incorruptibility. They will ensure the Court meets the expectations of the international business community by ensuring provision of predictable legal protection in a timely manner.

The fact that changes were made to the Constitution of Kazakhstan to enable the Court and the IAC to be established has underlined the integrity of these novel institutions of Kazakhstan. This is also demonstrated by the close relationship that has been developed between the judiciary of the Supreme Court and AIFC Court.

Although the AIFC Court and the IAC have now been established, there is bound to be a lapse of time before a caseload could be expected to be created. The time lapse has enabled the IT systems which are required for the successful operation of the Court and IAC to be fully installed after being carefully tested.

During the interim period while the Judges are not required to spend the majority of their time deciding cases, good use has been made of their experience to promote the education of students and other young lawyers. Their enthusiasm for the lectures and mock trials involving the judges has been inspiring. It can be justifiably claimed that the introduction of these two specialist bodies has been a demonstration of importance of the rule of law.

The fact that the Court has extremely wide rights of audience so that all lawyers with a professional or advocacy practice certificate from anywhere around the world are able to register with the AIFC Court will expose Kazakhstan students and lawyers to developments in many other jurisdictions.

I have no doubt that with the passage of time the Court and IAC will become testimony to the total commitment of the Republic of Kazakhstan and its legal institutions to the rule of law. They will be its standard bearer.

UAE ARBITRATION FRAMEWORK: GENERAL OVERVIEW



Illia Salei International Arbitration Group, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP¹, Dubai

he United Arab Emirates (*UAE*) today is one of the largest economics in the Middle East². The country has earned its economic success not only through the export of oil or providing foreign investors with a favorable tax regime, but also by developing a modern legal framework. This includes the creation of special jurisdictions to deal with the ever expanding global commercial needs and, more recently, a modern arbitration framework through the enactment of Federal Law № 6/2018 on arbitration³ (*the Arbitration Law*).

The Arbitration Law is based on the 1985 UNCITRAL Model Law, as amended (*the Model Law*), with certain changes relevant to the UAE legal and commercial landscape. The standalone arbitration framework has replaced the non-comprehensive and outdated provisions of the UAE Federal Civil Procedure Code⁴ (*the CPC*), allowing the UAE to enhance further its reputation as a global center for international dispute settlement.

This article provides a snapshot of some of the key provisions of the Arbitration Law that in the author's view are expected to contribute to the evolution of the UAE arbitration regime in the coming years.

Scope of Application: Domestic v International

The Arbitration Law applies to both domestic and international arbitral proceedings seated in the UAE. In contrast with the arbitration regime of the CPC, the Arbitration Law now clearly distinguishes between international and domestic arbitration and, following the distinction, further sets out the criteria for determining the international nature of an arbitration.

Pursuant to Article 10, the Arbitration Law applies to (i) every arbitration conducted in the UAE (unless the parties agree otherwise, and this does not conflict with the UAE public order and morality) and (ii) international arbitrations conducted outside the UAE if the parties so choose. While maintaining the public policy restrictions as to the arbitrability, the Arbitration Law as in the past does not provide any specific guidance on the matter, leaving it to the UAE courts to clarify the concept.

¹ The content in this article is provided for general information purposes only and does not constitute legal or other professional advice or an option of any kind. The views and opinions expressed in this article are those of the authors and do not necessarily reflect the official policy or position of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.

² See https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD?locations=ZQ&most_recent_value_desc=true.

³ The Federal Law No 6 of June 2018 on Arbitration was published in the UAE Official Gazette on 15 May 2018, and came in force on 16 June 2018.

⁴ The UAE Federal Civil Procedure Code No 11 of 1992.

It is noteworthy that the Arbitration Law does not apply to arbitrations seated in the special free economic zones within the UAE, so called 'off-shore' iurisdictions of the Dubai International Financial Centre (the DIFC) and the Abu Dhabi Global Market (the ADGM)⁵ which have their own independent legal frameworks and judicial systems. Arbitrations seated in the free economic zones are subject to special regimes of the DIFC Arbitration Law No 1 of 2008, as amended, and the ADGM Arbitration Regulations of 2015 respectively.

The Arbitration Agreement

Inspired by the Model Law, Article 6 of the Arbitration Law expressly confirms that the arbitration agreement is separate from the rest of the underlining contract. Although Article 7 of the Arbitration Law still requires an arbitration agreement to be made in writing, it expands the interpretation of the written form to include agreements concluded by means of an electronic communication, made at the hearing of the dispute by the court, as well as those incorporated by reference. In the latter case, it is advisable to make the reference to the specific clause to limit the risk of potential challenge in court.

In addition to the formal requirements, Article 4(1) of the Arbitration Law provides for an arbitration agreement to be signed by a representative having a specific authority to do so. It is therefore recommended to verify the powers of the representative to establish whether or not he is authorised to bind the party to an arbitration agreement.

Enhanced Powers Granted to Arbitral Tribunal

The Arbitration Law expands the authority of an arbitral tribunal by providing it with some of the powers which were not recognised in the preceding arbitration regime under the CPC. These specifically include (i) the authority of an arbitral tribunal to rule on its own jurisdiction⁶, (ii) the power to issue interim and conservatory measures⁷ (which used to be frequently challenged), (iii) the authority to render interim and/ or partial awards⁸, as well as to assess the costs of arbitration, including the fees and expenses of the members of the arbitral tribunal and tribunal-appointed experts9. Although the Arbitration Law does not contain any specific rules on costs allocation, an arbitral tribunal in the UAE will generally take into account the relative success of the parties in the arbitration and award the related costs accordingly.

The new arbitration regime has also introduced a number of provisions aimed at increasing the efficiency of the arbitral proceedings by providing a clear set of stringent timeframes and acknowledgement of modern means of communication, therefore allowing an arbitral tribunal to hold a hearing without the physical presence of the parties¹⁰.

Relationship with the UAE Courts

Some of the most notable novations introduced by the new Arbitration Law, in our view, are those aimed at enhancing the relationship between the arbitral tribunals and the UAE courts.

Firstly, in accordance with Article 21 of the Arbitration Law, a party seeking enforcement of an interim measure issued by an arbitral tribunal may now apply to the competent UAE court of appeals after obtaining a permission from the tribunal. Separately, the UAE courts are now expressly empowered to provide assistance in taking evidence by issuing respective orders and sanctioning for the parties' failure to comply with the orders¹¹.

Article 43 of the Arbitration Law also provides arbitral tribunals with the powers to continue proceedings pending the determination of parallel criminal application made in relation to matters

⁵See <u>https://www.adgm.com</u>.

⁶ Article 19(1) of the Arbitration Law.

⁷ Article 21 of the Arbitration Law.

⁸ Article 39(1) of the Arbitration Law.

⁹ Article 46(1) of the Arbitration Law.

¹⁰ Article 33(3) of the Arbitration Law.

¹¹ Article 36 of the Arbitration Law.



Dubai skyscrapers. "Dubai Spectacle", by Person with No-Name on Flickr, CC license BY 2.0.

pertaining to the arbitration (for example, forgery). The Arbitration Law specifically allows continuation of the arbitral proceedings if the tribunal finds that the decision of the UAE courts in the related criminal proceedings is not indispensable for issuing an award on the merits.

The Award

Article 41 of the Arbitration Law addresses the formal requirements of an award providing that one shall be made in writing and signed by the arbitrators. Notable is that contrary to the previous regime provided in the CPC, the Arbitration Law provides that an award may now be signed outside of the country but will still be deemed to be issued in the UAE¹².

An award issued under the Arbitration Law has *res judicata* status and is enforceable as a court judgement¹³. Following the distinction between domestic and foreign arbitration, Article 55 of the Arbitration Law clearly stipulates that domestic awards issued

in UAE-seated arbitrations are enforced through a ratification procedure in local courts of appeal. The Arbitration Law, however, lacks provisions relating to the enforcement of foreign arbitral awards.

The gap has been fulfilled by the UAE Cabinet Decision No 57 of 2018¹⁴ (*the Cabinet Decision*). The Cabinet Decision establishes a separate procedure for enforcement of foreign arbitral awards which now must be brought directly to the competent execution judge in the UAE. Although establishing the national set of rules for enforcement of foreign arbitral awards, the Cabinet Decision provides for supremacy of any related international treaties to which the UAE is a signatory, such as the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards¹⁵.

¹² Article 41(6) of the Arbitration Law.

¹³ Article 52 of the Arbitration Law.

¹⁴ The UAE Cabinet Decision No 57 of 2018 was published in the UAE Official Gazette on 16 December 2018, and came in force on 17 February 2018.

¹⁵ Article 88 of the Cabinet Decision.

EEDRF: BEHIND THE SCENESOR HOW TO ORGANIZE AN ANNUAL INTERNATIONAL ARBITRATION FORUM



On September 18-21, the Eastern European Dispute Resolution Forum (EEDRF) was held in Minsk. The inspirer and co-chair of the organizing committee is Alexandre Khrapoutski, partner at Lex Torre Law Office (Belarus), Vice Chairman of the RAA board, member of the UAA board, member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb, London). He will describe what was happening behind the scenes of the EEDRF.

What is EEDRF?

astern European Dispute Resolution Forum is a dialogue platform for serious discussions in Minsk, a forum of lawyers and for lawyers - as we originally defined it. The agenda is formed from topics and areas that are really interesting to practitioners. The official part includes the main day and satellite events such as seminars, master classes and

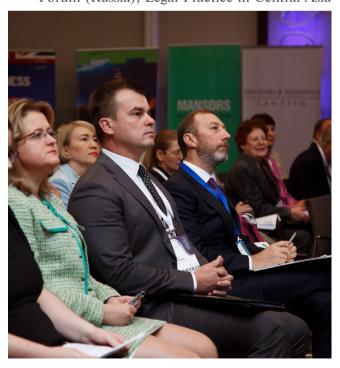
trainings. Engaging topics, star speakers, mindful entertainment, top-level reception of our guests - this is what makes up the Forum.

What is the history of EEDRF?

We came up with the idea of the Forum 6 years ago. We were inspired by results of a survey conducted for over two years among lawyers from different countries to find out how interesting such an event would be and whether colleagues

would come. It turned out that in Eastern Europe there were no professional events that covered the entire region. EEDRF has become such a venue and was first held in 2016 as a one-day event - we discussed the trends and practices that were emerging in the dispute resolution in the CIS and Eastern Europe. Over the years geography and number of participants expanded rapidly as the business program has been developed. For example, in 2019, a special event for young lawyers was organized and for the first time in Belarus an ICC Institute Training was held.

From the very start, our initiative was supported by the Administration of the President and the Ministry of Justice of the Republic of Belarus. Each year the news about the beginning of the Forum is published in the central news block on Belarusian TV. We have the support of partners - international law offices and the British Embassy in the Republic of Belarus, this gives us the opportunity to make the event brighter and more comfortable. A pool of information partners has been formed, thanks to whom the forum is well-known around the world (such as CEE Legal Matters (UK), CIS Arbitration Forum (Russia), Legal Practice in Central Asia



(Kyrgyz Republic), Kazakhstan Bar Association, Vilnius Court of Commercial Arbitration (Lithuania), The Association of European Business (Belarus), The Ukrainian Journal of Business Law, LawFirmManagement.RU).

We try to include topics related to international commercial arbitration, as well as issues of dispute resolution in state courts of various jurisdictions. If there is something interesting going on in other countries - we bring this experience in. The agenda is rich so each participant can choose useful reports for himself.

What does the international status of the EEDRF mean?

Initially, we focused on the ongoing arbitration reforms in Russia and Ukraine. Today, the topic is much broader, it is relevant not only for Eastern Europe. Our region is interesting for lawyers from the UK, Germany, France and other countries, as their business operates in Eastern European markets and needs legal support. As well as Belarusian, Polish, Russian, Ukrainian capital uses the jurisdictions of Sweden, Great Britain, and the United States for dispute resolution.

About 200 people take part in the Forum annually. We cover all continents except (for now) South America (and Antarctica). Fortunately, Belarus has a special visa-free regime that allows participants from 80 countries (EU, USA, Brazil, Japan, etc.) to stay in the country up to 30 days without a visa. We are located in the center of Europe - it is convenient.

Is there a language barrier?

The forum is 80% in English, simultaneous translation is provided for the main part of the program, but there are some trainings only in English. International arbitrators have good command of English. Forum materials, website, media messages are bilingual.

Who are the EEDRF keynote speakers?

In 2017, Lord Peter Goldsmith, a British barrister and a former Attorney General for England and Wales and for Northern Ireland, head of European litigation practice at US law firm Debevoise & Plimpton and Vice Chairperson of the Hong Kong International

Arbitration Centre, became the keynote speaker of the EEDRF. In 2018, Louis Flannery QC, Head of international arbitration at Stephenson Harwood was the keynote speaker. This year the keynote speaker was David Goldberg, solicitor-advocate, partner of White & Case, a member of the LCIA Board.

The EEDRF website mentioned that 5% of paid participation fees would go to charity. Is it true?

Yes, for the second time a part of the proceeds of the Forum would be transferred to children in need. In 2019 we support the project "Genom" through the charity platform "Imena". This project helps people with rare genetic neuromuscular diseases. Our support is a part of the whole sum needed to be gathered in order to complete the project. You can monitor the collection of funds and a report on their use on the official website https://imenamag.by/projects/genom, and you can also make a personal contribution in support of the project.

There are many young people among the Forum participants.

It is important to attract young lawyers, to help them to create new professional contacts and to show them possibilities and relevant issues of international arbitration. We provide invitations to the winners of legal competitions, such as the M.G. Rosenberg Competition. Admission to the Forum for students, young lawyers and academics is available at a special price.

How long does it take to organize the EEDRF?

At the beginning of each Forum, we already know the date and the key topic of the next year — as usual we announce them at the Gala dinner. Agreements with speakers, especially the key ones, are reached a few years before their presentation, as experts of this high level are in demand and have a tight schedule made-up for years ahead. Newsletter is sent out six months before the event - from this moment the process of registration of participants commences.

After each EEDRF social networks are filled with amusing photos...

We pay special attention to networking: meaningful coffee breaks, excursions, an atmosphere in which guests simply cannot leave after

the Gala dinner. We make it bright and memorable, the agenda and locations change every time - from the best hotels to the building where official receptions with the President of Belarus are held! The musical component is important: in 2019 the guests were amazed by the waiters, who suddenly started to sing opera arias, and the performance of the symphony orchestra, and in 2018 - by the drummers' show. Photo zones invite you to take pictures for saving good memories of the time spent in Minsk with colleagues.

Tell us about the forum organizing team

The importance of the organizing committee is difficult to overestimate. It includes 14 people from 7 countries. The co-chairs are Vladimir Khvalei, Partner, Baker & McKenzie (Russia) and Olena Perepelynska, Partner, Integrites (Ukraine).

The key to success is to build the right team, distribute tasks and organize teamwork. Lex Torre Law Office became an organizational partner in 2019. Naturally we hire the contractors: professional event-agency, interpreters, sound and lighting crew, website developers, etc.

Our EEDRF organizational chat never sleeps, the work is going on 24/7. One tracks registrations and answers to participants from other time zones while others meet guests flying at night or prepare documents urgently. But during the EEDRF everyone will be nice, smiling and in a good mood.

What other secrets of success would you reveal?

The first thing is the choice of the main topic and key speaker, a high-quality program and scenario plan. It is also important to find good partners, to distribute roles according to their interests, to use their opportunities, so that due to this synergy the event will become better.

In 2016 one of the key tasks was to choose the dates of the forum to fit into the global network of arbitration events.

Every year we come up with a new topic and slogan:

2016 – "Arbitration Reforms".



2017 — "Procedural issues in International Arbitration and State Courts - Prove it, if you can!"

2018 — "Expertise in arbitration proceedings - Know your expert!"

2019 — "Procedural issues in International Arbitration and State Courts - Let's *Play Arbitration Symphony!*"

How do you decide on the topic of each event? Why did you decide on this topic for the next year?

After the first Forum we planned the main topics for next years in advance, so that each subsequent EEDRF would be a continuation of the previous Forum. The main topic is defined this way: we analyze the topics of the major professional events during the year, find main trends, relevant issues, that we can fully disclose, and submit several options of the full program for the approval by the Organizing Committee. As a result the final program is drafted. The topics of the presentations begin to be formed a year before, the program appears in 3 months after the previous Forum finished. Of course, we consult with the keynote speaker, with whom we also agree in advance. The key note speaker of the EEDRF 2020 will be Gary Born – but this is to be confirmed.

Who decides on the catering menu?

We receive different offers and negotiate them. But in the end, the menu is personally approved after a preliminary degustation by me.

What local media cover the event?

EEDRF is covered by all major TV channels, plus law editions, business and social-political press. For instance, "Jurist" magazine, "Economic Newspaper", the newspaper "Belarussians and market", "Belarus today", etc.

What problems occur during the EEDRF preparation?

Firstly, there is a lack of high-quality venues for a representative business event of such a high level.

Secondly - unfortunately, professional synchronous interpreters with knowledge in arbitration terminology are also in demand.

And the third problem is that there is only 24 hours in a day.

Do you already have a plan for the EEDRF-2020?

EEDRF-2020 will be the fifth forum already — it will be our anniversary. The title of EEDRF 2020 is "Choice of law". The main day will be September 18th. It offers a rich business program and pleasure from the informal part. Follow our news - you will be surprised!







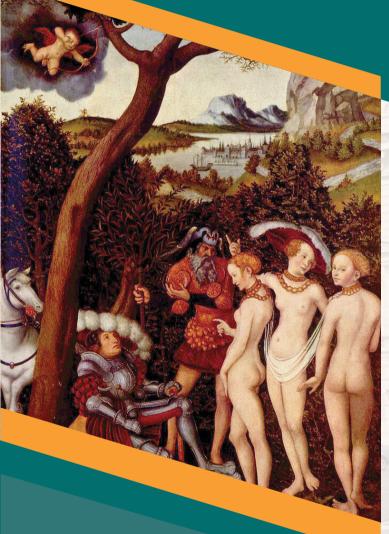
2020 6 February

Moscow, Marriott Grand Hotel, Tverskaya str, 26/1, Kuskovsky-Marfinsky Hall

RAA-CEA Conference: Arbitration and Corruption

Topics will include:

- Corruption in contracts (contracts obtained by corrupted means and contracts covering bribery payments)
- Corruption of arbitrators and arbitral institutions. Presentation of The CEA Code of Best Practice In Arbitration
- Role of arbitral institutions in combating corruption
- Use of forensic and AI in identifying corruption issues



Details of the event can be found at:

https:/arbitration.ru/en/events/conference/raa-cea-conference-arbitration-and-corruption/index.php

For sponsorship opportunities, please contact Alexandra Brichkovskaya alexandra.brichkovskaya@arbitrations.ru

Regarding the registration, please contact Valeriya Teslina valeriya.teslina@arbitrations.ru

ОБЗОР ДЕЛ С УЧАСТИЕМ СТОРОН ИЗ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН



Наталья Кислякова юрист АБ «КИАП»

СТОРОНА ПОЛУЧИЛА ИЗВЕЩЕНИЕ О РАЗБИРАТЕЛЬСТВЕ ПОСЛЕ ДАТЫ ВЫНЕСЕНИЯ РЕШЕНИЯ АРБИТРАЖЕМ - ЭТО ОСНОВАНИЕ ДЛЯ ОТКАЗА В ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ

Номер дела в государственном суде: A19-12971/2019.

Стороны спора:

ТОО «Радуга» (Республика Казахстан) – заявитель в государственном суде;

ООО «Океан напитков» (Россия) – ответчик, заинтересованное лицо в государственном суде.

Разрешавший спор третейский суд:

Постоянно действующий арбитраж, ТОО «Казахстанский международный арбитражный & третейский суд».

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде: ООО «Океан напитков» (Россия): Д. Н. Климантова.

Судья, вынесший решение в государственном суде: А. А. Архипенко.

оварищество с ограниченной ответственностью «Радуга» обратилось с заявлением о признании и приведении в исполнение решения постоянно действующего арбитража, ТОО «Казахстанский международный арбитражный & третейский суд»¹.

Спор касался исполнения обязательств из договора поставки товара. Ответчик возражал против удовлетворения заявления в связи с ненадлежащим уведомлением и рассмотрением дела некомпетентным судом.

Согласно отчету об отслеживании почтового отправления, ООО «Океан напитков» получило копию извещения о начале разбирательства в казахстанском арбитраже лишь на следующий день после вынесения судом окончательного решения. По мнению суда, факт извещения ответчика о разбирательстве дела в иностранном суде должен подтверждаться предусмотренными законом документами, доказывающими не только направление корреспонденции должнику, но и ее получение последним. Усмотрев несо-

¹ URL: http://kmats.kz/.

блюдение этого порядка, суд отказал в приведении в исполнение иностранного третейского решения по причине отсутствия надлежащего уведомления.

Суд не рассматривал возражения ответчика относительного компетенции суда, но, очевидно, признал Казахстанский международный арбитражный & третейский суд компетентным рассматривать спор. В то же время из судебного акта следует, что третейская оговорка была весьма неоднозначной. Она гласила, что «все вопросы, возникающие из настоящего контракта или относящиеся к нему, которые стороны не могут урегулировать мирным путем, должны быть урегулированы арбитражным процессуальным законодательством по месту нахождения истца по инициативе любой из сторон в соответствии с Регламентом суда, действующим на момент предъявления соответствующего иска. Решение арбитражного суда будет окончательным для сторон». Вопрос неоднозначности и «порочности» оговорки российским судом не исследовался, хотя оговорка и отличается от типовой оговорки суда, доступной на официальном сайте казахстанского арбитража.

В контексте данного дела уместно напомнить о недобросовестной процессуальной стратегии, состоящей в том, что ответчик намеренно не получает направленное ему уведомление об арбитраже вплоть до даты вынесения решения. Увы, такие злоупотребления нередко встречаются на практике.

ОТКАЗ В ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ ВВИДУ НЕТОЧНОСТИ ОГОВОРКИ И ОТСУТСТВИЯ ОРИГИНАЛА. ПОСЛЕДСТВИЯ ДЛЯ ОТВЕТЧИКА, ЕСЛИ ЧАСТЬ СУММЫ УЖЕ БЫЛА ВЗЫСКАНА

Номер дела в государственном суде: А31-7930/2018.

Стороны спора:

TOO ASIDA-PHARMA (Республика Казахстан) – заявитель в государственном суде; АО «Ортат» (Россия) – заинтересованное лицо в государственном суде.

Разрешавший спор третейский суд:

Арбитражный центр Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен».

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры:

А. В. Коробейников (председательствующий судья), М. А. Мостович, Г. Т. Оспанова.

Представители сторон в государственном суде:

AO «Ортат»: В.В.Скляров. TOO ASIDA-PHARMA: н/д.

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:

И. А. Серобаба.

В Верховном суде: М. В. Пронина, М. К. Антонова, Н. В. Павлова.

ОО ASIDA-PHARMA (Республика Казахстан) обратилось в арбитражный суд с заявлением к АО «Ортат» о признании и приведении в исполнение решения Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» от 2017 года о взыскании с АО «Ортат» в пользу ТОО ASIDA-PHARMA более 78,5 млн руб. неустойки по договору поставки лекарственных средств, а также арбитражных расходов.

Определением Арбитражного суда Костромской области решение было приведено в исполнение. Апелляция — Арбитражный суд Волго-Вятского округа — оставила определение первой инстанции в силе. Суд области выдал по данному делу исполнительный лист.

Определением Верховного суда Российской Федерации указанные выше определения были отменены, а в удовлетворении заявления о признании и приведении в исполнение решения было отказано по причине отсутствия между сторонами спора арбитражного соглашения о разрешении спора соответствующим международным коммерческим арбитражем. Верховный суд посчитал, что спорный договор поставки не содержит положения о передаче на рассмотрение третейского суда споров, вытекающих из этого договора, как в целом, так и конкретного арбитражного центра, рассмотревшего дело. Переписка сторон или обмен документами, подтверждающими заключение такого соглашения, по мнению суда, также отсутствовали. Верховный суд обосновал свои выводы следующим:

- стороны не представили подлинное арбитражное соглашение или его надлежащим образом заверенную копию;
- пункт 10.2 договора поставки (который, по мнению товарищества, содержал арбитражное соглашение) не содержал указаний на выбор сторонами такой формы разрешения спора, как международный коммерческий арбитраж, и не называл Арбитражный центр Национальной палаты предпринимате-

лей Республики Казахстан «Атамекен» в качестве компетентного арбитражного центра для рассмотрения споров сторон договора. В частности, договор предусматривал, что «все споры между сторонами, которые не были разрешены в претензионном порядке, подлежат разрешению в арбитражном суде по месту нахождения истца в соответствии с действующим законодательством страны арбитражного судопроизводства». Толкование данного пункта договора, по мнению Верховного суда, не позволяло сделать вывод о выборе сторонами третейской формы разбирательства споров или Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Напротив, стороны в указанном пункте используют термины «суд» и «судопроизводство», характерные для разрешения споров в рамках государственного правосудия;

 на заседании Судебной коллегии стороны подтвердили, что арбитражное соглашение или арбитражная оговорка отсутствовали.

АО «Ортат» обратилось в суд с заявлением о повороте исполнения судебного акта и просило взыскать с ТОО ASIDA-PHARMA в свою пользу 4,9 млн руб. (сумма, на которую было произведено фактическое взыскание с российской фирмы в пользу казахской стороны). Несмотря на заявление о приостановлении производства по делу до рассмотрения надзорной жалобы, поданной в президиум Верховного суда РФ, суд посчитал, что заявление АО «Ортат» о повороте исполнения решения суда подлежит удовлетворению.

Вызывает некоторое удивление то, как стороны могли в заседании подтвердить, что арбитражное соглашение отсутствовало. Что касается последующего поворота исполнения судебного акта на основании ст. 326 АПК РФ, то в условиях отказа в приведении в исполнение такое процессуальное последствие видится обоснованным.

СТОРОНЫ НЕКОРРЕКТНО ПРОПИСАЛИ ТРЕТЕЙСКУЮ ОГОВОРКУ, А РОССИЙСКИЕ СУДЫ ПРОДЕМОНСТРИРОВАЛИ НЕВЕРНОЕ ПОНИМАНИЕ ПОРЯДКА ИЗВЕЩЕНИЯ УЧАСТНИКОВ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА

Номер дела в государственном суде: А65-2757/2019.

Стороны спора:

АО «811 авторемонтный завод Казахстан Инжиниринг» (завод по ремонту военной техники, Республика Казахстан) – истец в арбитраже, заявитель в государственном суде. ООО «ПромИнтех» (Россия) – ответчик, заинтересованное лицо в государственном суде.

Согласованный сторонами третейский суд:

Арбитражный центр Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен».

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде:

Рассмотрено в отсутствие лиц, участвующих в деле.

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:

Арбитражный суд Республики Татарстан: Г. Ф. Осипова. Арбитражный суд Поволжского

удебные акты по делу № А65-2757/2019 свидетельствуют прежде всего о том, что во внешнеторговых контрактах между сторонами из Республики Казахстан и России иногда используются неоднозначные и «порочные» третейские оговорки, в частности: «...разногласия, не урегулированные путем переговоров, подлежат рассмотрению в арбитражном суде по месту нахождения истида».

Такие оговорки не позволяют не только установить, какой конкретно третейский суд имеется в виду, но и сделать вывод о выборе сторонами третейской формы разбирательства споров (стороны используют термин «суд», характерный для разрешения споров в рамках государственного правосудия). При этом казахские истцы обращаются в Арбитражный центр

Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен», который признает свою компетенцию и выносит арбитражные решения. В то же время из судебного акта не представляется возможным установить, участвовал ли ответчик в третейском разбирательстве и высказывался ли против юрисдикции третейского суда.

Заявитель, в связи с неисполнением должником третейского решения в добровольном порядке, обратился в Арбитражный суд Республики Татарстан с иском к ООО «ПромИнтех» о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Арбитражный суд не нашел оснований для удовлетворения заявления о приведении решения в исполнение по двум причинам.

Во-первых, Арбитражным судом Республики Татарстан было установлено, что спорный договор не содержит положения о передаче споров, вытекающих из договора, на рассмотрение третейского суда, международного коммерческого арбитража, как в целом, так и конкретного арбитражного центра, рассмотревшего дело, в частности. Переписка сторон или обмен документами, подтверждающими заключение такого соглашения, также отсутствуют.

Пункт 9.3 договора, который, по мнению заявителя, содержит арбитражное (третейское) соглашение, не содержит указаний на выбор сторонами такой формы разрешения спора, как международный коммерческий арбитраж, равно как и не называет Арбитражный центр Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» в качестве компетентного арбитражного центра для рассмотрения споров сторон договора.

В-вторых, ООО «ПромИнтех» не было уведомлено обо всех стадиях арбитражного разбирательства в соответствии с положениями Киевского соглашения и Минской конвенции. По мнению суда, Арбитражным центром Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен» при уведомлении должника о процессе был нарушен порядок, предусмотренный ст. 5 Киевского соглашения и ст. 8—11 Минской конвенции, что по общему правилу практики арбитражных судов Российской Федерации свидетельствует об отсутствии надлежащего уведомления.

Не согласившись с принятым по делу судебным актом, АО «811 авторемонтный завод Казахстан Инжиниринг» обратилось в арбитражный суд с кассационной жалобой, в которой просило отменить судебный акт и принять по делу новый, которым заявление удовлетворить.

Арбитражный суд Поволжского округа постановлением от 26 сентября 2019 года определение Арбитражного суда Республики Татарстан оставил без изменения, кассационную жалобу — без удовлетворения.

Со вторым основанием для отказа в приведении в исполнение нельзя согласиться, так как для извещения о производстве в третейском

суде (коммерческом арбитраже) не требуется вручение с привлечением органов юстиции и дипломатических ведомств. Минское и Киевское соглашения в части вопросов извещения не распространяются на третейские суды. Данный вывод не только напрямую следует из самого текста международных договоров, но и не раз разъяснялся Верховным судом РФ в своих определениях по другим делам. Так, в определении от 22 октября 2015 года по делу № 310-ЭС15-4266 Верховный суд указал, что «положения Киевского соглашения и Минской конвенции применимы только к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений иностранных государственных (а не третейских) судов, которые правомочны принимать решения, получающие силу закона и подлежащие принудительному исполнению на территории государства [...] нормы соглашения регулируют международное сотрудничество при разрешении споров в государственных судах, а не при разрешении споров в международном коммерческом арбитраже — частном альтернативном средстве разрешения споров».

Кроме того, консультативное заключение № 01-1/4-13 Экономического суда СНГ «О толковании п. "г" ст. 9 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 года» подробно описывает способ извещения в значении Киевского и Минского соглашений. Из данного акта следует, что суды должны отдавать предпочтение такому способу извещения, который является более простым и эффективным с точки зрения процедуры и позволяет достоверно убедиться в том, что извещение иностранного лица было осуществлено надлежащим образом.

Таким образом, Арбитражный суд Поволжского округа в постановлении от 26 сентября 2019 года по делу № А65-2757/2019 допустил серьезную ошибку в части применения правил извещения сторон, так как Минская и Киевская конвенции неприменимы к разбирательствам в третейских судах и международных арбитражах. В этой связи некорректно указывать в судебном акте на то, что общество «не было уведомлено обо всех стадиях арбитражного разбирательства

в соответствии с положениями Киевского соглашения».

Относительно извешения нельзя не отметить еще одно достаточно необычное и интересное обстоятельство. К сожалению, очень часто ответчики, ожидая третейского разбирательства, намеренно избегают получения почтовой корреспонденции. Так, в настоящем деле заявитель представил суду уведомления Арбитражного центра Национальной палаты предпринимателей Республики Казахстан «Атамекен». Данные уведомления, адресованные российскому ответчику, были возвращены казахскому отправителю без вручения адресату. Физическое лицо, указанное в выписке из ЕГРЮЛ директором и единственным участником (учредителем) ответчика, было признано умершим еще 15 января 2018 года — это следовало из предоставленной Управлением по вопросам миграции Министерства внутренних дел по Республике Татарстан информации. Однако признание физического лица - генерального директора умершим не влечет прекращения деятельности юридического лица и взятых им на себя обязательств. В этой связи вызывает некоторое недоумение освещение данной информации в судебном акте и учет данного факта при анализе соблюдения порядка извещения. Из судебного акта следует, что уведомления Арбитражного центра были адресованы ООО «ПромИнтех», а не директору.

Таким образом, в анализируемом деле текст оговорки действительно был сформулирован неоднозначно. Несмотря на то что третейский суд признал себя компетентным, уже сам факт пространности оговорки может служить основанием для отказа в приведении в исполнение. Российский государственный суд также использовал второе основание для отказа в приведении в исполнение — факт ненадлежащего извещения, однако суд допустил некорректные ссылки на Киевское и Минское соглашения, которые неприменимы к решениям третейских судов (международных арбитражей).

Делая вывод на основании трех рассмотренных дел, рекомендуем сторонам из Республики Казахстан и Российской Федерации быть внимательнее с третейскими оговорками, а именно корректно и полно прописывать название компетентного арбитража. В противном случае госсуды могут отказать в приведении в исполнение арбитражного решения, посчитав, что у сторон не было намерения передать спор в третейский суд.

ИНИЦИАТИВА «ОДИН ПОЯС И ОДИН ПУТЬ»: ЗАЩИТА ИНВЕСТИЦИЙ И РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ

Юристы практики разрешения международных споров Freshfields Bruckhaus Deringer LLP



Мария Пучина



Джошуа Келли

В 2013 году президент Китайской Народной Республики Си Цзиньпин впервые рассказал миру о проекте «Один пояс и один путь» именно в столице Казахстана. Республика, арбитражу в которой посвящен наш номер, и сегодня остается одним из ключевых центров по реализации этого китайского геополитического и экономического проекта. Поэтому мы публикуем перевод на русский материала, английскую версию которого наши читатели могли видеть в прошлом номере Arbitration.ru.

Китай выходит на мировой рынок: что такое «Инициатива "Один пояси один путь"»?

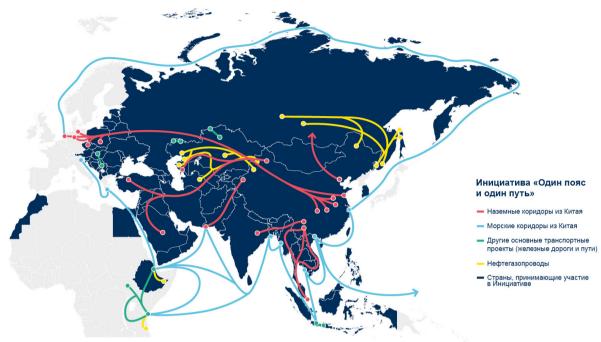
Стратегия Китая под названием «Инициатива "Один пояс и один путь"» (далее — Инициатива) интересна для международных компаний, которые стремятся извлечь выгоду из экономического роста Китая и его зарубежных инвестиций. Охватывая более чем 70 юрисдикций, 65% мирового населения и не менее одной трети мирового ВВП, Инициатива может стать одним из крупнейших и наиболее амбициозных совместных проектов для регионального сотрудничества, что укрепит экономическую роль Китая в XXI веке. Так, уже к середине 2019 года более половины государств — членов ЕС подписали двусторонние соглашения об одобрении Инициативы.

Сеть проектов «Один пояс и один путь»

Как показано на приведенной далее в материале карте, «пояс» Инициативы представляет собой сеть транспортных и других инфраструктурных проектов, направленных на создание экономических коридоров из Китая в Юго-Восточную Азию, Россию, Европу, Ближний Восток и Южную Азию. «Дорога» Инициативы включает морские связи Китая с Западной Европой через Восточную Африку, южной частью Тихого океана через Южно-Китайское море (Тихоокеанский шелковый путь) и север-

¹ В русскоязычных публикациях также встречаются названия «Инициатива одного пояса и одного пути», «Шелковый путь XXI века».

Freshfields Bruckhaus Deringer



Карта Инициативы «Один пояс и один путь»

ной Европой через Россию (в том числе по Северному морскому пути: это Полярный шелковый путь, или Шелковый путь на льду).

Помимо транспортных связей основными инфраструктурными проектами Инициативы являются трубопроводы нефти и природного газа, электростанции, коммунальные сети, проекты гидро- и ветроэнергетики, аэропорты и морские порты. Также прокладывается широкая сеть оптоволоконных кабелей в рамках реализации амбициозного плана «Цифровой коридор» (он же Цифровой шелковый путь), который свяжет страны Инициативы через киберпространство. Страны Инициативы также будут подключены к новым спутниковым навигационным услугам Китая для создания Космического информационного коридора.

Возможности для роста

На сегодняшний день на финансирование множества проектов Инициативы передано более 1 трлн долл. В долгосрочной перспективе общая

сумма инвестиций в рамках Инициативы оценивается в 10 трлн долл.

Более половины финансирования Инициативы обеспечивается четырьмя основными государственными коммерческими банками Китая, причем значительные взносы поступают от Банка развития Китая и Экспортно-импортного банка Китая. В свою очередь, эти кредиторы поддерживаются рядом меньших, но политически важных фондов развития, таких как Фонд шелкового пути, Азиатский банк инфраструктурных инвестиций и Новый банк развития, поддерживаемый БРИКС.

Учитывая задачу Инициативы «Один пояс и один путь» принести пользу Китаю, неудивительно, что китайские государственные предприятия являются основными инвесторами проектов. Не отстают и китайские частные компании. Несмотря на энергичное участие национального бизнеса, большие возможности открыты и для иностранных инвесторов: они могут выступать в роли брокеров, предлагать ноу-хау и консультационные услуги или предоставлять

доступ к ранее закрытым для китайских компаний рынкам.

Защита инвестиций и разрешение споров, связанных с проектами в рамках Инициативы

Прежде чем стать участником Инициативы, иностранным инвесторам и их консультантам стоит оценить юридические риски предполагаемых проектов и получить максимальный контроль над этими рисками. Ниже приведены некоторые из вопросов, которые стоит внести в контрольный список для иностранных инвесторов, готовых вкладывать средства в проекты Инициативы.

1. Структурирование инвестиций.

Поиск идеальной структуры инвестиций требует тшательного анализа возможных вариантов корпоративных структур. Инвесторам следует учитывать действие международных соглашений об избежании двойного налогообложения и соглашений о защите инвестиций, национальных законов об иностранных инвестициях, а также изучать возможные ограничения, налагаемые национальным правом. Подобные соображения о структуре инвестиций должны быть проанализированы наряду с любыми предложениями о партнерстве или совместном предприятии с заинтересованными сторонами (такими как государственные предприятия), которые могут предложить конкретные преимущества в отношении интересующей юрисдикции.

2. Страхование МИГА.

Некоторые страны, участвующие в Инициативе, являются экономически и политически нестабильными. Учитывая этот риск, инвесторы

также могут рассмотреть возможность приобретения страхования от Многостороннего агентства по гарантированию инвестиций (МИГА). МИГА предлагает страхование от потерь, связанных, среди прочего, с неконвертируемыми валютами и ограничениями на передачу валюты, экспроприацией инвестиций, войной, терроризмом, гражданскими беспорядками и политическими рисками. МИГА также связано с Всемирным банком, что дает дополнительные гарантии застрахованному инвестору.

3. Бизнес и права человека.

Поскольку работа в некоторых юрисдикциях Инициативы связана с принципом «высокий риск - высокое вознаграждение», инвесторы должны обратить внимание на вопросы защиты прав человека, охраны окружающей среды, прозрачности и корпоративной социальной ответственности (КСО), включая соблюдение стандартов КСО для привлечения финансирования. С этой целью ЕС призвал Китай заложить в основу Инициативы принципы прозрачности, охраны окружающей среды, открытости процесса закупок, приемлемого уровня задолженности, а также стандарты защиты труда. Китай отреагировал на эти опасения, подчеркнув, что в странах Инициативы китайские компании будут стремиться развивать местную экономику, увеличивать возможности занятости населения и улучшать местные условия жизни. Некоторые финансовые учреждения, такие как Азиатский банк инфраструктурных инвестиций², Фонд Шелкового пути³ и Новый банк развития⁴, уже ввели положения о соблюдении стандартов КСО и прав человека в свои инвестиционные методические рекомендации.

4. Борьба с коррупцией и отмыванием денег.

В ответ на обвинения в коррупции в отношении участников некоторых проектов Инициативы Центральная комиссия по проверке дисци-

²Статьи соглашения об Азиатском банке инфраструктурных инвестиций. URL: https://www.aiib.org/en/about-aiib/basic-documents/ download/articles-of-agreement/basic document english-bank articles of agreement.pdf.

³ Сайт Фонда Шелкового пути. URL: http://www.silkroadfund.com.cn/enwap/27365/27373/24882/index.html.

⁴ Окружающая среда и социальная структура. Новый банк развития. URL: https://www.ndb.int/wp-content/up-loads/2017/02/ndb-environment-social-framework-20160330.pdf.

плины (ЦКПД), ведущий орган Китая по борьбе с коррупцией, объявила, что намерена назначать в китайские компании собственных инспекторов, а также создавать группы инспекторов совместно с антикоррупционными органами государств, получающих инвестиции в рамках Инициативы. Иностранные инвесторы должны учитывать возможность распространения на них юрисдикции Китая («юрисдикция длинной руки») по аналогии с экстерриториальной юрисдикцией властей Великобритании и США, осуществлять необходимую юридическую экспертизу (due diligence), принимать соответствующие политики по борьбе с коррупцией и отмыванием денег и проводить регулярный внутренний аудит, чтобы в случае предъявления обвинений инвестор мог в надлежащий срок предоставить документальное подтверждение предпринятых мер по предотвращению и/или расследованию фактов коррупции.

5. Иммунитеты государств и международных организаций.

Для частных инвесторов участие китайских государственных предприятий и банков развития в качестве партнеров или кредиторов в проекте потребует более пристального изучения потенциальных иммунитетов этих субъектов и возможных случаев отказа от этих иммунитетов. Государственные предприятия и банки развития могут подпадать под иммунитет государств или международных организаций в соответствии с международным правом и внутренним законодательством. Иммунитет, в зависимости от его объема, может повлиять на судебные процессы, исполнение судебных решений и/или наложение обеспечительных мер, таких как судебный запрет. В равной степени китайские государственные предприятия и банки развития могут обнаружить, что им необходимо согласиться на полный или частичный отказ от своих иммунитетов для поощрения иностранных инвестиций или получения финансирования. Оценить возможности и риски попадания под «зонтик» иммунитета сторонам нужно до начала работы над совместным проектом.

6. Выбор права.

На сегодняшний день какого-либо консенсуса относительно права, которое может быть выбрано договаривающимися сторонами в проектах Инициативы, не существует. Прошлые тенденции предполагают, что национальное право государства, вовлеченного в инвестиции, может быть предпочтительнее, если речь идет о государстве или государственном предприятии. Однако в принципе (и с учетом требований, которые могут сделать право Китая обязательным) нет причин, по которым сторонам не следует рассматривать другие системы права. Например, применение английского права, права Гонконга или Сингапура может позволить сторонам из разных юрисдикций добиться правовой определенности в отношении их контрактных условий, сохраняя при этом свободу договора.

7. Разрешение споров: арбитраж по умолчанию?

Из проектов Инициативы могут возникнуть следующие три типа международных споров:

- чисто коммерческие споры между субъектами, участвующими в проектах Инициативы (в первую очередь строительные споры);
- инвестиционные споры между инвесторами и государствами;
- межгосударственные торговые и коммерческие споры.

По этой причине необходимо уже в начале проекта согласовать вопрос о разрешении споров, включая вопрос выбора между национальными судами, арбитражем или другой формой разрешения споров, например процедурой медиации⁵. Если стороны остановились на национальных судах, необходимо убедиться в наличии полномочий этих судов для рассмотрения

⁵ Инструкция Международной торговой палаты по разрешению споров в рамках Инициативы «Один пояс и один путь» при помощи процедуры медиации и арбитража. URL: https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/02/icc-guidance-notes-belt-and-road-disputes-pdf.

потенциальных споров (принимая во внимание то, что Китай создал два специализированных суда⁶ по разрешению споров, возникающих из Инициативы).

Поиск такого механизма разрешения споров, который был бы гибким, беспристрастным, оправдывал затраты и поддерживался международной системой исполнения решений в нужных юрисдикциях, обычно приводит к очевидному выбору в пользу арбитража. Как указано в публикации «Ведущие тенденции в международном арбитраже на 2018 год»⁷, мы ожидаем увеличения числа международных арбитражей, вытекающих из проектов Инициативы. К тому же китайские предприятия традиционно обращаются в арбитраж, особенно когда речь идет о международных спорах. Остается внимательно наблюдать, какое место арбитража стороны будут выбирать для проведения разбирательств. Китай сейчас прилагает все усилия для продвижения собственных арбитражных центров. Например, в конце 2017 года Китайская международная комиссия по экономическим и торговым арбитражам приняла свои арбитражные правила по международным инвестиционным спорам, предназначенные для использования в спорах в рамках Инициативы.

Иностранные инвесторы, скорее всего, будут настаивать на зарекомендовавших себя международных центрах, таких как Париж, Гонконг, Сингапур, Лондон и Международный финансовый центр в Дубае. Международный арбитражный центр Гонконга⁸ и Международная торговая палата⁹ уже разрабатывают услуги для решения

споров Инициативы и повышения осведомленности об арбитраже. Другие центры разрешения споров, такие как Арбитражный центр Международного финансового центра в Дубае, Лондонский международный арбитражный суд¹⁰ и недавно созданный Суд Международного финансового центра в Нур-Султане¹¹, также, вероятно, встретятся с увеличением числа споров, связанных с проектами Инициативы.

⁶ Лингард Н., Чонг Д., Киркнесс Р. Китай создает международные коммерческие суды для разрешения споров в рамках Инициативы «Один пояс и один путь». URL: https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/08/china-establishes-international-commercial-courts-handle-belt-and.

⁷ Фрешфилдс Брукхаус Дерингер ЛЛП. Китайская Инициатива «Один пояс и один путь»: возможности и риски. Топ-тенденции в международном арбитраже на 2018 год». URL: https://communications.freshfields.com/files/uploads/documents/anna%20warkentin/mailing%20attachments/06827_PG_DR_International_arbitration_trends_2018_V9.pdf.

в Официальный сайт Международного арбитражного центра Гонконга. URL: <u>http://www.hkiac.org/belt-and-road</u>.

⁹ Официальный сайт Международной торговой палаты, ICC. URL: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/belt-road-dispute-resolution.

¹⁰ Официальный сайт Арбитражного центра МФЦ в Дубае и Лондонского международного арбитражного суда. URL: http://www.difc-lcia.org/.

¹¹ Официальный сайт Суда МФЦ «Астана». URL: <u>http://aifc-court.kz/</u>.

ОБЗОР НОВОГО КОДЕКСА ДОБРОСОВЕСТНОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКИ ИСПАНСКОГО АРБИТРАЖНОГО КЛУБА, ЧАСТЬ ВТОРАЯ



Галина Жукова партнер Bélot Malan & Associés, Париж¹

В первой части статьи о новом Кодексе добросовестной арбитражной практики Испанского арбитражного клуба (далее — Кодекс), опубликованной в августовском выпуске, были подробно описаны рекомендации документа в отношении арбитражных центров и судов. Вторая, заключительная часть материала рассматривает рекомендации, касающиеся обязанностей арбитров, адвокатов, экспертов и третьих лиц, финансирующих арбитражный процесс, а также ведения арбитражного процесса.

Раздел 3 Кодекса: обязанности арбитров

ри разработке данного раздела членами рабочей группы под руководством испанского специалиста в области арбитража Альфонсо Гомес-Асебо были рассмотрены:

- законодательные, судебно-правовые и доктринальные источники в сравнительном праве;
- правила и рекомендации основных арбитражных институтов;
- основные документы, содержащие руководящие принципы по этому вопросу, в том числе Международный кодекс этики международных судей Международной ассоциации юристов (IBA) 1987 года, Этический кодекс Американской арбитражной ассоциации 2004 года, Руководство IBA по конфликтам интере-

сов в международном арбитраже 2004 года, Руководство Королевского института арбитров (CIArb) по интервью с кандидатами в арбитры 2007 года и их пересмотр в 2016 году, Рекомендации СЕА относительно независимости и беспристрастности арбитров 2008 года, версия 2014 года Руководства IBA по конфликтам интересов в международном арбитраже и Руководства по раскрытию информации, которое Международный арбитражный суд Международной торговой палаты (ІСС) включил в свою Справку для сторон и состава арбитража по ведению арбитражного процесса согласно Арбитражному регламенту ІСС (в версии 2016 года и более поздних).

Большая часть рекомендаций Кодекса в значительной степени совпадает с уже существующими предложениями других организаций. Однако некоторые рекомендации отличаются

¹ Галина Жукова также является ассоциированным профессором Версальского университета и Рижской высшей школы права, член Международного арбитражного суда ICC и Испанского арбитражного клуба. Автор выражает особую благодарность Юлии Полякиной (YP Consulting) за помощь в подготовке этой статьи.

от ранее сделанных — это объясняется стремлением Клуба содействовать развитию все более высоких стандартов прозрачности в арбитраже.

Рекомендации включают положения в отношении:

1. Беспристрастности и независимости арбитров (ст. 69—73), то есть качеств, которые «требуют, чтобы арбитр имел волю и способность выполнять свою роль без фаворитизма по отношению к любой из сторон и чтобы арбитр сохранял объективную дистанцию от сторон спора и других лиц, участвующих в арбитраже» (ст. 70).

Требование таковых качеств относится ко всем арбитрам, «включая тех, которые назначаются стороной в одностороннем порядке, если только стороны не договорились об ином» (ст. 72). В отношении последних Кодекс отмечает, что они «не имеют особой обязанности или функции обеспечивать адекватное понимание требований назначившей их стороны остальными членами состава арбитража или какой-либо другой обязанности или особой функции в отношении требований, выдвинутых назначившей их стороной, если только стороны не договорились об ином» (ст. 73).

- 2. Обстоятельств, при которых арбитр должен воздержаться от назначения (ст. 74—77), например, если:
 - «а) кандидат или арбитр является сотрудником, руководителем или администратором любой из сторон;
 - b) кандидат или арбитр работает в юридической фирме, адвокаты которой представляют одну из сторон;
 - с) кандидат или арбитр является близким родственником одной из сторон, или ее сотрудника, руководителя или администратора, или одного из адвокатов сторон;
 - d) кандидат или арбитр имеет значительный интерес в исходе арбитража; е) кандидат или арбитр консультиру-

ет или консультировал любую из сторон в отношении предмета спора в арбитраже;

f) кандидат или арбитр находится в тесных дружеских отношениях или в явной вражде с одной из сторон или с одним из их адвокатов, представляющим интересы стороны в арбитражном процессе» (ст. 77).

3. Обязанности раскрытия информации (ст. 78—84). В частности, кандидат в арбитры «не должен просить у сторон общего отказа от требования соблюдения обязанности раскрытия информации о будущих обстоятельствах» (ст. 83).

Чтобы помочь кандидатам и арбитрам выполнить свои обязанности по раскрытию информации, Кодекс приводит неисчерпывающий перечень из 31 (!) вопроса, которые следует учитывать при оценке наличия обстоятельств, подлежащих раскрытию. Вопросы, на которые кандидат или арбитр отвечают утвердительно, как правило, указывают на необходимость раскрытия.

Такие вопросы касаются связей между кандидатом в арбитры (и зачастую его фирмой) и сторонами, адвокатами сторон, другими арбитрами и другими лицами, причастными к арбитражному разбирательству (с третьими сторонами, финансирующими арбитраж, свидетелями, экспертами и арбитражным институтом). Отдельно стоит отметить, что согласно рекомендациям Кодекса подлежит раскрытию целый ряд фактов, имевших место в течение последних 10 лет, тогда как в Руководстве ІВА по конфликтам интересов в международном арбитраже этот период составляет три года.

4. Обязанности выяснить возможные конфликты интересов, что позволит кандидату в арбитры воздержаться от принятия назначения или же, в случае уже работающего над делом арбитра, раскрыть необходимую информацию сторонам

- и другим участникам процесса (ст. 85—86). Знаменательно, что «для этих целей кандидат в арбитры и фирма, к которой он принадлежит, в принципе считаются одним и тем же лицом. Однако выяснение информации о прошлых отношениях фирмы может разумно исключать период времени, когда кандидат лично не участвовал в этих отношениях» (ст. 86).
- 5. Запрета общения *ex parte* между арбитром и сторонами (ст. 87-91), который действует с момента рассмотрения лица в качестве кандидата в арбитры до завершения арбитражного процесса. Исключением являются случаи, когда сторона (или ее адвокат) намеревается назначить данного кандидата в качестве арбитра. Содержание такого рода коммуникаций должно быть ограничено информацией о сторонах (имена/названия) и их адвокатах, проверкой у кандидата наличия необходимого времени для ведения процесса, консультацией о квалификациях кандидата и предоставлением кандидату краткого и общего описания дела (ст. 88).
- 6. Гонораров и расходов (ст. 92–94).
- 7. Административного секретаря (ст. 95–98).
- 8. Взаимодействия арбитража и медиации (ст. 99—101). В частности, «арбитр не должен выражать свое предварительное мнение о вероятности успеха или провала какого-либо требования сторон в арбитраже, кроме как если все стороны это разрешат» (ст. 99), «арбитр не может выступать в качестве медиатора в том же споре, кроме как если все стороны это разрешат» (ст. 100).
- 9. Конфиденциальности арбитражного процесса (ст. 102—104). Подчеркивается, что обсуждения состава арбитража должны быть секретными и что обязанность соблюдения секретности продолжается и после прекращения арбитражного процесса (ст. 102). Тем не менее арбитр вправе публиковать анонимный список

разбирательств, в которых он принимал участие, с указанием:

- «а) общего упоминания типологии сторон (например, общество, юридическое или физическое лицо);
- b) национальности или географического происхождения сторон;
- c) типа арбитража институционального или ad hoc;
- *d) имен остальных арбитров и адвока- тов*;
- е) сектора или отрасли спора;
- f) права, подлежащего применению при решении спора по существу;
- д) места и языка арбитража;
- h) находится ли арбитражное дело на рассмотрении или уже закрыто» (ст. 104).

Раздел 4: обязанности адвокатов

Кодекс исходит из того, что в арбитражных процессах стороны представлены адвокатами. Зачастую, особенно в международных арбитражных процессах, адвокаты должны соблюдать правила этики (деонтологии) адвокатских коллегий разных стран/штатов/городов. Например, могут быть применимы правила профессиональной этики адвокатской коллегии места арбитража, а также места, где физически проводятся слушания. Предложенные Кодексом рекомендации стремятся отразить минимальные общепринятые стандарты профессиональной этики.

Наиболее важными ресурсами, использованными при разработке данного раздела, были:

- регламенты и протоколы ведущих национальных и международных арбитражных судов;
- руководящие принципы и рекомендации, выпущенные ведущими национальными и международными организациями: Руководящие принципы IBA по представительству сторон в международном арбитраже, утвержденные 25 мая 2013 года; Рекомендации СЕА относительно независимости и беспри-

страстности арбитров, принятые 23 октября 2008 года; Туринские принципы профессионального поведения юристов в XXI веке, подготовленные Международным союзом юристов и подписанные 27 октября 2002 года;

• Кодекс этики испанских юристов, выпущенный 1 января 2003 года, и Кодекс этики европейских юристов, утвержденный 28 октября 1988 года.

Рекомендации Клуба, адресованные адвокатам, включают в себя положения:

- 1. Об общих принципах порядочности (integridad (исп.), integrity (англ.)) и добросовестности (ст. 105–107). Кодекс, например, предписывает адвокатам делать все возможное, чтобы разбирательство проводилось оперативно и эффективно.
- 2. О назначении (найме) адвокатов (ст. 108—112): «Стороны должны указать всех адвокатов, которые их консультируют. Раскрытие должно быть сделано как можно скорее после найма адвокатов с указанием их имени и адреса, а также с приложением их доверенности» (ст. 109). Очевидно, что целостность процесса нарушается при следующих обстоятельствах: если сторона, которая заменяет своего представителя, действует с целью затянуть процесс или злоупотребляет оным или в случае конфликта интересов между новым адвокатом и любым из арбитров (ст. 112).
- 3. О запрете устной и письменной тайной коммуникации с арбитром для обмена информацией, связанной с арбитражным процессом (ст. 113—114);
- 4. Об обязательстве действовать добросовестно (ст. 115—129), что предполагает: достоверность заявляемых фактов: «Адвокат должен воздерживаться от дачи заведомо ложных утверждений о фактах как в своих письменных, так и в устных заявлениях» (ст. 115); «Это обязательство имеет усилен-

ный характер при рассмотрении дела

в ускоренном или упрощенном порядке, например в случае принятия предупредительных мер или в случае неисполнения обязательств контрагентом» (ст. 116);

«В случае если представитель стороны обнаружит, что он сделал ложные утверждения о фактах, он должен проинформировать другую сторону о создавшейся ситуации и о своем обязательстве исправить ее» (ст. 117); обоснованность правовых доводов: «Адвокат должен воздерживаться от осознанного цитирования несуществующих правовых доводов или искажения их истинного значения посредством неполных или необъективных ссылок» (ст. 118);

достоверность доказательств:

«Адвокат должен воздерживаться от сотрудничества или участия, прямо или косвенно, в создании или предоставлении ложных доказательств» (ст. 120);

предоставление документов:

«Адвокат должен проинформировать своего клиента до того, как можно разумно предположить инициирование возможного спора, об обязанности не уничтожать документы, которые находятся во владении или под контролем клиента и могут иметь отношение к спору» (ст. 122);

- «Адвокат должен проинформировать своего клиента об обязательстве предоставить документы, запрошенные или приказанные к предоставлению арбитрами, и о последствиях нарушения этого обязательства» (ст. 123);
- «В связи с запросами о предоставлении документов адвокат должен воздержаться от того, чтобы:
 - а) формулировать запросы в корыстных целях или сообщая заведомо ложные факты;
 - b) возражать на запросы противо-

- положной стороны, сообщая заведомо ложные факты;
- с) обосновывать непредоставление определенных документов, сообщая заведомо ложные факты» (ст. 125).
- 5. О конфиденциальности (ст. 130—131). Согласно Кодексу (ст. 130), адвокат должен сохранять конфиденциальность информации, которая стала ему известна в ходе арбитражного разбирательства. Эта информация включает в себя письменные заявления сторон, предоставленные доказательства, любое мировое соглашение, которого стороны достигают в отношении предмета спора, а также постановления состава арбитража и вынесенные арбитражные решения.

Как и в случае с арбитрами, обязанность соблюдения конфиденциальности не препятствует тому, чтобы адвокат публиковал анонимный список разбирательств, в которых он принимал участие (ст. 131, аналогично ст. 104, см. выше).

- О мерах, которые могут принять арбитры в случае несоблюдения адвокатом своих обязанностей, например:
 - «а) выносить адвокату предупреждение в письменной или устной форме;
 - b) делать отрицательные выводы при оценке доказательств;
 - с) учитывать поведение адвоката при распределении расходов между сторонами арбитражного процесса;
 - d) доводить факты до сведения профессиональных ассоциаций (таких как, например, арбитражные коллегии), членом которых является адвокат, для обеспечения ответственности согласно применимым правилам профессиональной этики» (ст. 132).

Раздел 5: обязанности экспертов

Споры, разрешаемые путем арбитража, становятся все сложнее в юридическом, техническом и финансовом отношении. Участие в арбитраж-

ных процессах экспертов, назначаемых сторонами (и — хоть и в значительно меньшей степени — арбитрами), стало обычным явлением. По замыслу авторов данного раздела Кодекса, предлагаемые рекомендации должны содействовать укреплению объективности и независимости суждений экспертов, увеличению доказательной ценности экспертизы и большей эффективности процесса. Предложенные рекомендации адресованы как экспертам, назначенным сторонами, так и экспертам, назначенным арбитрами.

Наиболее важными ресурсами, использованными при разработке данного раздела, были:

- руководящие принципы, регулирующие участие экспертов в арбитражном процессе: Правила IBA о практике доказывания в международном арбитраже, утвержденные 29 мая 2010 года, Протокол об использовании назначенных сторонами свидетелей-экспертов в международном арбитраже CIArb и Регламент ICC об экспертах, принятый 1 февраля 2015 года;
- национальные законы, регулирующие, хотя и не детально, функции экспертов;
- доктрина с анализом обязанностей экспертов в арбитражном процессе;
- различные правила, установленные арбитражными институтами.

Так, например, Кодекс:

- рекомендует экспертам действовать объективно и независимо (ст. 133—136). Для этого необходимо, «чтобы эксперт обладал волей и способностью выполнять свои функции в соответствии с истиной и включал в свой отчет как те аспекты, которые благоприятствуют, так и те, которые наносят ущерб назначившей его стороне, и чтобы эксперт сохранял объективную дистанцию между стороной, которая его назначила, и другими лицами, участвующими в арбитраже» (ст. 134);
- исключает зависимость гонораров от исхода арбитража (ст. 135, 151);
- вменяет экспертам в обязанность раскрывать арбитрам и сторонам любые обстоятельства, которые могут поста-

вить под угрозу их независимость, беспристрастность или объективность (ст. 139—145). Чтобы помочь экспертам выполнять свои обязанности по раскрытию информации, Кодекс приводит неисчерпывающий перечень вопросов, которые следует учитывать при оценке обстоятельств, которые должны быть раскрыты (ст. 145).

Раздел 6: обязательства относительно финансирования

Наиболее важными ресурсами, использованными при разработке данного раздела, являлись:

- Кодекс поведения спонсоров судебных процессов, опубликованный Ассоциацией спонсоров судебных процессов Англии и Уэльса в январе 2018 года;
- Отчет рабочей группы ICCA Queen Магу по финансированию в международном арбитраже третьими сторонами (глава 7 «Принципы наилучшей практики»), утвержденный в апреле 2018 года;
- Свод практических правил для финансирования третьими сторонами Гонконга, принятый в декабре 2018 года.

Главная задача данного раздела — установить и закрепить обязанность раскрытия информации об участии в процессе третьих сторон, финансирующих арбитражный процесс, а также объем раскрываемой информации, чтобы гарантировать и защитить независимость и беспристрастность арбитров. На данный момент рекомендация ограничивается обязанностью раскрытия информации о существовании и личности финансирующей стороны, не затрагивая право арбитров запрашивать у сторон любую дополнительную информацию, имеющую отношение к делу: «Любая сторона, которая получила средства или какой-либо вид финансирования от третьей стороны, связанной с исходом арбитража, должна проинформировать об этом арбитров и противоположную сторону не позднее, чем в своем исковом заявлении, и предоставить информацию о том, кто является таковой третьей стороной» (ст. 154).

Раздел 2: арбитражный процесс

Как следует из названия, второй раздел Кодекса посвящен собственно процессу третейского разбирательства. Для выявления аспектов, подлежащих пересмотру в версии Кодекса 2005 года, при разработке новой версии были проанализированы следующие документы:

- регламенты основных национальных и международных арбитражных институтов;
- Типовой закон и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже;
- доктринальные работы по вопросам арбитражного процесса.

Основные рекомендации Клуба состоят в том, чтобы все арбитражные институты приняли регламент, соответствующий типовому регламенту, а пользователи арбитражных услуг применяли типовое арбитражное соглашение, адаптируемое согласно пожеланиям и необходимостям сторон в каждом конкретном случае (ст. 65 и 67). Предлагаемые типовой регламент и типовое арбитражное соглашение содержатся в приложениях А и В. Если институт принимает данный типовой регламент с изменениями, Кодекс рекомендует четко оговорить их, чтобы избежать случайных ошибок со стороны пользователей (ст. 66). В Кодексе также приводится ряд соображений, которые должны приниматься во внимание сторонами при разработке текста арбитражного соглашения - в частности, необходимость учитывать, находится ли предлагаемое место арбитража в стране, являющейся членом Нью-Йоркской конвенции 1958 года, и использовать только один язык в качестве языка арбитража.

Заключение

Как и в случае раздела Кодекса, посвященного арбитражным институтам, рассмотренные в данном выпуске разделы также предлагают ряд рекомендаций революционного характера. Среди них особо следует отметить рекомендации, ко-

торые четко оговаривают, что нет и не может быть никаких различий в роли арбитра в зависимости от того, назначен он непосредственно стороной или нет; наложен запрет на запрос сторонам освободить арбитра от раскрытия информации о фактах и факторах, которые могут произойти уже после назначения арбитра. Дана рекомендация о раскрытии информации о фактах, имевших место в течение 10 лет, предшествующих назначению, — в противоположность классическому периоду в три года, установленному Правилами ІВА. Прописаны обязанность адвокатов не пре-

доставлять заведомо ложную информацию и возможные санкции за таковые действия, включая сообщение о таком поведении в арбитражные коллегии.

Несмотря на амбициозность Кодекса, трудно не согласиться с этической оценкой предлагаемых рекомендаций. Хочется пожелать, чтобы они нашли свое практическое применение уже в ближайшие годы, а не через десятилетия. В том, что описанные рекомендации неизбежно будут реализованы, раньше или позже, у автора сомнений нет.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION CONFERENCES











6 декабря 2019 Москва Марриотт Новый Арбат

Управление юридической фирмой

13-я Ежегодная конференция IBA «Управление юридической фирмой» – уникальная площадка для обсуждения проблем юридического бизнеса, объединяющая юристов из разных стран мира. Для партнеров юридических фирм – это возможность познакомиться с опытом коллег, узнать о последних мировых трендах и завязать новые деловые знакомства.

Темой конференции по Управлен<mark>ию юридической ф</mark>ирмой в 2019 году выбрана "Что происходит с юридически<mark>ми ф</mark>ирмами на рынке в 2<mark>1 ве</mark>ке?".

Вопросы для обсуждения:

- 10 поводов поволноваться. Что беспокоит управляющих партнеров?
- Рыночные тренды. Куда направились лидеры?
- Взгляд извне. Рынок юридических услуг глазами клиентов? Что на самом деле нужно клиентам и что им совсем не нравится?
- Сколько вешать в граммах?! Современные финансовые модели и их структуры расходов и доходов. В чем именно измеряется успех юридической фирмы?
- Уже не виртуальность. Искусст<mark>венные юристы пр</mark>отив настоящих.
- Не халявщик, а партнер. Тормозят ли действующие модели партнерства развитие фирм и инновации?
- В однобортном уже никто не воюет! Современные лидеры успешных юрфирм иконы стиля, законодатели привычек, пример для подражания или...?

Сопредседатели конференции:

- Аку Сорайнен, Sorainen, Таллин;
- Владислав Забродин, Capital Legal Services, Москва, член комитета IBA по социальному развитию.

Официальный сайт: www.iba-lfm.ru

По вопросам участия и регистрации: https://iba-lfm.ru/registration/ или alexandra.brichkovskaya@arbitrations.ru

ВЛИЯНИЕ РОССИЙСКО-УКРАИНСКОГО КОНФЛИКТА НА ФОРМИРОВАНИЕ ПРАКТИКИ ПО ПРИЗНАНИЮ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В РОССИИ, УКРАИНЕ И КАЗАХСТАНЕ

Юристы Baker McKenzie



Ксения Погружальская Киев



Екатерина Ерова Москва



Алиса Иншакова Алматы

ложные российско-украинские отношения, безусловно, повлияли на формирование судебной практики обоих государств. Теперь, рассматривая дела, затрагивающие интересы одновременно и российских, и украинских юридических лиц, суды вынуждены применять правовые принципы экономического оборота с учетом так называемого санкционного законодательства и давать оценку обстоятельствам дел через призму политических ограничений.

Сложившаяся ситуация также в значительной степени определила формирование судебной практики в делах о признании и приведении в исполнение арбитражных решений, сторонами которых являются субъекты российского и украинского права. Следует отметить, что судебная практика по таким делам в обеих юрисдикциях является неоднозначной.

В данной статье мы проанализируем некоторые примеры практики судов Российской Федерации, Украины и Республики Казахстан в делах о признании таких арбитражных решений.

Противоречия в практике судов Российской Федерации Является ли сделка крупной?

С 2017 года юридическое сообщество следит за развитием тренда в практике признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, который ярко обозначился после принятия ряда однотипных определений Арбитражным судом г. Москвы¹. В них суд отказал в признании и приведении в исполнение международных арбитражных и иностранных решений, ссылаясь на то, что арбитры не исследовали документы, подтверждающие одобрение договора, из которого возник спор, на предмет того, была ли эта сделка крупной для одной из сторон. В отсутствии такого анализа судьи увидели нарушение публичного порядка РФ.

Было высказано мнение, что данный подход применяется российскими судами в отношении украинских кредиторов, пытающихся взыскать долг с российских компаний. К сожалению, на сегодняшний день ситуация не улучшается, что вызывает беспокойство у практикующих юристов. Суды демонстрируют такое применение норм права, которое противоречит разъяснениям Высшего арбитражного суда РФ по этому вопросу.

 $^{^1}$ Определения Арбитражного суда г. Москвы от 7 июля 2017 года по делу № А40-77410/2017, от 20 июля 2017 года по делу № А40-77427/17, от 23 июня 2017 года по делу № А40-4681/2017, от 26 июля 2017 года по делу № А40-77402/2017 и от 26 июля 2017 года по делу № А40-4667/2017.

В 2013 году ВАС РФ в Информационном письме № 156 констатировал, что под публичным порядком понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства.

В п. 8 этого же письма ВАС РФ сформулировал позицию о том, что «несоблюдение иностранным юридическим лицом порядка одобрения крупных сделок, предусмотренного его личным законом, не свидетельствует о противоречии публичному порядку Российской Федерации признания и приведения в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения, вынесенного по требованию, основанному на неисполнении контрагентом такой сделки». Подход ВАС РФ выглядит логичным, поскольку и одобрение крупной сделки, и признание ее недействительной в связи с отсутствием одобрения находится в сфере компетенции должника и его акционеров, а не кредитора. В данном контексте речь может идти о нарушении самим должником порядка одобрения сделки в соответствии с его личным законом, но никак не о нарушении фундаментальных правовых начал РФ.

Вместе с тем количество судебных актов, в которых суды одновременно ссылаются на позицию высшей судебной инстанции и тут же ее игнорируют, продолжает расти. Из определения в определение копируется один и тот же параграф: «Из содержания решения не усматривается, что [арбитраж, суд] исследовал документы, подтверждающие одобрение вышеуказанного договора как крупной сделки и в материалы настоящего дела таких доказательств не представлено, кроме того, в решении не исследован вопрос о наступлении неблагоприятных последствий для [единственного учредителя, акционера] общества, в связи с чем, признание и приведение в исполнение такого решения будет противоречить публичному порядку Российской Φ едерации»². Эту цитату можно найти во множестве судебных актов³, и все они оставлены в силе вышестоящими инстанциями.

Ответ на вопрос, по какой причине судом предлагается подобное применение норм права, находится за пределами юридической плоскости. При более тщательном изучении судебных актов складывается впечатление, что отказные определения выносятся в отношении заявлений украинских кредиторов, которые получили решения о взыскании задолженности с российских должников, в частности, в МКАС при ТПП Украины, Хозяйственном суде Харьковской области, Хозяйственном суде г. Киева.

В отношении иных арбитражных институций или государственных судов столь массовых отказов в признании и приведении в исполнение решений на основании масштаба сделки не наблюдается. Например, можно сослаться на постановление ФАС Московского округа от 23 августа 2013 года по делу № А40-16783/13-52-177 (решение Лондонского международного третейского суда, LCIA) и постановление Арбитражного суда Московского округа от 22 декабря 2017 года по делу № А40-244188/16 (решение Международного арбитражного суда при Международной торговой палате, ІСС). Хотя в них должники ссылались на отсутствие одобрения договора как крупной сделки, госсуды, придерживаясь позиции, изложенной ВАС РФ, не нашли нарушения публичного порядка РФ.

И практикующим юристам, и судьям хорошо известно, что оценка арбитражным судом последствий исполнения иностранного судебного или арбитражного решения на предмет нарушения публичного порядка РФ не должна вести к его пересмотру по существу. Однако в вышеперечисленных отказных судебных актах, по сути, вынесенные решения были пересмотрены. Российский суд внедрился в сферу оценки обстоятельств спора и применимых норм права — сначала не согласившись с тем, как арбитры или судьи рассмотрели дело (не исследовали наличие одобрения, не дали этому оценку), а затем

 $^{^{2}}$ Неверная пунктуация формулировки сохранена. — Прим. ред.

 $^{^3}$ См., например, определения от 12 ноября 2018 года по делу № A40-221986/18, от 29 ноября 2019 года по делу № A40-221976/18, от 13 июня 2018 года по делу № A40-63575/18, от 6 июля 2018 года по делу № A40-77102/18, от 30 июля 2018 года по делу № A40-77123/18 и от 30 апреля 2019 года по делу № A40-64817/19.

придя к выводу, что последствия должны быть для акционеров должника неблагоприятными. При этом в результате отказа должник оказывается в выигрыше: он получил товар или услугу и не оплатил их, а суд встал на его сторону, освободив от уплаты долга.

Сроки

Стоит отметить и различный подход к оценке уважительности причин пропуска украинским кредитором срока обращения в российский государственный суд. Возьмем для примера определение от 28 ноября 2018 года по делу № А40-221992/18. В данном деле украинский кредитор обосновывал пропуск срока обращения вооруженным конфликтом на востоке Украины, из-за которого кредитор с 2014 года с трудом мог вести свою деятельность, ему было сложно попасть в свой офис и получить доступ к документам. Суд не признал данные причины уважительными и не восстановил срок. Государственные суды Казахстана в аналогичной ситуации признали указанные причины уважительными, восстановили срок и привели в исполнение решения МКАС при ТПП Украины.

Резюмируя вышеизложенное, следует признать, что до изменения взаимоотношений между странами не стоит ожидать от российских государственных судов другого подхода в отношении признания и приведения в исполнение решений, вынесенных украинскими арбитражами и судебными инстанциями. Однако практикующие юристы обязаны учитывать сегодняшние реалии для выработки эффективной стратегии по взысканию задолженности по решению международного арбитража и иностранного суда.

Практика судов Украины

Тенденции развития украинской судебной практики, напротив, весьма обнадеживающие. Так, рассматривая вопрос о признании и исполнении арбитражных решений в делах о взыскании средств с украинских должников в пользу российских кредиторов, Верховный суд (высший судебный орган Украины) высказался однознач-

но: включение кредитора (или связанного с ним лица) в «санкционные» списки, как и сложившаяся политическая ситуация, не могут служить основанием для отказа в признании арбитражного решения. И позиция Верховного суда в таких делах с течением времени остается неизменной.

Санкции не отменяют договоренностей

Приведем пример: в деле о признании решения МКАС при ТПП РФ от 2016 года по иску российского АО «Авиа-ФЭД-Сервис» к украинскому государственному авиастроительному предприятию ГАХК «Артем» (дело № 761/46285/16-ц в производстве украинских судов) суд первой инстанции отказал в признании и приведении в исполнение решения арбитража против украинского должника, поскольку конечными получателями средств по данному решению являются компании, которые подпадают под действие санкций. Суд отметил, что исполнение такого арбитражного решения будет противоречить санкционной политике Украины и существующим ограничениям, направленным на противодействие выведению капиталов за пределы Украины.

Верховный суд Украины отменил это решение, указав в постановлении от 5 сентября 2018 года, что сам по себе факт инкорпорации кредитора на территории государства, признанного Украиной агрессором, не может быть основанием для неисполнения договорных обязательств, а арбитражное решение не противоречит публичному порядку Украины: оно касается исключительно украинского должника как отдельного юридического лица и самостоятельного участника хозяйственных правоотношений. Поэтому такое решение распространяет свое действие только на такого должника, не посягая на независимость и территориальную целостность государства, конституционные права и свободы. Верховный суд указал, что необоснованный отказ в признании арбитражного решения будет являться своего рода блокировкой такого решения, искусственным нормативным барьером, что абсолютно недопустимо с точки зрения международного права.

Еще одним примером может служить дело об отмене решения МКАС Украины в деле по иску Czechoslovak Export Ltd. к украинскому ГП «Конотопский авиаремонтный завод "Авиакон"», которое было инициировано чешским должником в 2018 году (дело № 796/134/2018 в производстве украинских судов). Чешское юрлицо отмечало, что согласно решению арбитража с него была взыскана сумма штрафных санкций за неисполнение обязательств по поставке украинскому предприятию-кредитору запчастей для производства вертолетов. При этом арбитражный суд, по мнению чешской стороны, не учел, что неисполнение ею обязательств обусловлено тем, что единственным производителем таких запчастей является юридическое лицо в России, входящее в состав концерна, относительно которого украинским правительством введены санкции. Арбитражный суд, по словам Czechoslovak Export Ltd., должен был принять во внимание, что если бы компания исполнила свои обязательства по поставке, то контрагент приобрел бы товар в нарушение законодательства Украины.

Верховный суд (как и суд первой инстанции) в указанном деле посчитал аргументы должника о нарушении публичного порядка Украины ненадлежащими, отметив в своем постановлении от 10 января 2019 года, что обстоятельства, установленные арбитражным решением, касаются исключительно договорных правоотношений сторон и не имеют отношения к общественным, экономическим и социальным основам государства, а само решение арбитража не выходит за пределы договора между сторонами.

Другая интересная позиция высказана в продолжающемся сейчас деле о признании еще одного решения МКАС при ТПП РФ в споре по иску уже упомянутого российского АО «Авиа-ФЭД-Сервис» о взыскании средств с украинского государственного авиастроительного предприятия «Артем» (дело № 824/100/19 в производстве украинских судов).

Так, Киевский апелляционный суд (действующий в таких делах как суд первой инстанции) в своем определении от 6 сентября 2019 года отклонил аргументы о возможном нару-

шении публичного порядка исполнением решения в пользу лица, инкорпорированного «на территории государства-агрессора», и отметил, что установленные Украиной санкции не освобождают украинских должников от исполнения обязательств по заключенным хозяйственным договорам.

В то же время суд указал, что санкции носят временный характер, а потому их применение хотя и не освобождает от исполнения обязательств, однако может служить основанием для отсрочки или приостановления исполнения соответствующего решения арбитража. При этом приостановление исполнения или воздержание от принудительных мер взыскания средств относятся к компетенции исполнительной службы, а для суда применение санкций не основание для непризнания решения арбитража. Указанное решение Верховным судом пока не пересматривалось.

Таким образом, на фоне сложной политической обстановки украинские суды демонстрируют взвешенный подход, оценивая возможность нарушения публичного порядка вследствие признания арбитражных решений в пользу кредиторов, к которым тем или иным образом применяются санкции. Основным посылом в данном случае является то, что санкции носят временный характер и не должны препятствовать признанию арбитражных решений (хотя и могут влиять на их исполнение).

Анализ существующей практики украинских судов позволяет сделать вывод о том, что, несмотря на существующую политическую ситуацию, барьеров на пути к признанию в Украине арбитражных решений в пользу российских кредиторов не создается.

Практика судов Казахстана

Для казахстанской судебной практики сложившаяся политическая ситуация интересна тем, что суды, не выражая предубежденности или предвзятости в делах, каким-либо образом затрагивающих тему конфликта на востоке



War in Ukraine by Tatyana Tkachuk on Flickr. CC license BY 2.0.

Украины, тем не менее признают данный конфликт как обстоятельство, препятствующее осуществлению права на обращение в суд.

Так, определениями Специализированного экономического суда г. Алматы от 5 декабря 2018 года по делу № 7527-18-3-12/476, от 12 декабря 2018 года по делу № 7527-18-3-12/540, от 4 апреля 2019 года по делу №7527-19-3-12/118 удовлетворены ходатайства взыскателя о восстановлении пропущенного процессуального срока для подачи заявления о принудительном исполнении арбитражных решений, вынесенных МКАС при ТПП Украины. Взыскатель, в частности, указал, что в связи с вооруженным конфликтом и боевыми действиями на территории Донецкой и Луганской областей Украины, а также последующим проведением антитеррористической операции на данной территории его хозяйственная деятельность на территории г. Донецка была полностью парализована на протяжении нескольких лет. Взыскатель не мог получить доступ к месту осуществления деятельности и к документации, поэтому не мог обратиться в суд.

В Казахстане порядок признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений достаточно либерален по сравнению с другими юрисдикциями. Решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан при наличии международного договора. Таким договором является Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год), к которой Казахстан присоединился 4 октября 1995 года⁴.

В случае если решение иностранного арбитража не исполнено добровольно в установленные сроки, сторона арбитражного разбирательства, в пользу которой вынесено решение, вправе обратиться с заявлением о его принудительном исполнении в суд по месту нахождения должника либо по месту нахождения имущества должника (если место нахождения должника неизвестно).

Перечень документов, которые необходимо приложить к заявлению согласно ст. 503 Гражданского процессуального кодекса Республики Казахстан (ГПК РК), соответствует требованиям

⁴ Указ Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 г. № 2485 «О присоединении Республики Казахстан к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года».

ст. 4 Конвенции и включает должным образом заверенный подлинник арбитражного решения или должным образом заверенную его копию, подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную его копию. Если арбитражное решение или арбитражное соглашение составлены на иностранном языке, необходимо представить заверенный перевод документов на казахский или русский язык.

В соответствии с той же ст. 503 ГПК РК заявление об исполнении арбитражного решения должно быть подано не позднее трех лет со дня окончания срока добровольного исполнения арбитражного решения. Пропуск установленного срока, наряду с непредставлением требуемых документов, является основанием для возвращения судом заявления без рассмотрения. Вместе с тем по ходатайству взыскателя суд вправе восстановить срок на подачу заявления об исполнении арбитражного решения, если найдет причины пропуска указанного срока уважительными.

В ГПК РК нет четких критериев для признания причин уважительными, поэтому суды действуют по своему усмотрению. На практике уважительными признаются причины, которые повлекли пропуск процессуального срока не по вине заявителя, — в частности, обстоятельства непреодолимой силы, к которым в законодательстве Казахстана относятся военные действия.

На них и сослался взыскатель в упомянутом выше деле, обосновывая пропуск срока для начала разбирательства. Казахстанская компания

-должник с данной позицией не согласилась. По ее мнению, взыскатель не представил доказательств продолжительности форс-мажорных обстоятельств. В частности, должник утверждал, что взыскателю следует предоставить справку Торгово-промышленной палаты Украины, подтверждающую начало и завершение (либо продолжение) военных действий на востоке страны. Суд посчитал такие требования необоснованными и поддержал доводы взыскателя о том, что ведение военных действий на территории Донецка может считаться общеизвестным обстоятельством, которое в силу ст. 76 ГПК РК не подлежит доказыванию.

Должник обжаловал определения Специализированного экономического суда г. Алматы в вышестоящей инстанции. Однако апелляционный суд поддержал выводы нижестоящего суда и оставил определения без изменения. Таким образом, срок на подачу заявления об исполнении арбитражных решений был восстановлен судом, а решения, вынесенные МКАС при ТПП Украины, были признаны и приведены в исполнение.

Полагаем, что сформулированная судом позиция в отношении признания военных действий на востоке Украины в качестве уважительной причины для пропуска процессуального срока, а также в качестве общеизвестного обстоятельства, не подлежащего доказыванию, является судебным прецедентом, на который можно ссылаться в спорах между казахстанскими и украинскими компаниями.

ИСПОЛНИМОСТЬ АРБИТРАЖНЫХ СОГЛАШЕНИЙ В СЛУЧАЕ БАНКРОТСТВА СТОРОНЫ СПОРА: КУДА ДВИЖЕТСЯ СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА?



Константин Антонюк младший юрист Baker McKenzie

Капитализм без банкротства — все равно что христианство без преисподней.

Фрэнк Борман, американский астронавт и бизнесмен

Введение

Не секрет, что в последние несколько лет российская экономика переживает довольно серьезные испытания. Целые отрасли промышленности лихорадит вслед за политическими потрясениями, крупнейшие игроки рынка выходят из российских активов¹, а многие флагманы вчерашнего дня объявляют о банкротстве².

Негативные явления экономики неизбежно сказываются на праве и юридической практике: за последние несколько лет банкротная нагрузка на суды увеличивается (существенно выросла удельная доля споров по делам о банкротстве среди споров, которые рассматриваются арбитражными судами). В целом банкротная тематика все чаще фигурирует в повестке дня юристов³. Даже в таких, казалось бы, далеких от банкротства еще в недавнем прошлом сферах, как семейное и наследственное право, активно развивается банкротный элемент⁴. Не обошла эта тенденция последних лет и международный арбитраж. В частности, затрагивается исполнимость арбитражных (третейских) соглашений в случае банкротства стороны.

¹ Hanpumep, yxoд General Motors из России, широко освещавшийся в прессе. URL: https://www.rbc.ru/ins/business/18/03/2015/55099ce89a79475a0ff759d1.

² Например, банкротство БТА-Банка, URL: https://www.rbc.ru/business/07/06/2017/59377fad9a79477c5e669921; Межпробанка, URL: https://rapsinews.ru/arbitration/20171229/281496869.html; группы JFC, URL: https://www.kommersant.ru/doc/3780745; «Трансаэро», URL: https://www.kommersant.ru/doc/3780745; «Трансаэро», URL: https://www.bbc.com/russian/features-47416860.

³ URL: https://pravo.ru/story/209019/?desc_emb=.

 $^{^4}$ Постановление пленума Верховного суда РФ от 25 декабря 2018 года № 48 «О некоторых вопросах, связанных с особенностями формирования и распределения конкурсной массы в делах о банкротстве граждан».

Исторически в российской юридической практике выделялось две ситуации, в которых суды оценивали возможность передать спор, связанный с банкротом, в третейский суд.

В первом случае речь идет о ситуации, в которой банкрот выступает ответчиком. Многие правопорядки признают, что такие споры, за некоторыми исключениями, не могут быть предметом арбитражного разбирательства, то есть являются неарбитрабельными⁵. В России такое ограничение арбитрабельности установлено в п. 1 ч. 6 ст. 27 АПК РФ.

Во втором случае банкрот выступает не ответчиком, а истцом. Например, у банкрота-истца могут быть дебиторы, не рассчитавшиеся с ним за товары, работы и услуги. Взыскивая дебиторскую задолженность с таких лиц, банкрот-истец предъявляет свои требования вне рамок дела о банкротстве⁶. На первый взгляд, банкротный статус истца не будет влиять на исполнимость арбитражного (третейского) соглашения, поскольку подобные дела не охватываются п. 1 ч. 6 ст. 27 АПК Р Φ , так как не являются делом о банкротстве. Однако исполнимость арбитражного соглашения может быть осложнена тем, что у банкрота, в силу его несостоятельности, не будет средств на оплату арбитражных расходов, а рассматривать дело (а значит, исполнять арбитражное соглашение сторон) бесплатно арбитры вряд ли будут.

Отметим, что иностранные правопорядки по-разному относятся к этому вопросу. В частности, в Англии и Швеции неоплата третейского сбора (арбитражных расходов) не влечет недействительности и неисполнимости арбитражного соглашения, наличие которого, по общему пра-

вилу, препятствует банкроту обратиться с иском в государственный суд. В то время как в Германии, США и Финляндии отсутствие у банкрота возможности оплатить арбитражный сбор в ряде случае может открыть дорогу для разрешения спора в государственном суде⁷.

В России к настоящему моменту сложилась судебная практика, согласно которой тяжелое финансовое положение банкрота само по себе не свидетельствует о неисполнимости арбитражного соглашения, хотя и может привести к такому решению, если истец выполнит повышенный стандарт доказывания своей неплатежеспособности для оплаты арбитража.

Однако именно на исследовании финансового положения банкрота суды ставили точку в вопросе об исполнимости арбитражного соглашения. Сама по себе арбитрабельность споров по искам банкротов к своим должникам ранее не поддавалась сомнению. Напротив, и в российской доктрине⁸, и в судебной практике⁹ отмечалось, что признание истца банкротом и даже открытие конкурсного производства не свидетельствуют о недействительности или неисполнимости арбитражного соглашения.

Рассмотрим, в каком направлении движется судебная практика об исполнимости арбитражных соглашений для должника-банкрота.

Обзор судебной практики

Два года назад в деле ООО «Редиус-Т» против ООО «ГСЕ Красс» (далее — дело «Редиус Т») Верховный суд РФ высказался в пользу того, что факт тяжелого финансового положе-

⁵ «В общем виде арбитрабельность — это допустимость передачи спора на разрешение международного коммерческого арбитража» (Международный коммерческий арбитраж: Учебник / С. А. Абесадзе, Т. К. Андреева, В. Н. Ануров и др.; отв. ред. Т.А. Лунаева; науч. ред. О. Ю. Скворцов, М. Ю. Савранский, Г. В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. Вып. 9).

⁶ См. определение Верховного суда РФ от 27 марта 2015 года по делу № А41-20010/2014.

⁷С подходами иностранных правопорядков можно ознакомиться в письме Арбитражной Ассоциации в Верховный суд РФ от 29 июня 2017 года по делу № A56-13914/2016. URL: https://arbitration.ru/upload/medialibrary/693/amicus4.pdf.

§ Международный коммерцеский арбитраж: Учебинк / С. 4. Абесадзе Т. К. Андреева В. Н. Ануров и др.: отвернен.

⁸ Международный коммерческий арбитраж: Учебник / С. А. Абесадзе, Т. К. Андреева, В. Н. Ануров и др.; отв. ред. Т. А. Лунаева; науч. ред. О. Ю. Скворцов, М. Ю. Савранский, Г. В. Севастьянов. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. Вып. 9.

 $^{^9}$ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 3 сентября 2015 года по делу № A56-7520/2015, постановление ФАС Московского округа от 18 июля 2014 года по делу № A41-66081/13.

ния сам по себе не может свидетельствовать о неисполнимости арбитражного соглашения 10 . В российской юридической литературе ранее уже освещался подход, занятый Верховным судом 11 .

Обстоятельства дела «Редиус-Т» сводились к следующему. ООО «Редиус-Т» обратилось в Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (SCC) с иском к ООО «ГСЕ Красс» по договору, содержащему арбитражную оговорку. Вместе с просьбой об арбитраже компания «Редиус-Т» также попросила отсрочить уплату регистрационного сбора, сославшись на тяжелое финансовое положение. Арбитраж отклонил просьбу об арбитраже, поскольку Регламент Арбитражного института ТПС не предусматривает отсрочку оплаты регистрационного сбора. Не найдя поддержки в арбитраже, ООО «Редиус-Т» обратилось с иском к «ГСЕ Красс» в российский государственный суд.

По ходатайству ответчика суд первой инстанции оставил иск без рассмотрения на основании п. 5 ч. 1 ст. 148 АПК РФ, сочтя арбитражное соглашение действительным и исполнимым. После отмены судебного акта в апелляционной инстанции суд округа, а затем и Верховный суд оставили в силе судебный акт первой инстанции об оставлении иска без рассмотрения.

Верховный суд подтвердил позицию нижестоящих судов, отправивших истца в арбитраж, указав, что факт тяжелого финансового положения сам по себе не может свидетельствовать о неисполнимости арбитражного соглашения. Однако вместе с тем Верховный суд отметил, что при определенных обстоятельствах — например, в состоянии банкротства — тяжелое финансовое положение все-таки может стать препятствием для рассмотрения иска в арбитраже¹². В качестве примера подобных обстоятельств Верховный суд привел преднамеренное создание руководством компании тяжелого финансового положения истца, не позволяющего ему обратиться с иском в арбитраж.

К моменту рассмотрения дела «Редиус-Т» в практике российских государственных судов (преимущественно с 2016 года) уже сложилась противоречивая позиция по возможности передавать споры в арбитраж при тяжелом материальном положении истца. Одни суды не принимали аргумент о тяжелом финансовом положении истца в качестве обоснования неисполнимости арбитражного соглашения¹³, другие же, напротив, соглашались с истцами, возражавшими против передачи дела в арбитраж¹⁴.

В целом анализ судебной практики показывает, что до вынесения определения Верховно-

 $^{^{10}}$ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда $P\Phi$ от 12 июля 2017 года по делу № A56–13914/2016.

¹¹ Усоскин С. В. Отсутствие средств на оплату арбитража — не повод для игнорирования арбитражной оговорки, кроме крайне исключительных случаев. Комментарии экспертов (А. В. Козьменко, А. К. Калдыбаев, М. А. Кульков, Н. Петрик, Е. А. Трусова) // Третейский суд. — 2017. — № 3; Волгина В. А. Влияние нехватки денежных средств на исполнимость арбитражного соглашения // Опыты цивилистического исследования: сборник статей / И. И. Акимова, В. А. Волгина, А. А. Громов и др.; рук. авт. кол. и отв. ред. А. М. Ширвиндт, Н. Б. Щербаков. М.: Статут, 2019. Вып. 3; Муранов А. И. Факт тяжелого финансового положения стороны — коммерческой организации не может сам по себе свидетельствовать о неисполнимости арбитражного соглашения. Комментарий к определению Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ от 12 июля 2017 года № 307-ЭС17-640// Вестник экономического правосудия Российской Федерации. — 2017. — № 10.

¹² Примечательно, что OOO «Редиус Т» не находилось в состоянии банкротства во время рассмотрения дела. Согласно данным Федресурса, к нему также не было предъявлено заявление о признании банкротом.

 $^{^{13}}$ Например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 30 ноября 2016 года по делу № А40-133649/2016 и от 18 августа 2016 года по делу № А40-247482/2015, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 2 июня 2017 года по делу № А40-221950/16, от 2 мая 2017 года по делу № А40-9420/17 и от 10 февраля 2017 года по делу № А40-182654/16 и др.

¹⁴ Например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 2 марта 2017 года по делу № A40-150070/2016 и от 1 марта 2017 года по делу № A40-117090/2016, постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14 июня 2016 года по делу № A45-25363/2015 и др.

го суда по делу «Редиус-Т» большинство судов, практически 70%, отклоняли доводы истца о неисполнимости арбитражного соглашения ввиду его тяжелого финансового положения и признавали арбитражное соглашение исполнимым¹⁵. Можно также констатировать, что после появления позиции Верховного суда по делу «Редиус-Т» процентное соотношение дел, завершившихся оставлением иска банкрота к его контрагенту без рассмотрения, осталось примерно на том же уровне: 70—75%¹⁶.

При этом интересна аргументация истцов-банкротов в обоснование неисполнимости арбитражных соглашений на основе дела «Редиус-Т». В деле «Редиус-Т» суд упомянул буквально одной строкой, что состояние банкротства истца может быть основанием для вывода о неисполнимости арбитражного соглашения. Представляется, однако, что не всякое банкротство должно становиться основанием для вывода о неисполнимости арбитражного соглашения. Ведь у разных банкротов может быть разное имущественное положение — от «пустых» ком-

паний без какой-либо надежды на восстановление до компаний с активами и/или потенциальными инвесторами 17 . Кроме того, сами расходы на арбитраж могут быть различными — достаточно сравнить размеры гонораров арбитров в разных арбитражных институтах, начиная с российского МКАС при ТПП $P\Phi^{18}$.

Понимая это, перечислим основные доводы, выдвигающиеся сторонами в случае тяжелого финансового положения истца при рассмотрении вопроса об исполнимости арбитражного соглашения между истцом и ответчиком.

- 1. Доводы в пользу *неисполнимости* арбитражного соглашения:
 - отказ арбитража (третейского суда) в рассмотрении дела в связи с неуплатой регистрационного сбора до предъявления иска в государственный суд¹⁹ (хотя это и не является решающим фактором²⁰);
 - отсутствие в правилах арбитражного института возможности отсрочить оплату арбитражных расходов²¹;

¹⁵ В 11 из 16 решений суды высказались в пользу ответчиков, заявивших о рассмотрении спора в арбитраже.

 $^{^{16}}B~8~us~14$ решений суды высказались в пользу ответчиков, заявивших о рассмотрении спора в арбитраже.

¹⁷ Примечательны следующие примеры. Единственный собственник банка «Большая Волга» из подмосковной Дубны Олег Мартынов внес 13,3 млн руб. в конкурсную массу банка, в результате ACB рассчиталось со всеми кредиторами, URL: https://www.klerk.ru/bank/articles/65609/. Инвестор погасил 5,7 млрд руб. долга банкротящейся турзоны «Бирюзовая Катунь» в Алтайском крае, URL: https://politsib.ru/news/33916-bankrotstva-ne-budet-biruzovaa-katun-vyplatila-mnogomillionnyj-dolg. Саратовский предприниматель Шалва Сулаберидзе планирует полностью погасить долги банкротящегося Саратовского завода резервуарных металлоконструкций в размере более 1 млрд руб., URL: https://om-saratov.ru/novosti/24-august-2017-i52287-investor-nameren-pogasit-dol.

 $^{^{18}}$ К примеру, при сумме спора в 1 млн долл. рассмотрение спора в МКАС при ТПП РФ тремя арбитрами обойдется в 38 тыс. долл, в Венском международном арбитражном центре (VIAC) — в 96,5 тыс., а в Международном арбитражном суде ICC — в 141 тыс.

 $^{^{19}}$ Постановления Арбитражного суда Московского округа от 31 июля 2018 года по делу № A40-213660/2017, от 2 марта 2017 года по делу № A40-150070/2016, от 1 марта 2017 года по делу № A40-117090/2016 и от 28 февраля 2017 года по делу № A40-138188/2016, постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14 июня 2016 года по делу № A45-25363/2015.

 $^{^{20}}$ В качестве примеров, где суды не признавали арбитражное соглашение неисполнимым, несмотря на отказ третейского суда в рассмотрении дела без уплаты третейского и регистрационного сбора, см. определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 12 июля 2017 года по делу № А56-13914/2016, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 10 февраля 2017 года по делу № А40-182654/16, от 8 ноября 2016 года по делу № А40-113022/16 (аналогичные этому делу: постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 1 ноября 2016 года по делу № А40-113047/16, от 31 октября 2016 года по делу № А40-150030/16, от 28 октября 2016 года по делу № А40-103896/16).

 $^{^{21}}$ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31 июля 2018 года по делу № A40-213660/2017, постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 14 июня 2016 года по делу № A45-25363/2015. Однако некоторые суды отказывались учитывать это обстоятельство, поскольку стороны согласовали применение соответствующего регламента: см. постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10 февраля 2017 года по делу № A40-182654/16.

- существенный общий размер арбитражных расходов и иных связанных с арбитражем расходов, например оплата услуг юристов и экспертов и др.²²;
- сведения об отсутствии денежных средств на счетах истца²³ (однако суды отмечают, что сами по себе документы об остатке и движении денежных средств не являются надлежащими и бесспорными доказательствами невозможности оплатить арбитраж²⁴);
- сведения об активах и пассивах из бухгалтерского баланса истца (превышение имеющихся долгов над суммой его активов/имущества)²⁵;
- сведения о возбуждении исполнительных производств в отношении истца в связи с неисполнением им судебных актов в добровольном порядке²⁶;
- сведения о невозможности получения кредита на оплату арбитражных и иных связанных с арбитражем расходов (на-

- пример, отказы банков по заявлениям истца-банкрота о выдаче кредита) 27 .
- 2. Доводы в пользу *исполнимости* арбитражного соглашения:
 - необращение истца предварительно в арбитраж (третейский суд) с иском и, как следствие, недоказанность того факта, что третейский суд отказал бы в рассмотрении спора по мотиву неоплаты арбитражных расходов²⁸;
 - начальная стадия процедуры банкротства (наблюдение) и, как следствие, отсутствие установленной решением суда неплатежеспособности истца²⁹;
 - готовность ответчика или иного лица оплачивать расходы истца на арбитраж³⁰;
 - готовность ответчика уменьшить расходы на арбитраж (например, согласовать рассмотрение спора не тремя, а одним арбитром и др.)³¹;
 - возможность уступки требования по договору с арбитражным соглашением третьему лицу³²;

 $^{^{22}}$ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19 января 2018 года по делу № А81-4101/2016. 23 Постановления Арбитражного суда Московского округа от 31 июля 2018 года по делу № А40-213660/2017, от 28 марта 2018 года по делу № А40-125370/2017, от 2 марта 2017 года по делу № А40-150070/2016, от 1 марта 2017 года по делу № А40-117090/2016 и от 28 февраля 2017 года по делу № А40-138188/2016.

 $^{^{24}}$ Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № A40-88550/2019, от 12 апреля 2019 года по делу № A40-228417/18, от 18 октября 2018 года по делу № A40-69156/18 и от 6 февраля 2017 года по делу № A40-152234/16, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № A56-46142/2017.

²⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 2 августа 2019 года по делу № А40-16719/2019.

²⁶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31 июля 2018 года по делу № A40-213660/2017.

²⁷ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 31 июля 2018 года по делу № А40-213660/2017.

 $^{^{28}}$ Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 15 января 2018 года по делу № А65-10623/2017, постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19 января 2018 года по делу № А81-4101/2016, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 18 октября 2018 года по делу № А40-69156/18 и от 6 февраля 2017 года по делу № А40-152234/16, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № А56-46142/2017.

 $^{^{29}}$ Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № A40-88550/2019 и от 12 апреля 2019 года по делу № A40-228417/18, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № A56-46142/2017.

 $^{^{30}}$ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 сентября 2018 года по делу № A40-175297/2017, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № A40-88550/2019.

 $^{^{31}}$ Постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № A40-88550/2019 и от 12 апреля 2019 года по делу № A40-228417/18, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № A56-46142/2017.

 $^{^{32}}$ Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № А56-46142/2017, постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № А40-88550/2019, от 12 апреля 2019 года по делу № А40-228417/18 и от 8 ноября 2016 года по делу № А40-113022/16 (аналогичные этому делу: постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2016 года по делу № А40-150030/16 и от 28 октября 2016 года по делу № А40-103896/16).

 наличие активов, которые можно реализовать для оплаты будущих арбитражных расходов истца³³.

Суды учитывают стадию банкротства истца, однако это не является решающим фактором при выявлении тяжелого финансового положения для целей неисполнимости арбитражного соглашения. В частности, уже после вынесения решения по делу «Редиус-Т» суды удовлетворяли ходатайство о передаче спора в арбитраж как на стадии наблюдения истца³⁴, так и на стадии конкурсного производства³⁵.

Анализ судебной практики показывает, что истцу, как правило, сложно доказать действительную невозможность обращения с иском в арбитраж в связи с нехваткой денежных средств. Особенно сложно выполнить стандарт доказывания, когда истец предварительно не обращался с иском в арбитраж и/или ответчик представляет доказательства в пользу возможности найти средства на арбитраж либо готов пойти на уступки и сократить арбитражные расходы истца (например, уменьшив количество арбитров, авансировав часть расходов и т.д.). Таким образом, нехватка денежных средств у истца на инициирование арбитража хоть и может препятствовать направлению дела из государственного суда в арбитраж, однако не является самодостаточным доказательством невозможности обратиться в арбитраж в соответствии с арбитражным соглашением. В этом позиция судов после дела «Редиус-Т» достаточно единообразна.

Однако отдельные суды пошли дальше и поставили исполнимость арбитражного соглашения в зависимость от самого факта нахождения истца в процедуре банкротства, то есть в зависимость от его банкротного статуса, вынеся за скобки вопрос наличия у истца имущества для оплаты расходов, связанных с арбитражем.

В частности, существует мнение, что банкротство — это публичная процедура, в деле о банкротстве назначается арбитражный управляющий, который действует в интересах кредиторов, должника и общества. Таким образом, все, что происходит с банкротом, может затрагивать интересы третьих лиц, прежде все кредиторов должника-банкрота³⁶.

Концентрация публичных элементов уже давно стала краеугольным камнем для отнесения тех или иных споров к неарбитрабельным³⁷. В частности, в последние годы ставилась под сомнение³⁸ арбитрабельность споров из договоров, заключенных по Федеральному закону от 18 июля 2011 года № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц». Однако Верховный суд в итоге указал на арбитрабельность таких споров³⁹, а ст. 45 Федерального закона от 29 декабря 2015 года

 $^{^{33}}$ Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 19 января 2018 года по делу № А81-4101/2016, постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 8 ноября 2016 года по делу № А40-113022/16 (аналогичные этому делу: постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 октября 2016 года по делу № А40-150030/16 и от 28 октября 2016 года по делу № А40-103896/16).

 $^{^{34}}$ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 22 июля 2019 года по делу № A40-88550/2019 и от 12 апреля 2019 года по делу № A40-228417/18, постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 16 февраля 2018 года по делу № A56-46142/2017.

 $^{^{35}}$ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 20 сентября 2018 года по делу № A40-175297/2017, постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 15 января 2018 года по делу № A65-10623/2017.

³⁶ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 2 августа 2019 года по делу № A40-16719/19.

³⁷ Еще в 2011 году Конституционный суд в постановлении от 26 мая 2011 года № 10-П указал на возможность законодателя, исходя из необходимости обеспечения баланса частных и публичных интересов, исключать из круга арбитрабельных те или иные споры, придя к выводу об отсутствии публичного элемента в спорах из прав на недвижимое имущество.

 $^{^{38}}$ Определения Верховного суда РФ от 20 марта 2017 года по делу № А40-168379/2016, от 29 марта 2017 года по делу № А40-107427/2016 и от 24 марта 2017 года по делу № А40-168463/2016.

³⁹ Пункт 16 Обзора практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей, утвержденного президиумом Верховного суда РФ 26 декабря 2018 года.

№ 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» была прямо дополнена указанием на исключительную возможность рассмотрения таких споров в постоянно действующих арбитражных учреждениях, если местом арбитража является Российская Федерация⁴⁰. Риски неарбитрабельности продолжают нести споры из всех договоров, финансируемых за счет федерального бюджета⁴¹. По всей видимости, теперь «эпидемия публичного элемента» может распространиться и на споры, так или иначе связанные с банкротством.

Например, в 2018 году в практике Поволжского округа появилось дело, где суды хоть и удовлетворили заявление ответчика об оставлении иска банкрота к нему без рассмотрения, но указали следующее: «Истец в подтверждение своего довода о том, что третейская оговорка затрагивает интересы его кредиторов и третейский суд не вправе разрешать спор, не представил доказательства того, что в процессе третейского разбирательства затрагиваются права и обязанности иных лиц» 42. Какое отношение интересы третьих лиц (в том числе кредиторов банкрота) имеют к исполнимости арбитражного соглашения по искам банкрота к своему контрагенту, суды не указали.

В 2019 году на интересы кредиторов сослались суды Московского округа по спору из договора, содержавшего арбитражную оговорку, предусматривавшую рассмотрение споров по правилам Международной торговой палаты (ICC). В частности, суды отклонили ходатайство ответчика о направлении спора в арбитраж. Они посчитали арбитражное соглашение неисполнимым с точки зрения публично-правового регулирования, поскольку результат рассмотрения спора третейским судом может повлиять на имущественные интересы кредиторов банкрота-истца. При этом арбитражный управляющий истца не может ни повлиять на исход рассмотрения третейским судом спора по иску, ни обжаловать судебный акт, принятый по результатам такого рассмотрения, поскольку привлечение к участию в третейском деле в качестве третьего лица арбитражного управляющего не предусмотрено⁴³.

Последняя точка зрения вызывает много вопросов.

Как известно, суды не вправе вводить новые виды неарбитрабельных споров помимо тех, что указаны в федеральном законодательстве (ч. 2 ст. 33 АПК РФ, п. 6 ст. 1 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»). Данную позицию подтверждал в том числе сам Верховный суд⁴⁴.

Если же придерживаться точки зрения, описанной выше, то суды фактически вводят новый вид неарбитрабельных споров — споры по искам истцов-банкротов к их дебиторам: арбитражный управляющий появляется у любого истца-банкрота при введении процедуры банкротства, а значит, любой спор истца-банкрота не может рассматриваться в арбитраже.

Даже если отстраниться от этой серьезной практической проблемы, есть ряд более очевидных причин, по которым сам по себе банкротный статус истца и наличие у истца-банкрота управляющего не влияет на исполнимость арбитражного соглашения.

Во-первых, строго говоря, участие арбитражного управляющего в арбитраже в принципе не имеет отношения к разрешению вопроса об исполнимости арбитражного соглашения.

 $^{^{40}}$ В редакции от 29 марта 2019 года с изменениями, внесенными федеральным законом от 27 декабря 2018 года № 531- Φ 3.

 $^{^{41}}$ Верховный суд РФ в определении от 28 июля 2017 года по делу № A40-188599/2014 признал неарбитрабельным спор из договора на строительство на территории девяти особых экономических зон, финансирование которого осуществлялось за счет бюджетных средств, что, по мнению Верховного суда, характеризует такие отношения как отношения с публичным элементом.

⁴² Постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 15 января 2018 года по делу № А65-10623/2017.

⁴³ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 2 августа 2019 года по делу № А40-16719/19.

 $^{^{44}}$ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда $P\Phi$ от 11 июля 2018 года по делу № A40–165860/2016.

Под исполнимостью арбитражного соглашения понимается, что стороны определили конкретное место рассмотрения спора (выбрали действующий третейский суд или определили процедуру формирования суда) и на момент возникновения спора арбитражное соглашение не утратило силу⁴⁵. Возможность участия в арбитраже третьих лиц к вопросу исполнимости арбитражного соглашения не относится.

Во-вторых, если говорить об исках о взыскании банкротом задолженности со своего дебитора, то здесь конкурсный управляющий действует от имени банкрота в качестве его руководителя (ст. 129 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)»), а значит, нет необходимости привлекать его к арбитражу в качестве самостоятельного лица.

Что касается временного управляющего, который действует как самостоятельное лицо по отношению к банкроту в интересах кредиторов и имущества должника (п. 1 ст. 64, п. 1 ст. 67 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»), то состав арбитража не может привлечь его к участию в деле без согласия сторон и без поступления от временного управляющего соответствующего ходатайства, поскольку он не является подписантом арбитражного соглашения на привлечение его в качестве третьего лица в арбитражное разбирательство, нельзя считать арбитражное соглашение неисполнимым.

Можно, конечно, рассуждать о том, что п. 43 постановления пленума ВАС РФ от 22 июня 2012 года № 35 «О некоторых процессуальных вопросах, связанных с рассмотрением дел о банкротстве» указывает на необходимость привлечения временного управляющего к участию в деле, рассматриваемом государственным арбитражным судом, в качестве третьего лица (ст. 51 АПК РФ). Эти разъяснения пленума ВАС РФ, однако, к третейскому разбирательству не применяются: они касаются только государственных судов.

Кроме того, роль временного управляющего, по сути, сводится к выявлению активов и обеспечению их сохранности, а также определению состояния должника и предоставлению всей необходимой информации кредиторам для принятия решения о дальнейшей его судьбе. Для этих целей управляющий вправе запрашивать у руководителя информацию о ходе арбитража (на основании п. 2 ст. 66 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»). Распоряжаться имуществом должника временный управляющий не вправе, но может давать или не давать согласие на сделки должника с его имуществом при превышении определенной доли от балансовой стоимости активов (п. 2 ст. 64 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»), а в ряде случаев требовать отстранения руководителя должника (ст. 69 того же закона).

Поскольку временный управляющий не может распоряжаться имуществом должника (в состав которого входит и право требования должника к его ответчику), он не может и предъявлять требования от имени должника по поводу этого имущества, увеличить иск, отказаться от иска и т.д. Его роль в процессе будет в лучшем случае лишь контрольно-надзорной: временный управляющий будет следить, хорошо ли руководитель должника делает свою работу, правильно ли заявил иск, есть ли доказательства и т.д. В случае если руководитель должника ведет процесс ненадлежащим образом (например, отказался от иска в крупном размере, не получив согласия временного управляющего, хотя оно требовалось), то действия руководителя должника могут быть поводом для принятия временным управляющим соответствующих мер реагирования. Но на исполнимость арбитражного соглашения как таковую подобная контрольно-надзорная роль временного управляющего не влияет.

Подытоживая сказанное, можно констатировать, что некоторые суды начали расширительно толковать позицию Верховного суда по делу «Редиус-Т». Если ранее Верховный суд допустил возможность признания арбитражного соглашения неисполнимым при наличии существенных доказательств тяжелого материаль-

 $^{^{45}}$ Определение Верховного суда $P\Phi$ от 12 июля 2017 года по делу «Редиус-Т».

 $^{^{46}}$ Пункт 2 постановления Конституционного суда $P\Phi$ от 26 мая 2011 года $N\!\!\!_{2}$ 10- Π .

ного положения истца в банкротстве, то теперь в судебной практике существует риск признания арбитражных соглашений неисполнимыми исключительно из-за нахождения истца в банкротстве, в том числе по мотиву наличия у него арбитражного управляющего.

Вряд ли можно приветствовать такой подход: прежде всего он противоречит международным обязательствам России в области арбитража, а именно обязанности признавать арбитражные соглашения участников оборота⁴⁷. Тем самым создаются препятствия для исполнимости решений российских судов за рубежом по мотиву нарушения юрисдикции. Не говоря уже о том, что такой подход без реальной необходимости увеличивает нагрузку на российские суды за счет изъятия большого количества споров по искам истцов-банкротов из арбитража.

Будем надеяться, что здравый смысл восторжествует и практика не пойдет по такому пути.



Bankruptcy or Divorce? By Kevin Doodley on Flickr, CC license BY 2.0.

⁴⁷ П. 1 ст. II Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958), ст. I Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961).

СКОРОСТЬ НЕ В УЩЕРБ КАЧЕСТВУ: ПО СЛЕДАМ 70-Й СЕССИИ ЮНСИТРАЛ



Лилия Клоченко адвокат, к. ю. н., FCIA-rb, член правления РАА

омиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) была учреждена Генеральной ассамблеей в 1966 году¹. Устремления Генеральной ассамблеи были нацелены на сокращение и устранение препятствий торговым потокам в мире, главной причиной которых являются расхождения, возникающие в результате применения законов различных государств по вопросам международной торговли. ЮНСИТРАЛ стала основным юридическим органом системы ООН в области права международной торговли с универсальным членским составом, более 50 лет занимающейся проведением реформ в области коммерческого права, модернизацией и согласованием норм международной коммерческой деятельности.

Комиссия состоит из нескольких рабочих групп, посвященных наиболее актуальным вопросам и сферам права. Работа ЮНСИТРАЛ осуществляется в форме ежегодных сессий, которые проводятся поочередно в центральных учреждениях ООН в Нью-Йорке и в Венском международном центре. Каждая рабочая группа проводит одну или две сессии в год в зависимости от рассматриваемой темы также поочередно в Нью-Йорке и Вене. В работе ЮНСИТРАЛ принимают участие государства-члены, а также государства, не являющиеся членами Комиссии ООН по праву международной торговли, но проявляющие интерес к ее работе. Заинтересованные международные неправительственные организации вправе присутствовать в качестве наблюдателей, принимая участие в обсуждениях на сессиях ЮН-СИТРАЛ и в ее рабочих группах, и представлять мнение своих организаций по вопросам, в отношении которых соответствующая организация обладает компетенцией или международным опытом.

С 23 по 27 сентября 2019 года в Венском международном центре состоялась 70-я сессия ЮНСИТРАЛ рабочей группы II (она занимается вопросами арбитража, согласительной процедуры и урегулирования споров), посвященная проблемам ускоренного арбитража, в которой приняли участие 60 стран-членов и 35 представителей наблюдателей.

Историческая справка

Начиная с 39-й сессии, проведенной в Нью-Йорке с 19 июня по 7 июля 2006 года, первостепенное внимание ЮНСИТРАЛ уделяет пересмотру своего Арбитражного регламента. Этой работе были посвящены 45—50-я сессии, прошедшие в период с 2012 по 2017 год. На 51-й сессии, состоявшейся летом прошлого года в Нью-Йорке, Комиссия ООН по праву международной торговли (далее — Комиссия) заслушала предложение

¹ Резолюция 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года. URL: <u>https://undocs.org/en/A/RES/2205(XXI)</u>.

о будущей работе в области урегулирования споров по теме ускоренного арбитража. Рабочей группе II было предложено дополнительно исследовать вопрос о поведении арбитров в области коммерческого арбитража, уделив особое внимание проблеме их беспристрастности и независимости. Эти предложения нацелены на повышение эффективности и качества арбитражного производства.

В отношении вопросов ускоренного арбитража сфера работы Комиссии охватывает представление информации о том, каким образом Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ может быть изменен сторонами или включен в договоры через применение арбитражных оговорок с тем, чтобы появилась возможность применения ускоренной процедуры, а также подготовку руководящих указаний для арбитражных учреждений, использующих такие процедуры. Цель работы Комиссии в сфере ускоренного арбитража — обеспечение баланса между быстрым разрешением спора и соблюдением надлежащей правовой процедуры.

На 69-й сессии рабочая группа приступила к рассмотрению вопросов, относящихся к ускоренному арбитражу. Предварительное обсуждение коснулось, в частности, сферы работы, характерных особенностей ускоренной процедуры арбитража и возможной формы работы в этой области. Секретариату ЮНСИТРАЛ (далее -Секретариат) было поручено подготовить проекты текстов об ускоренном арбитраже и предоставить соответствующую информацию с учетом состоявшихся в рабочей группе обсуждений и принятых ею решений. Секретариат успешно справился с поставленной задачей и к 70-й сессии подготовил проекты положений о процедуре ускоренного арбитража, а также опросил арбитражные учреждения об их роли в администрировании ускоренной процедуры арбитража². Кроме того, вниманию участников рабочей группы были представлены отчет Постоянной палаты третейского суда о порядке назначения единоличных арбитров и опыте назначающих органов, связанном с оценкой количественных и качественных аспектов дела (A/CN.9/WG.II/WP.209) и обзор Международного совета по коммерческому арбитражу (ICCA), посвященный арбитражным учреждениям, которые практикуют ускоренный арбитраж по кругу наиболее актуальных вопросов и инструментов ускоренного арбитража³.

Проекты положений о процедуре ускоренного арбитража

Все участники рабочей группы согласились с тем, что ускоренное арбитражное разбирательство является упрощенной и оптимизированной процедурой: она проводится в короткие сроки, что позволяет урегулировать спор быстрее и дешевле. Ускоренная процедура могла бы принести существенную выгоду микро-, малым и средним предприятиям, а также сторонам в несложном или небольшом по размеру требований споре.

Поскольку понятия надлежащей правовой процедуры и справедливости являются важными элементами международного арбитража, при обсуждении правил ускоренного арбитража особо подчеркивалась необходимость обеспечения баланса между эффективностью арбитражного разбирательства с одной стороны и правами сторон на надлежащую правовую процедуру, возможность в полном объеме представить свое дело и соблюдение принципа справедливости при рассмотрении спора - с другой. Важность достижения указанного баланса рассматривалась также в контексте приведения в исполнение арбитражных решений: в ходе проверки правильности вынесения решений суды уделяют внимание тому, чтобы полномочия арбитров и их свобода усмотрения в применении ускоренной процедуры не нарушали требований надлежащего процесса и справедливости.

² Ответы арбитражных учреждений см. здесь: <u>https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/responses</u> to questionnaire 12 september.pdf.

³Оба документа являются неофициальными документами Комиссии.

Проекты положений о процедуре ускоренного арбитража, предложенные Секретариатом, включают все основные вопросы арбитражной процедуры:

- основание для применения процедуры ускоренного арбитража;
- число арбитров, назначение арбитра;
- значение и проведение конференции по порядку ведения дела и процессуальный график;
- сроки и связанные с ними вопросы;
- слушания, принятие доказательств, вынесение арбитражного решения.

Кроме того, были рассмотрены вопросы раннего отклонения иска и предварительного определения, встречных и дополнительных исков.

Условия применения процедуры ускоренного арбитража

Определяющим фактором для применения ускоренного арбитража является явно выраженное согласие сторон, причем именно на применение ускоренного арбитража – например, путем согласования свода правил, предусматривающего такую процедуру. Ускоренная процедура может применяться и в том случае, если стороны согласятся на ускоренный арбитраж после возникновения спора. Но в какой момент стороны могут или должны определить, применима ли к их спору ускоренная арбитражная процедура? Скажем, при заключении договора стороны могут не знать, должна ли процедура ускоренного арбитража применяться к их спору, если таковой возникнет. В контексте данного вопроса немаловажным будет и то, включены ли положения о процедуре ускоренного арбитража в общий регламент или же правила ускоренного арбитража будут представлены в виде отдельного документа; во втором случае сторонам для применения процедуры ускоренного арбитража потребуется договариваться об урегулировании их спора путем арбитражного разбирательства в соответствии со специальным регламентом.

Согласно процедурам ускоренного арбитража в некоторых арбитражных учреждениях, применение ускоренного арбитража может инициировать само арбитражное учреждение с учетом оценки дела и соответствующих обстоятельств. В этом случае крайне важны критерии, при наличии которых такая процедура возможна. Может ли быть таким критерием финансовый порог, возможно ли и практично ли устанавливать его в самих правилах ускоренного арбитража или нужны более объективные критерии — все это вопросы дискуссионные, и по ним на 70-й сессии ЮНСИТРАЛ высказывались различные точки зрения.

Применение ускоренной процедуры при отсутствии выраженного согласия сторон

Интересен также вопрос, возможно ли вообще - и если да, то при каких условиях и обстоятельствах - выносить определение относительно применимости ускоренного арбитража в отсутствие явно выраженного согласия сторон. В контексте Регламента ЮНСИТРАЛ такой механизм требовал бы участия третьей стороны (например, третейского суда или компетентного органа). С учетом принципа автономии сторон применение указанного механизма если и возможно, то определенно только после консультации со сторонами. Но и сам факт проведения консультации необязательно будет означать согласие всех сторон, и тогда, видимо, наличие критериев для определения применимости ускоренного арбитража будет иметь первостепенное значение.

В случаях когда речь идет о сложном деле или поданы дополнительные и встречные иски, стороны должны иметь право отказаться от ускоренного арбитража, даже если они ранее согласились на указанную процедуру. В таких обстоятельствах у сторон должна быть возможность договориться об отказе от ускоренного арбитража и вернуться к неускоренному (при наличии заключенного соглашения об арбитраже) или использовать другие средства урегулирования спора, на которые согласны все стороны. В этой связи возникает еще один важный про-

цедурный вопрос: какой орган будет определять, следует ли удовлетворить просьбу стороны о выходе из ускоренной процедуры арбитража, и какие критерии следует применять для такого определения?

Состав арбитража

Что касается числа арбитров в ускоренном арбитраже, то общее понимание таково: третейский суд в составе единоличного арбитра должен быть основным вариантом ускоренного арбитража, так как арбитраж с участием единоличного арбитра позволяет сэкономить средства, упрощает для арбитра задачу оперативного проведения разбирательства и устраняет трудности с согласованием процессуального графика, которые могут возникнуть при арбитражных составах из трех человек. Кроме того, назначение трех арбитров в состав третейского суда, как правило, занимает больше времени, и такому суду трудно вынести решение в сжатые сроки. Вместе с тем указанные предположения не отрицают положительный опыт ряда учреждений, когда третейским судам в составе трех арбитров удавалось проводить ускоренный арбитраж и быстро выносить решения. В этом случае председательствующий арбитр в составе трибунала может сыграть определяющую роль в ускорении некоторых процессуальных аспектов арбитража.

Процесс назначения арбитров

Несмотря на то что процесс назначения единоличного арбитра проще, чем процесс назначения трех арбитров, может потребоваться вмешательство в эти процедуры компетентного или другого органа, а потому важны и механизм, и сроки таких интервенций. В этом смысле весьма ценна и полезна информация, предоставленная Постоянной палатой третейского суда в Гааге (ППТС), о ее роли в деле назначения единоличных арбитров согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ. Эти данные позволяют оценить роль, которую компетентные органы могут сыграть в назначении арбитров в рамках ускоренного арбитража, а также

в контроле за эффективным соблюдением арбитрами сроков и процедур ускоренного арбитража.

Конференция по порядку ведения дела

Конференция по порядку ведения дела — важный процессуальный инструмент в арбитраже. В случае с ускоренным арбитражем ее значение сложно переоценить. Конференция вместе с процессуальным графиком являются весьма полезными инструментами и позволяют арбитру или третейскому суду своевременно сообщать сторонам информацию об организации производства по делу, а также о том, каким образом и в какие сроки арбитр или суд намереваются строить свою работу. Проведение конференции по порядку ведения дела может также способствовать упорядочению процедуры и обеспечению определенности для сторон. Вместе с тем не следует упускать из виду основную цель ускоренной процедуры – разрешить дело в короткие сроки, а потому учитывать необходимость проведения конференции по порядку ведения дела для определенных категорий споров, которые могут быть быстро урегулированы и без нее. В любом случае именно арбитру должна быть предоставлена возможность и свобода усмотрения в организации конференции по порядку ведения дела и в определении сроков ее проведения.

Определение сроков

Следует ли определять сроки в самом регламенте ускоренного арбитража или в общем регламенте, регулирующем, в числе прочего, ускоренную процедуру, или же предоставить сторонам и арбитрам возможность устанавливать сроки, например в ходе конференции по порядку ведения дела, — вопрос дискуссионный. Второй вариант содержит большую гибкость и возможности влиять на оптимизацию процедуры рассмотрения спора. Вместе с тем, возможно, имеет смысл включить в регламент ускоренного арбитража положение о том, что третейский суд на определенных этапах разбирательства вправе устанавливать фиксированные сроки для сторон,



если сочтет их необходимыми или желательными для повышения эффективности ускоренной процедуры. Также есть мнение, что в правилах ускоренной процедуры необходимо предусмотреть механизм определения того момента, с которого начинается течение срока, механизм и основания продления сроков, последствия несоблюдения сроков сторонами и/или арбитрами.

Устные слушания

Ограничения в отношении устных слушаний являются одной из отличительных особенностей ускоренного арбитража. У арбитра (третейского суда) в ускоренном арбитраже есть возможность не проводить слушания, если ни одна из сторон не просит о них. Такой вариант предлагается в качестве базового правила. Однако во время дебатов в рабочей группе высказывалось мнение о том, что арбитражному суду следует предоставить свободу усмотрения в отношении проведения разбирательства без слушаний. Стороны же и в том, и в другом варианте должны иметь возможность договориться о проведении слушаний, и при наличии такой договоренности сторон арбитражный суд обязан слушания провести. Учитывая главный посыл ускоренной процедуры - скорость не в ущерб качеству, - решение о проведении слушаний должно приниматься с учетом обстоятельств дела: слушания в рамках ускоренного арбитража могут проводиться для какой-либо конкретной цели, могут быть ограничены по времени или числу свидетелей, с запретом перекрестных опросов или вестись дистанционно без физического присутствия сторон.

Предоставление доказательств

Подходы в вопросах принятия доказательств в законодательстве и практике арбитража различаются. Для процедуры ускоренного арбитража важны подход и средства, позволяющие избегать предоставления массивов документов и проведения многочисленных, в том числе перекрестных, опросов свидетелей-экспертов. Неоднократно высказывалось предложение закрепить в правилах ускоренной процедуры предоставлять все доказательства вместе с уведомлением об арбитраже, ограничить просьбы о предоставлении документов и сузить круг доказательств до письменных показаний и заключений экспертов. Все эти предложения могут быть весьма эффективными при условии четкого следования принципу справедливости и праву стороны представить в полном объеме свою позицию по делу.

Содержание арбитражного решения

Вынесение арбитражного решения — один из наиболее трудоемких этапов арбитража, и уменьшение времени на этот этап позволяет сократить общую продолжительность разбира-

тельства. Инструменты, которые используют арбитражные учреждения для ускорения процесса, сводятся к тому, что обязывают третейские суды выносить решение в установленные сроки, определяют немногочисленные и исключительные условия или основания, при которых сроки могут быть продлены, снижают размер гонораров арбитров в случае нарушения сроков, а также предоставляют третейским судам свободу усмотрения в части изложения мотивов в тексте арбитражного решения. Относительно последнего инструмента высказывается справедливая озабоченность: мотивы арбитражного решения - это непреложный элемент и условие вынесения исполнимого решения, потому пределы упомянутого усмотрения арбитров должны быть четко очерчены.

Информация Постоянной палаты третейского суда

ППТС⁴ предоставила рабочей группе информацию о своей роли в качестве назначающего и компетентного органа в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ. Указанный отчет содержит, в частности, информацию о продолжительности процедур назначения компетентного органа и арбитров, в том числе единоличных, справку о том, какими факторами руководствуется генеральный секретарь ППТС при назначении компетентного органа, опыт компетентных органов в области оценки количественных и качественных аспектов дел и др.

В отчете ППТС представлена статистика по указанному выше кругу вопросов. Эти данные представляют интерес для арбитражных учреждений, регламенты которых предусматривают ускоренную процедуру арбитража.

Исследование ІССА

Еще одно исследование, представленное вниманию рабочей группы на 70-й сессии ЮН-СИТРАЛ, — меморандум ІССА⁵ с указанием тех арбитражных положений об ускоренном арбитраже, существующих в форме отдельных (специальных) регламентов или встроенных в общие правила, которые имеют важное значение для реализации процедуры ускоренного арбитража:

- применимость правил ускоренного арбитража;
- назначение арбитра или формирование третейского суда;
- отвод арбитра;
- сроки разбирательства;
- вынесение решения.

К меморандуму приложена таблица со сводом ускоренных арбитражных положений, используемых 59 арбитражными учреждениями.

Более подробно об исследованиях ППТС и ICCA мы расскажем в специализированном выпуске Arbitration.ru.



⁴ППТС— независимая межправительственная организация, учрежденная в 1899 году в целях обеспечения проведения арбитражных разбирательств и применения других форм урегулирования споров. В соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ генеральный секретарь ППТС может назначить компетентный орган, если стороны не договорились о его выборе, либо по договоренности сторон самостоятельно выполнять функции компетентного органа в целях назначения арбитров, принятия решений об отводе арбитров или решений в отношении гонораров.

⁵ Международный совет по коммерческому арбитражу (ICCA) — всемирная неправительственная организация, содействующая использованию и совершенствованию процессов арбитража, примирения и других форм разрешения международных коммерческих споров.

ДОПУСТИМА ЛИ ДИСКРИМИНАЦИЯ СПОРТСМЕНОВ ПО ПОЛОВОМУ ПРИЗНАКУ, ОТВЕТИЛ CAS





Алексей Анищенко адвокат, партнер АБ «Сорайнен»



Валерия Дубешко помощник адвоката АБ «Сорайнен»

ристам АБ «Сорайнен» доводилось представлять интересы атлетов в Спортивном арбитражном суде (CAS-TAS) в Лозанне, и мы не понаслышке знаем, что допинг — одна из самых злободневных тем в мире спорта. Так, из-за скандала с допингом российские атлеты имеют возможность выступать на международных соревнованиях только под нейтральным флагом — как, например, 30 российских легкоатлетов, участвовавших в чемпионате мира по легкой атлетике в Дохе¹. Однако не только допинг нарушает соревновательный принцип честной

спортивной борьбы. Отдельные участники состязаний имеют врожденные преимущества, и Международная ассоциация легкоатлетических федераций уже несколько лет пытается эти естественные качества как-то формально ограничить. В данной статье мы рассмотрим последние существенные изменения такого регулирования.

30 апреля 2019 года Спортивный арбитражный суд в Лозанне вынес решение по апелляции спортсменки Кастер Семени (Caster Semenya) и Федерации легкой атлетики Южной Африки. Апелляция была подана против Регламента

¹По данным РИА Новости: https://rsport.ria.ru/20190927/1559186437.html.

Международной ассоциации легкоатлетических федераций (далее — Регламент), устанавливающего требования к женской классификации. Ниже мы рассмотрим суть этого Регламента, детали самого спора и последствия арбитражного решения.

Что утверждает новый Регламент?

Регламент Международной ассоциации легкоатлетических федераций (IAAF)² предусматривает ограничение участия некоторых женщин-спортсменок в определенных дисциплинах, если они не принимают меры для уменьшения своего уровня тестостерона.

Согласно Регламенту, деление спортсменов на мужскую и женскую категории происходит из-за врожденных преимуществ в физическом размере и силе мужчин, начиная с пубертатного периода. Эти качества у мужчин развиваются и проявляются во многом благодаря более высокому уровню тестостерона. Поэтому принято считать, что соревнование между мужчинами и женщинами было бы нечестным и бессмысленным, а также могло бы отвратить женщин от спорта.

Существует широкий медицинский и научный консенсус о том, что наличие у некоторых женщин врожденного высокого уровня эндогенного тестостерона существенно улучшает их спортивные результаты. Именно поэтому Регламент определяет критерии, которым должны соответствовать женщины с таким отличием в сексуальном развитии, чтобы иметь право принимать участие в определенных дисциплинах соревнований.

На заметку. В одном из опубликованных исследований установлено, что женщины без отличий в сексуальном развитии имеют уровень тестостерона от 0,06 до 1,68 нмоль/л, а также 3,1 и 4,8

нмоль/л. Нормальный уровень тестостерона у мужчин составляет от 7,7 до 29,4 нмоль/л. В то время как у женщин с отличиями в сексуальном развитии тестостерон находится на уровне от 5 нмоль/л и выше, то есть превышает среднестатистический женский показатель.

Одним из критериев является снижение уровня тестостерона до 5 нмоль/л на протяжении минимум шести месяцев (например, при помощи гормональных контрацептивов) до начала соревнования.

Под Регламент подпадают только определенные легкоатлетические дисциплины: бег на 400, 800, 1500 м и 1 милю (около 1,6 км), а также бег с препятствиями на 400 м. Также регулирование распространяется на эти дистанции в составе эстафеты и многоборья. Оно действует в отношении международных соревнований и фиксации мировых рекордов.

Историческая справка. Своеобразным предшественником настоящего Регламента были правила IAAF по регулированию гиперандрогении3, действие которых было приостановлено CAS в 2015 году решением по делу индийской легкоатлетки Дьюти Чанд (Dutee Chand). Тогда суд пришел к выводу, что не была доказана степень преимущества женщин-атлетов с повышенным уровнем тестостерона перед мужчинами. Суд дал возможность Международной ассоциации легкоатлетических федераций представить дополнительные доказательства на этот счет, но ассоциация в марте 2018 года уведомила CAS, что отзывает регулирование и заменит его настоящим Регламентом.

² Изначально CAS опубликовал краткое изложение решения, URL: https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Executive_Summary_5794_.pdf. Tenepь онлайн размещено и полное решение, https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/CAS_Award - redacted - Semenya ASA IAAF.pdf.

³ Регламент вступил в силу 8 мая 2019 года и доступен на сайте федерации на английском и французском языках. URL: https://www.iaaf.org/about-iaaf/documents/rules-regulations#collapseregulations.

В чем суть спора?

Кастер Семеня и Федерация легкой атлетики Южной Африки пытались доказать, что данный Регламент является дискриминационным по признаку пола и/или гендерной принадлежности, поскольку он, во-первых, применяется только в отношении женщин-атлетов и, во-вторых, направлен на женщин-атлетов, имеющих определенные физиологические признаки. Также они указывали на отсутствие достаточного научного обоснования данного Регламента. Его нормы не являются необходимыми и нанесут ущерб женщинам-атлетам, подпадающим под них. На основании этих аргументов спортсменка и федерация пытались добиться запрета вступления Регламента в силу.

Дело в CAS рассматривала панель из трех арбитров, причем единогласия между ними не было. Однако большинством голосов состав арбитража отклонил апелляцию Кастер Семени и Федерации легкой атлетики Южной Африки. В своем решении состав арбитража указал, что Регламент является дискриминационным, однако такая дискриминация — необходимая и пропорциональная мера для достижения правомерной цели по обеспечению честных соревнований среди женщин в легкой атлетике.

Отправная точка для критерия необходимости — это наличие мужской и женской категорий соревнований, а значит, определение параметров, по которым следует относить к ним спортсменов. CAS согласился с доводами IAAF, что пол как юридический факт не всегда является честным и эффективным критерием для отнесения спортсменов к той или иной категории.

Суд пришел к выводу, что нужно также учитывать биологическую составляющую, от которой зависит наличие преимущества у спортсменов. По мнению CAS, представленные ему доказательства подтверждают, что спортсмены с повышенным уровнем тестостерона имеют преимущество, которое порой является определяющим в спорте. Поэтому принятие Регламента, направленного на возможность участия женщин-атлетов с повышенным уровнем тестостерона, необходимо.

Суд пришел к выводу, что Регламент также «пропорционален», поскольку отсутствует необходимость хирургического вмешательства для того, чтобы обеспечить возможность участия женщины-атлета в соревнованиях. Атлетам достаточно принимать оральные контрацептивы, чтобы уменьшить уровень тестостерона.

Каковы последствия вынесенного решения?

Кастер Семеня и Федерация легкой атлетики Южной Африки могли обжаловать решение в Федеральном суде Швейцарии в течение 30 дней с момента уведомления сторон и воспользовались этой возможностью, подав апелляцию. Вынесение определения судом по апелляции может занять около шести месяцев. На время апелляции САЅ приостановил действие Регламента в отношении Семени, однако 29 июня 2019 года отменил ранее предоставленное приостановление. Будем следить, получится ли Кастер Семене добиться положительного решения Федерального суда Швейцарии.

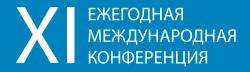
INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION CONFERENCES











15 ноября 2019 г. Отель Балчуг Кемпински Москва ул. Балчуг, д. 1, Москва

Слияния и поглощения в России и странах СНГ

В одиннадцатый раз подряд ведущие мировые эксперты в области экономики и юриспруденции соберутся, чтобы обсудить новейшие тенденции рынка М&А в России и СНГ. Конференция организована Комитетом по корпоративному праву и слияниям и поглощениям ІВА, при поддержке Европейского регионального форума ІВА. К участию в конференции приглашаются корпоративные юристы, юристы частной практики, финансисты и другие эксперты, специализирующиеся в сфере слияний и поглощений.

На повестке дня:

- Обзор рынка слияний и поглощений в России и странах СНГ– тенденции и основные события.
- Сделки слияния и поглощения в сфере технологий.
- Актуальные проблемы в сфере слияний и поглощений в России и странах СНГ.
- «Через тернии к звездам» или как сделки М&А могут быть успешными в условиях санкций и ужесточения АМL.
- Споры по сделкам слияния и поглощения в государственных и третейских судах недавние изменения и основные события.

Сопредседатели конференции:

Андре Дюфур, партнер, Borden Ladner Gervais, Монреаль; Сопредседатель комитета IBA по корпоративному праву и слияниям и поглощениям

Александр Жарский, Партнер, Юридическая фирма АЛРУД, Москва; Комитет IBA по корпоративному праву и слияниям и поглощениям, Заместитель председателя Подкомитета по текущим изменениям в законодательстве

Официальный сайт: https://www.iba-ma.ru/ Регистрация на мероприятие: https://www.iba-ma.ru/registration/ По вопросам участия и регистрации: info@iba-ma.ru или alexandra.brichkovskaya@arbitrations.ru



AD HOC ARBITRATION FORUM 2019

Среди тем для обсуждения:

- Арбитраж ad hoc и российская арбитражная реформа: новый виток развития
- ◆ Выбираем арбитраж: ad hoc vs арбитражный центр
- ◆ Зарубежный опыт арбитраж ad hoc: перенимаем опыт
- Как работает арбитраж ad hoc?

2019 12 декабря AZIMUT SMOLENSKAYA MOSCOW Москва, Смоленская, 8

С программой мероприятия можно ознакомиться по ссылке:

https://arbitration.ru/events/conference/ad-hoc-arbitration-forum-2019/programma.php

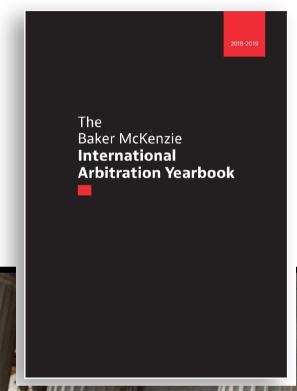
Подробнее о мероприятии: https://arbitration.ru/events/conference/ad-hoc-arbitration-forum-2019/index.php

Регистрация на мероприятие: https://arbitration.ru/events/conference/ad-hoc-arbitration-forum-2019/registratsiya.php

По вопросам регистрации просьба обращаться к Валерии Теслиной valeriya.teslina@arbitrations.ru

По вопросам спонсорства просьба обращаться к Александре Бричковской alexandra.brichkovskaya@arbitrations.ru

Baker McKenzie.



We are pleased to announce that the latest edition of **The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook** is now available.

In this edition, we look at important developments in arbitration in 45 jurisdictions over the past year, including new legislation, institutional rules, and key cases.

This year's edition includes a special feature on diversity in arbitration.





Инфопартнеры Arbitration.ru



CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

