ARBITRATION ASSOCIATION

RU/EN №6 (10) JUNE 2019

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже

10й номер / 10th Issue

Медиация // Mediation

Аналитика

- Российская медиация
- Медиация в Белоруссии
- Ускоренная процедура арбитража

Обзор

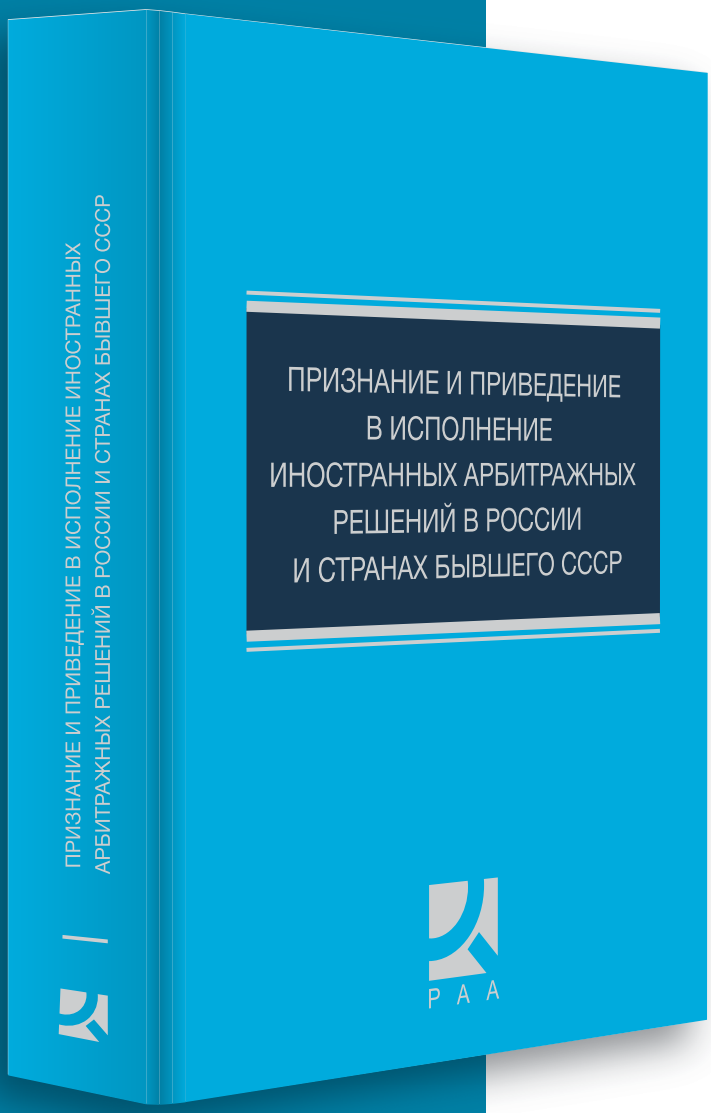
Обзор судебных решений

Интервью

Беседа с А.С. Комаровым, продолжение

English Section

- Med/Arb Concept
- Immunity of State Enterprises
- Oil and Gas Disputes, Part II



P A A

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

Арбитражная Ассоциация готовит к изданию 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, ГПК и Закону о международном коммерческом арбитраже. В книге будут 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, 800 страниц, тираж 1000 экз. Планируется издание книги на английском языке.

Не упустите рекламные возможности в книге.

Модуль	₽
Передняя внутренняя обложка	300.000
Задняя внутренняя обложка	200.000
Страница	100.000

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

To celebrate this occasion, the RAA is preparing 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, 800 pages, 1000 copies, Russian language. An English language version will be released this year.

Advertise in the book.

Advertisement	€
Front pastedown	4 500
Back pastedown	3 000
Page	1 500

EDITORIAL BOARD

Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru, editor-in-chief, Moscow

Ekaterina Grivnova
Paris baby arbitration, Founder, Paris

Roman Zykov
Russian Arbitration Association,
Secretary General, Moscow

Lilia Klochenko
RAA, Member of the Board, Vienna

Alexander Komarov
VAVT, Chair to international private law,
Professor, Moscow

Elina Mereminskaya
Wagemann Abogados & Ingenieros,
Partner, Santiago

Irina Strelkovskaya
Arbitration.ru,
Editorial Assistant, Moscow

Olena Perepelynska
Integrites, Partner, Kyiv

Sergey Usoskin
Double bridge law, Partner, Moscow

Steven Finizio
WilmerHale, Partner, London

Vladimir Khvalei
Arbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow

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

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

ARBITRATION ASSOCIATION

На обложке: Шах Махмуд Газневи, военачальник Малик Аяз и шах Аббас I. Авторство приписывается Камаледдину Бехзаду. 1515. Тегеранский музей современного искусства, Тегеран.

On the cover: Mahmoud Gaznevi & Malik Ayaz, and Sheikh Abbas. Author: Assigned to Kamaleddin Behzad. 1515. Museum of Contemporary Art, Tehran

Журнал Arbitration.ru № 10, июнь 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:
Ирина Стрелковская

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

English section

4 **WHAT IT TAKES TO BE A GOOD MEDIATOR**
Olga Tsvetkova, RAA40 & Young IMA Co-Chair, Sergey Morozov, Young IMA Co-Chair

9 **THE MEDIATION/ARBITRATION HYBRID CONCEPT IN DISPUTE RESOLUTION (MED/ARB)**
Haig Oghigian, F.C.I.Arb., Senior Counsel, Squire Patton Boggs, Tokyo

12 **THE CLAIM OF STATE IMMUNITY AND STATE-OWNED COMPANIES**
Konstantin O. Galenskiy, Attorney for Gazprom Neft Badra B.V., Iraq

16 **INTERNATIONAL OIL AND GAS INDUSTRY DISPUTES**
Doran Doeh, 36 Stone, Arbitrator, London

22 **REVIEW: ONLINE ARBITRATION IN THEORY AND IN PRACTICE: A COMPARATIVE STUDY IN COMMON LAW AND CIVIL LAW COUNTRIES BY IHAB AMRO**
Roman Zykov, Secretary General Arbitration Association

24 **КОНФЕРЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОЙ АССОЦИАЦИИ «ВЗЫСКАНИЕ ДОЛГОВ В МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРАХ»**
Дмитрий Артюхов, Главный редактор Arbitration.ru

29 **ИНТЕРВЬЮ С АЛЕКСАНДРОМ СЕРГЕЕВИЧЕМ КОМАРОВЫМ. ПРОДОЛЖЕНИЕ**
Дмитрий Артюхов, Главный редактор Arbitration.ru

34 **ОБЗОР СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ РФ**
Степан Султанов, юрист АБ «КИАП», Москва

41 **МЕДИАЦИЯ: ПАЦИЕНТ СКОРЕЕ ЖИВ, ЧЕМ МЕРТВ? ОБЗОР ДИСКУССИИ ПО МЕДИАЦИИ В РАМКАХ VI ЕЖЕГОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ РАА**
Ирина Суспицына, юрист, профессиональный медиатор, слушатель магистерской программы ВШЭ по психоанализу и бизнес-консультированию, модератор дискуссии

44 **РОССИЙСКАЯ МЕДИАЦИЯ**
Е. Н. Иванова, к. п. н., доцент кафедры конфликтологии и руководитель службы консультирования и медиации СПбГУ, медиатор Торгово-промышленной палаты Санкт-Петербурга

52 **КОРПОРАТИВНАЯ МЕДИАЦИЯ: ОПЫТ САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ И ДРУГИХ РЕГИОНОВ**
Дмитрий Самигуллин, к. ю. н., медиатор, управляющий партнер адвокатского бюро RBL (GRATA International), Евгений Киселев, медиатор, советник адвокатского бюро RBL (GRATA International), Самара

55 **МЕДИАЦИЯ В УКРАИНЕ: КРАТКИЙ ОБЗОР**
Ильяшенко Анастасия, юрист, Integrites, Киев

58 **МЕДИАЦИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**
Лилия Власова, медиатор, международный эксперт в области бизнес-медиации, учредитель Центра медиации и переговоров (Минск), к. ю. н.

64 **УСКОРЕННАЯ ПРОЦЕДУРА АРБИТРАЖА: БЫСТРЕЕ ЗНАЧИТ ЛУЧШЕ?**
Анна Авдулова, студентка НИУ ВШЭ, Маргарита Дробышевская, студентка НИУ ВШЭ

68 **ПРИЗЫВ К РАТИФИКАЦИИ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИЙ: МОЛЧАНИЕ, РАЗДРАЖАЮЩЕЕ ИНВЕСТОРОВ И ПРАВО**
Валихан Шайкенов, магистр права Джорджтаунского университета, партнер и глава практики по разрешению споров юридической фирмы AEQUITAS, Алматы

76 **AA UPCOMING EVENTS**

ОТ РЕДАКЦИИ

Vladimir Khvalei
Arbitration Association
Chairman of the Board

"Mediation is like sex in high school: everyone talks about it, but only few really do. " This was the title of an article in one of publications devoted to mediation in England. However, it is even more true with regard to Russia, and especially with regard to mediation in commercial disputes. It could be the case that mediation is broadly used in family or labor disputes, but we do not see it often in the area of business disputes in Russia. We have a law on mediation, we have mediation centers, we have certified and trained mediators, but we do not have real mediations, or have only few.

There are many reasons for it. Some people say that it is not sufficiently regulated in Russia, some people say that it is overregulated. I believe it is the latter. Although not "certified" by any mediation centers, and not having passed any special training, I have some experience in assisting the parties in the settlement of their disputes. You could call it mediation, if you want, although (with the exception of one case) the parties did not bother to formalize this process. They were interested in finding a solution, and they needed somebody experienced and neutral to help them to find a middle ground. What I learned from it is that law plays almost no role at all in the mediation process. I remember that the director of one of leading US ADR centers told me that the worst mediator they had was a former judge, and the best mediator – a former second-hand cars dealer. A mediator is not required to apply the law, a mediator is required to find a business solution. How can you find a business solution if you are not an expert in this area and do not have authority in the industry? Overregulation and various certification of mediators reduce the pool of potential mediators, as those who could really act as mediators in high-stake disputes would hardly find time to go through time-consuming trainings and certification.

Let's see what happens next.

Дмитрий Артюхов
главный редактор Arbitration.ru

Как-то мы в редакции вспомнили анекдот о Ходже Насреддине. Звучит он примерно так:

«Сосед Ходжи Насреддина пришел к нему посоветоваться об одном споре. Он рассказал ему все и в конце спросил: "Ну разве я не прав?" Ходжа заметил: "Прав, братец, конечно, прав". На следующий день другой сосед, ничего не знавший об этом разговоре, также пришел к Насреддину. "Что скажешь? Разве я не прав?" – закончив свой рассказ, спросил он. Ходжа и ему отвечал: "Конечно, прав". Разговоры Насреддина с обоими соседями слышала его жена. "Эфенди, – воскликнула она, – как же так? Ведь не могут быть правы и тот и другой одновременно!" На это мудрец спокойно сказал: "Верно, женушка, и ты тоже права"».

Конечно, ходжа не добился примирения сторон, но эта притча прекрасно передает суть медиации. А восточные мотивы нашли свое отражение на обложке. Правда, позже выяснилось, что на красочной персидской миниатюре изображены три воина (и потому неслучайна слетевшая голова в правом нижнем углу картины). Но и воины не всегда говорят на языке оружия.

WHAT IT TAKES TO BE A GOOD MEDIATOR

Interview with Ms. Irena Vanenkova, one of the first Russian internationally accredited mediators

Ms. Irena Vanenkova

Irena, we heard that Who's Who Legal is shortly to publish the 2019 edition of WWL: Mediation and you have been again selected for a listing in this publication as a leader in the field. We know that you were an English tutor and interpreter after graduating from The Linguistic University (Moscow State Institute of Foreign Languages then). How did you became part of the legal world in dispute resolution and a mediator? Where did you start?

It is difficult to say where it all started. I have seen disputes in the places where I worked, studied and lived and often I saw how poorly many of them were handled. Needless to say that I was trying to help find a better way. When in 1998 I went on a mediation training course with CEDR I quickly realized that I had been acting as a mediator for years without knowing that. In 2007, I was asked to help establish the International Mediation Institute and became its Executive Director. Now I continue promoting mediation around the world to help mediation become a real profession on the Board of the Singapore International Mediation Institute. I have been involved in many developments in international mediation, including the work of the UNCITRAL that led to the finalization of the Singapore Mediation Convention. I am now a member of the Leadership Group of the International Negotiation Initiative.

Please tell us in more detail about your experience with mediation. In what kinds of cases have you mainly been involved?

Mainly commercial and family cases from divorces to multicultural multiparty conflicts, but also some community issues lasting from several days to several years. Unfortunately, it is not possible to unveil many cases due to confidentiality of mediation. In fact, when you work in communication and management in or with organizations where there are many participants with different views, you quickly end up mediating outcomes among them.

Has your mediation experience helped you in other areas?

That's a good question! Mediation experience with mediation skills and knowledge are so helpful in different areas of life from family to high level communication and relations. I would say in all areas of my life. I use mediation skills daily, even when I am not mediating. I listen to understand rather than to argue; I question to gather information, not to trip people up; I com-

municate. The reverse question might be more insightful: Is your experience in other spheres of life helping you in mediation? And the answer will be yes, yes and yes again. My experience in teaching, interpreting, management, PR and communication helps so much in mediation and negotiation.

That leads us to the next question: What are the most important skills for a mediator to have?

I would say Mediator skills should always go together with knowledge and experience. Here are what I consider to be the top 10 skills of a mediator:

1. Negotiation skills. A toolbox of skills is needed and the ability to know which tool to use, when. Mediation is assisted negotiation. Although the mediator is assisting, not negotiating, she or he must be an expert at the art and science of negotiating.
2. Preparing all the participants for mediation. When the parties have prepared themselves well, there is a much higher chance of a settlement. So I try to make sure each party can separate what they want from what they need, that they know what their best and worst options are if they do not settle, and I try to manage their expectations and ensure that everyone comes to mediation in the right state of mind clearly understanding the process, their roles and how they can get the most from it.
3. Understanding the meaning of leverage, and correctly identifying each party's leverage. Leverage is sometimes defined as "power" but this is not fully accurate. Leverage is the sum of the factors that influences one party to behave in a certain way with the other. A lot of leverage is in the mind. Leverage is also smoke and mirrors. The mediator needs to accurately understand how each party's view of their own and the other party's leverage is affecting how they behave.
4. Questioning. Situation questions. Problem questions... Implication questions. Need/value questions! Questions help mediators draw out the underlying issues and help truly understand what is going on. Asking the right kind of questions in the right order is important to gain a complete understanding of the problem, and a view of how to resolve it.
5. Active listening skills. Genuinely trying to understand – not just gathering information to rebut. When someone appreciates that the listener just wants to understand them better, then they open up more easily. Listening is partly about non-verbal communication, the signals the listener sends while listening, but is also related to questioning.
6. Communication skills. The greatest problem in negotiation is the illusion that it has taken place. Failure to communicate is often a cause of disputes, or at least a major factor. Mediators can help the parties to communicate better, first by communicating well with and through the mediator, and then directly with one another.
7. Process skills. Knowing the different ways process itself can be part of the problem to overcome it. The mediator is constantly supporting participants to create the most appropriate and effective processes for resolving their dispute. In a mediation, the only thing the mediator manages is the process. When you select the right process, the parties can negotiate more easily. Sometime, for example, the mediator will split the parties up and communicate with each of them privately before bringing them together, but at other times the mediator will keep them together. It is the skill of the mediator to define the right process at the right moment in the right way.
8. Confidentiality skills. Being able to keep the parties' confidences and behave ethically. Trust takes time to build but can be lost instantly when a confidence is broken. Mediators can build trust by constantly demonstrating how they maintain confidences, including by showing how they respect the other party's confidences.

9. Being tough-minded. Not nasty or difficult, but patient, caring, empathetic, resilient and energetic. It is more difficult than you might think being a mediator. It can be exhausting and you need to be alert and professional at every moment.
10. The ability to inspire all participants in mediation to create solutions and make informed decisions. Mediators need to stay positive, and demonstrate positive thinking to the parties so that the discussion does not descend into a spiral of negative sentiment.

And all the skills we worked out in the IMI Independent Standards Commission Taskforce for Intercultural Competency Criteria.

If you could name a personal quality that has played the most important role in a mediation that you've seen through to a successful conclusion, what would it be?

Empathy and maturity – the ability to be seen to understand and share the feelings of someone else. Thoughtfulness. Creativity. Wise counsel. Honesty. These and many others are involved in mediation.

How do you see the role of the lawyers representing the disputing sides in mediation? What can they do to help the mediation and the mediator rather than hindering them?

It depends on the quality of the lawyer. Those who genuinely put the interests of their client first will use their skills to help the client, the mediator and the other party to explore options for mutual gain which can lead to a settlement. The skills needed are negotiation skills, not the kind of skills that are needed in Court or Tribunal. The IMI Independent Standards Commission worked out Criteria for skills needed by a mediation advocate.

What kind of cases are in fact mediatable? Do you have any kind of a "checklist" that you use while accessing whether mediation is an appropriate method for this particular case?

Most cases can be mediated. In the United States, which has a huge volume of lawsuits every year, only about 3% of cases come to the judgement of a Court or an award of a tribunal. About 97% of cases settle or for another reason not go to a trial in court! This might well imply that 97% of cases can be mediated!

But that is not the whole answer. A lot depends on finding the right process and the right mediator for a mediation. I can name just a couple of helpful tools, which can serve as "checklists":

- Ole! Case evaluation
- Decision Tree

There has been extensive discussion about how mediation can bring benefits to the disputing parties and to society in general. What, in your view, is the chief value of mediation?

Mediation is not about rights and wrongs or black and white, but about helping parties achieve an outcome that resolves the past and helps to build a platform for the future. Where this can be done through negotiation, assisted by a mediator, the result is usually acceptable to everyone involved. Not all mediations fully resolve all issues (though statistics around the world show that at least 80% do achieve a complete settlement). Sometimes, not all issues can be resolved through mediation and the outstanding problems can then be handled by arbitration. Mediation does not replace arbitration. There is plenty of space for both mechanisms, depending on the circumstances and the needs of the parties.

In your view, why is it that mediation is less popular in Russia than, for instance, in the USA or Western Europe?

I get asked this a lot and I think there are several answers:

First, there are fewer legal claims in Russia than, say, in the United States. Russians are born negotiators. They negotiate their way out of their problems whenever possible. In the United States, the culture is different, and they more easily go to court or tribunal.

Second, how can we tell that mediation is less popular in Russia than in most other countries? Lack of statistics? General impression? Little teaching and training? Not much written about it? Maybe all these things, but there may be more going on than we all realise. I believe most disputes get resolved through negotiation and never come anywhere near a court, and it may be that parties quite often use outside help to enable them to get to yes. We just do not know because these situations are private and are not publicly known or recorded.

And Third, we have not built a national mediation infrastructure in Russia. The concept of mediation was quite alien for the legal and educational systems leading to the situation where general public, judiciary, business community and lawyers are practically not familiar with mediation or had a misperception about the nature of mediation. A question of enforceability also hampered the trust in the mediation process.

In August the United Nations Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation will be signed in Singapore. One of the concerns associated with mediation is the lack of direct and effective enforceability of mediated settlement agreements in case one of the parties refuses to perform or violates the agreement. That is often mentioned when mediation is compared to other methods of dispute resolution, for example, litigation or arbitration. Do you think the new convention will help?

Indeed, the Singapore Mediation Convention, as it will be called for short, will be mediation's version of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The success of international arbitration, among others, is owed to the New York Convention, which made possible global enforcement of arbitral awards. Just as that Convention greatly increased the use of arbitration in the world, the Singapore Convention is expected to have a similar effect of mediated settlement agreements by making them more easily recognized and enforceable in countries that adopt the Convention.

We know that you were personally involved in the work of the UNCITRAL WGII on Mediation Convention. Could you tell us a bit more about the Convention and discussions?

The discussions took over 4 years from May 2014, when the proposal from the US Government was submitted, to December 2018, when it was adopted by the UN General Assembly. My colleagues in IMI and I assisted the UNCITRAL Secretariat in the deliberations. We initiated and implemented information sessions for the delegates on the essence and values of mediation, provided results of the surveys during the sessions and arranged multi-stakeholders discussion groups in-between the sessions.

Look at how The Singapore Convention lists the main benefits of mediation:

- "contribute[s] to the development of harmonious international economic relations,"
- "reduc[es] the instances where a dispute leads to the termination of a commercial relationship,"
- "facilitate[es] the administration of international transactions," and
- "produc[es] savings in the administration of justice by States."

We should not forget that along with the Singapore Convention The UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (amending the Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) was approved in 2018. Several countries already started adopting their national mediation laws based on the Model Law.

I think it is worth mentioning that until the Singapore Mediation Convention gathers a similar number of signatory countries to the New York Convention, institutions in Singapore and a couple of other countries have been developing a hybrid of arbitration and mediation called Arb-Med-Arb. This process simultaneously increases the efficiency of arbitration and the effectiveness of mediation.

And the last question. What would you recommend to the readers who would like to use mediation?

It would be wonderful if more and more professionals become interested in how to succeed in negotiation and dispute resolution. In addition to books on negotiation and mediation you might be inspired by articles in Kluwer Mediation Blog and Mediate.com. Negotiation and Mediation competitions could provide a unique opportunity to practice the key skills first hand in a safe environment. All that will help make informed decisions on the many aspects of negotiation and mediation to learn deeper and choose the educational and training programs. The best results are achieved when new mediators gain opportunities to shadow experienced professional mediators or mediation advocates in real life mediations. That has proven to be the most effective path to get into mediation and increase skills.

Olga Tsvetkova
RAA40 & Young IMA Co-Chair

Sergey Morozov
Young IMA Co-Chair

RAA 40

The Arbitration Association 40 is a group for young arbitration practitioners and academics and a part of the Arbitration Association.

The key purpose of Arbitration Association 40 is to promote arbitration among young lawyers and to create more opportunities for professional development of its membership. To achieve this purpose, Arbitration Association 40 implements a number of projects. It organizes seminars to discuss the hottest arbitration-related issues (from legal regime to professional skills), publishes a regular newsletter discussing recent developments and works to give Arbitration Association 40 members opportunities to participate in the most important arbitration-related events and projects in Russia.

Membership in Arbitration Association 40 is open to anyone interested in arbitration. There are no registration or membership fees and you do not need to be a member of Arbitration Association to become a member of Arbitration Association 40. However, to become a member you need to possess either a degree in law or have practical experience in arbitration. As suggested by the name Arbitration Association 40 members should be 40 or less.

Members of Arbitration Association 40 have the following advantages:

- Are the first to learn about Arbitration Association 40 events and other projects and have priority access to them
- Receive a periodic newsletter covering arbitration-related developments in Russia
- Attend many arbitration-related events on special terms.

To apply for membership in RAA40, follow the link.

THE MEDIATION/ARBITRATION HYBRID CONCEPT IN DISPUTE RESOLUTION (MED/ARB)

Haig Oghigian
F.C.I.Arb., Senior Counsel, Squire Patton Boggs, Tokyo

Mr. Oghigian is one of the leading arbitration practitioners in Japan and has represented Japanese and international clients in the fields of international dispute resolution and commercial arbitration. He is recognized as a leading practitioner by Chamber's Global; Asia Pacific Legal 500 and Euromoney Expert's Guide.

As formal dispute resolution (i.e. arbitration) is beginning to mirror litigation in both time and expense, lawyers practicing in the international marketplace should examine other ADR options to better serve parties in a dispute. One alternative (often described as mediation/arbitration) involves, in essence, the same individual acting in the capacity of both mediator and arbitrator.

While a devoted convert to ADR, I must confess that I am still enough of a barrister that I twinge at the notion of the same person wearing one hat, taking it off for another and, perhaps later, going back to the first hat. Some of the discomfort is, of course, based on a sense of proprietariness of one's own ability to juggle these roles while feeling skeptical about another's ability to so do. When sitting as mediator I have no doubt of my own impartiality and ability to not let what I may have learned in, say, a break out session, influence my impartiality should I then find myself as the adjudicator in the same matter. On the other hand, if I am acting as counsel I would be, depending on the situation somewhat to extremely, concerned about the appropriateness of such structure. It's a bit like one of those irregular verbs: I...am impartial; you are, I'm sure capable of being impartial; he is likely biased.

Nevertheless if we are to make ADR a flexible, forward looking and useful tool for our clients and the commercial process in general, it is important, I believe to examine new ideas and consider better solutions.

One of the most important factors underlying the consideration of using the Med/Arb hybrid is that it will speed up the process and save time and cost. In turn, I believe, the underlying logic behind that reasoning is that if the same person becomes immersed in the dispute between (as well as the respective positions of) the parties, he or she will be better able to resolve, in a more time and cost efficient way, the problem and accord a mutually agreeable settlement.

I have recently experimented with a variation of the traditional Med/Arb model. I admit that it has been successful (in the six instances I have employed it), in a particular situation with a particular background. Given the particular situations involved, some will observe that the variation has limited applica-

tion to full-blown disputes. Others may also say that it is culture bound. Both these observations may well be accurate but I put the idea forward less to suggest it is as a panacea or that it may have application to everyone's situation but more so to encourage dialogue and further refinement.

Conventional Mediation/ Arbitration

To qualify the phrase Mediation/Arbitration with the word conventional is a bit of a misnomer. It would be difficult, indeed, to come up with a single acceptable definition of what is involved in a "typical" Med/Arb process. There is, for example,

Mediate first and if mediation fails, arbitrate; start arbitration proceedings and allow for mediation at some point during the arbitration; mediate some issues and arbitrate others; mediate, then arbitrate some unresolved issues, then return to mediation; mediate, if unsuccessful ask for an 'advisory opinion' by the mediator which is binding as an award unless either party vetoes the opinion within a limited period of time. Another med/arb variation growing in popularity is mediation, if unsuccessful, followed by a final offer by each side, coupled with limited argument, following which the mediator turned arbitrator must choose one or other of the offers.

Med/Arb's advantage: fluidity, appears to also be it's greatest disadvantage: lack of structure. This lack of structure runs headlong into the hybrid's Achilles' heel when the mediator removes his or her mediator cap and changes roles to arbitrator. I should hasten to add that in many jurisdictions, including Japan where I practice, this is not seen to be as serious an issue as in jurisdictions which are based on the common law. As a practical matter however, at least

in my practice, (since typically one of the parties will be from an Anglo- American based system) the idea of the same individual shifting from mediator to arbitrator or, even worse back again, is an anathema.

Med/Arb's Achilles' Heel

Many commentators have couched the "Achilles' heel" problem in terms of natural justice: *"Audi altrem partem"* and *"In camera nullis"*. That is, everyone should be able to be heard and whatever may be said to the mediator by a party should be heard by the other party if the mediator turns out to be not the facilitator of a possible settlement but its sole adjudicator.

While this may be the theoretical problem, as a practical matter, from a practitioner's perspective, the problem might be better expressed as: the mediator who has now become an arbitrator may have developed a skewed view of a position which my client may not have an opportunity (or ability) to set right. It's a variation of the classic tautology: I can't tell you what you don't know because I don't know what you don't know. Likewise I (i.e. counsel) can't correct a misrepresentation which may have been made to you (i.e. the mediator/arbitrator) in a break-out session because I don't know what may have been said nor can I gauge what evidentiary weight you've already given it in your mind. It's not so much, as has been said, that you are no longer impartial as that I have no effective method of determining if there has been a "bias" formed. Like most risk adverse people, and employing a quick risk analysis, I'd rather not take a chance if my sense is that I might lose, so it is easier to not take a chance and move for a potential conflict motion.

A Possible Alternative

As suggested at the end of the introduction to this article, I have experimented with a structure of the traditional hybrid formats involving mediation and arbitration which, in my experience, does a good fob of protecting from the Achilles' heel exposure. It is too facile to dismiss it out of hand and I ask the reader to (bear with me as I attempt to give a full accounting and) not be tempted to engage in the equivalent of a philosophical "drive by shooting".

I admit, at the outset, that in the six instances where I have employed this concept, the parties, though in a significant commercial dispute, expressly stated their intent to continue their business relationship and had (at least so they said to me and to each other) no intention of terminating their relationship. In addition, in all three cases, one party was Japanese and the other American. I draw no particular conclu-

sion or inference from that fact but simply state it as a common feature for the record.

It dawned on me that the most effective way to disarm a possible challenge to my ability to maintain my impartiality in both the role of an arbitrator as well as mediator was to switch the order of my functions; that is, in a phrase: Arb/Med rather than Med/Arb. Therefore the meetings began much the same way as a full blown arbitration hearing begins with briefs prepared in advance of the hearing date and full formal presentations by the parties to the single arbitrator.

After free and full questions, answers and dialogue (the shortest period was one day, the longest, three) in the context of a hearing. I, in all cases, adjourned and went off to prepare a formal arbitral award advising the parties that I wished to meet with them the next (or in one instance the following) morning to provide them with my award.

At the meeting I placed an envelope on the table which contained two copies of my full arbitral award, signed and sealed. I informed the parties that I was now fully discharged, and vacated, of my duties and office as an arbitrator.

I then suggested to the parties that if they both wished and both agreed, I would be prepared to attempt to mediate the dispute between them. The rules were that they had to agree to this in writing and all of us (each party as well as myself) would, at any time, be free to stop the proceedings and call for a termination of the process.

In all three cases, the parties eagerly accepted the suggestion for mediation because neither party wanted to see what the envelope contained. Of course, the envelope, to one degree or another, proclaimed a winner and loser.

Particularly where the parties apparently expected to continue a business relationship this all or nothing solution was judged to be better avoided if possible. In all three cases, the matter was successfully mediated and settled.

I might say that the parties were much more focused during the mediation part of the process. First because they felt that they had been given a full chance, in the adversarial sense, to put forth their case in its best possible light. During the post arbitral mediation, this resulted in less grandstanding and belligerency. There was a clear atmosphere, motivated much more purely to avoid a win/lose situation and to focus on compromise to achieve settlement. At the same time, my role as a mediator became liberated and empowered.

Liberated because I could be assertive (in a positive sense) and somewhat opinionated without ruffling feathers or risking the possibility that someone could claim bias. My arbitral award was already on the table and, after all, at any point either party could end the mediation. Empowered because I now knew the soft spots of each party's case and could "move" them towards seeing a possible compromise solution with a free hand and foreknowledge. In essence I am able to avoid the risk of bias.

In short, I was able to play a much more effective role as a mediator where I was vacated of my responsibilities and duties as an arbitrator and could (importantly) by agreement and voluntarily, bring out the interests and weaknesses of the parties in order to expand the dialogue and achieve settlement.

A final advantage of the modus operandi above is that it avoids another common problem of Med/Arb wherein, if it is understood that the mediator will become the arbitrator in due course, the parties may well use the process to present their position not with a genuine view to achieving a settlement but rather, tactically, to lay the groundwork for the subsequent adjudicatory phase of the process[1].

Conclusion

The suggestions put forward have not been made to provide a panacea for all the problems associated with the Mediation/Arbitration hybrid raised by commentators. Nor are they meant to be viewed as being applicable to all situations where the hybrid may be effectively employed. Rather, they are meant to stimulate dialogue and attract comments from other practitioners and academics who may have innovative suggestions on how to better make the Med/Arb hybrid an effective tool for alternative dispute resolution.

---

[1] *"Med/Arb: Fraught with Danger or Ripe with Opportunity?", David C. Elliott, The Journal of the Chartered Institute of Arbitrators Volume 62, No3, August 1996, p.175*

THE CLAIM OF STATE IMMUNITY AND STATE-OWNED COMPANIES

Konstantin O. Galenskiy
Attorney for Gazprom Neft Badra B.V., Iraq

This article covers the subject of state immunity in relation to state-owned companies in the light of the recent English case law. The article addresses the issues connected with the hybrid status of such companies and its implications. It also focuses on the reasoning behind a number of landmark court decisions in this area, including Taurus Petroleum Limited v. State Oil Marketing Company of the Ministry of Oil, Republic of Iraq and La Générale des Carrières et des Mines v F.G. Hemisphere Associates LLC and attempts to define the key factors which influence judicial decisions.

The issue of state immunity is of interest for all multinational corporations. It is of special interest for oil and other companies involved in development of natural resources beyond the borders of their home states. It is common practice for a host country to act through state-owned companies in transactions for development of natural resources. Such companies despite being separate legal entities often (if not always) act on direction of relevant ministries and other governmental agencies and as such from time to time face legal qualification as state extension. This reveals dual nature of such companies which deserves attention of legal practitioners due to uncertainty it also involves. As rightly put by C.M. Schmitthoff[1], unexpected and irregular use of sovereign immunity poses more risk to traders than if it was a permanent feature of the legal status of a state or a state - owned enterprise. At least in the latter case, traders are not taken by surprise and adjust their practices accordingly.

The legal problems arising from dealing with state-owned companies are multi-faceted. In this article I would distinguish two general situations involving state-owned companies when a plea of immunity is usually made:

1. A state-owned company is sued by a counterparty on various grounds related to a transaction between them or in any connection with it;
2. A state-owned company is sued, or, in an action in rem, its property is attached, by an unrelated third party which, in contrast, was a party to a transaction with a state, a state organ or another state-owned company.

In each of those situations the issues of a state's immunity from both suit and enforcement of a judgment or arbitration award may arise, however, raising the immunity from execution defence is more typical for the second

[1] *Schmitthoff, C.M. (1958) The claim of sovereign immunity in the law of international trade. The International and Comparative Law Quarterly Vol. 7, No. 3. pp. 452-467*

Багдад, Ирак. Вид на реку Тигр

situation. The issues will be further discussed by reference to the English case law which provides guidance on the latest developments in courts' approaches to the status of state-owned companies. This is very helpful due to the following reasons:

- English law is often a governing law of the above-mentioned transactions;
- English courts or arbitration with a seat in the UK are the primary forum for disputes arising out of such transactions; and
- parties often seek enforcement of a judgment or an arbitration award in a jurisdiction where the English law applies.

Taurus Petroleum Limited v State Oil Marketing Company of the Ministry of Oil, Republic of Iraq[2] is a perfect example of the first situation. Briefly, Taurus Petroleum Limited ("Taurus"), a company which had previously successfully sued the Iraqi State Oil Marketing Company ("SOMO") over some debts arising out of a series of contracts between them for sale of crude oil and LPG and which had been awarded $ 8,716,477 as a result, after that tried to enforce the judgment in the UK. For that particular reason Taurus obtained through the High Court of Justice third party debt orders against a SOMO's debtor for purchased oil and its bank which issued the letters of credit of which SOMO was beneficiary. SOMO tried to set aside the third party debt orders on the grounds which included, inter alia, state immunity defence. SOMO's argument was that based on the Iraqi law provision which stated that oil was a public asset and all proceeds from the sale of oil were at all times the property of the Government of Iraq. Therefore, SOMO argued, such property could not be attached. Further, in its submissions SOMO described itself as an „emanation of the Republic of Iraq." However, the High court ruled that it was not a public asset that was attached, but a SOMO's interest in a different autonomous transaction governed by the other set of rules. In deciding on the issues of state immunity the High Court applied the State Immunity Act of 1978 which provided in s.14(2):

"A separate entity is immune from the jurisdiction of the courts of the United Kingdom if, and only if –

- *the proceedings relate to anything done by it in the exercise of sovereign authority; and*
- *the circumstances are such that a State would have been so immune.".*

Thus, it was necessary to decide whether SOMO enjoyed a separate legal personality distinct from the Republic of Iraq or not. In analyzing the law of Iraq regarding the status of SOMO, the court used the following criteria:

[2] *Taurus Petroleum Limited v. State Oil Marketing Company of the Ministry of Oil, Republic of Iraq [2015]. Retrieved April 02, 2019 from https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2015-0199.html.*

1. Effective separate existence of the entity;
2. The extent of interference of the state with an entity;
3. Nature of entity's activities (sovereign or commercial).

After examining all underlying facts the court determined that the "required degree of separation" of SOMO from Iraq was presumed and was not rebutted by SOMO. Overall, due to the key findings that (1) the debts were not a public property and therefore could be attached; and (2) the beneficiary of the debts, SOMO, enjoyed a separate corporate status; and (3) selling oil and receiving proceeds of sale under letters of credit were ordinary commercial activities, the state immunity defense of SOMO failed. However, it is clear from the analysis that even if on the basis of all relevant documents and facts the court found SOMO as not distinct from the state of Iraq, it would not trigger automatic immunity from the claim. This draws on the theory of limited immunity where the acts jure gestionis, i.e. the acts relating to business activities as contrasted with exercise of governmental functions (or jure imperii) do not exempt states from liability and signals major shift from absolute immunity to restrictive principle of state immunity. In that regard, the state-owned entities may be said as having a "hybrid status".

Surprisingly, the High Court set aside the third party debt orders, but not on the grounds of SOMO's alleged immunity. It was because the High Court found that the debts had been owed also to the Central Bank of Iraq and therefore immune under the State Immunity Act of 1978 (the conclusion about the joint ownership was then upheld in appeal, but finally rejected by the Supreme Court which restored the third party debt orders).

La Générale des Carrières et des Mines v F.G. Hemisphere Associates LLC[3] and SerVaas Inc. v. Rafidain Bank[4] are both perfect examples of the second situation. In the first case the claimant purchased awards against the Democratic Republic of Congo and sought to enforce them against the assets of a state-owned company ("Gécamines"). The courts of two instances equated the state and the state-owned company making the latter liable for the debts of the former regardless of the company's separate legal existence. In doing so, the courts, it can be said, lifted the corporate veil, though all previous case law did so only in rare cases involving wrongdoing and impropriety. It was not the case in Gécamines. The company's existence separate from the state was evidenced by its own budget, assets and tax liabilities. In all major respects the state respected such separate existence. The Judicial Committee of the Privy Council (often referred to as the "Board") found the state control irrelevant for the purposes of equating the state and a state – owned company. This was in contrast to the previous common law test established by *Trendtex Trading Corp v Central Bank of Nigeria*[5] relied upon by the Royal Court of Jersey and the Jersey Court of Appeal. Pursuant to that test, both elements (i) the governmental control and (ii) performing the governmental function were required for such equation.

This is also in contrast to the Bancec case[6] in the United States where the Supreme Court disregarded a separate legal entity due to (i) extensive owner's control whereby „a relationship of principal and agent is created" and (ii) the resulted injustice is contrary to equitable principle. Instead, the Board formulated a "precondition" for a state-owned company's liability for debts of its founding state: de jure and de facto assimilation of property and activities of the company to that state. In the Board's opinion, the lower courts' conclusions about the "exceptional degree of power accorded to the state over the affairs of Gécamines'' based on the Gécamines consitution and the relevant legislation was not sufficient to suggest the assimilation. The right of removal of the company's board members by the head of state as well as the supervising ministry's right of veto over

[3] *La Générale des Carrières et des Mines v. F.G. Hemisphere Associates LLC [2012] Retrieved April 02, 2019 from https://www.jcpc.uk/cases/docs/jcpc-2011-0061-judgment.pdf.*

[4] *SerVaas Incorporated v Rafidain Bank and others [2012] Retreived April 02, 2019 from https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2011-0247-judgment.pdf.*

[5] *[1977] 2 WLR 356, 64 ILR 11.*

[6] *FNC Bank v. Banco Para el Comercio [1983]. Retrieved October 12,2017 from https://supreme.justia.com/cases/federal/us/462/611/case.html.*

almost all company's transactions exceeding a very low threshold, though inconsistent with the principle of company's independence from the state, did not undermine the separate existence of it. Thus, following Gécamines case, the presumption is that a state and a state-owned company do not bear each other's responsibilities. This distinction is based on the above-mentioned State Immunity Act of 1978 which was intended to provide for the effect of judgments given against the United Kingdom in the courts of states parties to the European Convention on State Immunity[7]. Article 27 of the Convention excluded from the expression "Contracting State" a distinct legal entity providing, however, that the acts in the exercise of sovereign authority (acta jure imperii) make them immune from jurisdiction, except for the cases where a Contracting State in such circustances would not be so immune. Therefore, it seems that if Gécamines were finally equated with the state, i.e. recognized as the organ of the state, and found liable for the debts of the latter, there would still be room for debate on the issues of the state immunity privilege given a major shift in international law from absolute immunity doctrine to restrictive one.

In SerVaas Inc. v. Rafidain Bank the Supreme Court dismissed the appeal of SerVaas Inc., a company which had obtained a judgement of the Paris Commercial Court against the Iraqi Ministry of Industry back in 1991 for the equipment supplied in 1988. After having registered the judgment in England and Wales, in 2010 SerVaas Inc. applied for a third party debt order against the monies payable from the Iraqi state-controlled Rafidain Bank to Iraq according to a certain scheme of distribution of the Rafidain's London branch assets. In 1991 Rafidain's London branch was placed in liquidation on petition from the Bank of England. By 2009 Iraq purchased the Rafidain's commercial debts.

The case did not entertain any issues concerning the status of Rafidain Bank and its immunity from jurisdiction. Instead, the dispute was about immunity from enforcement based on s.13(2)(b) and (4) of the State Immunity Act of 1978 which did not prevent enforcement against the state property being in use or intended for use for commercial purposes. SerVass Inc. argued that the nature of transactions which gave rise to bank's liability was entirely commercial. However, the Supreme Court held that the nature of underlying transactions was not relevant. Only current use of the property or intention to use it in commercial purposes will not prevent the issue of a process in respect of the property. The head of the Iraq's diplomatic mission in the UK Iraq produced a document certifying that the property was not in use or intended for use for commercial purposes. By virtue of s.13(5) of the State Immunity Act of 1978 the burden was on SerVass to prove the contrary.

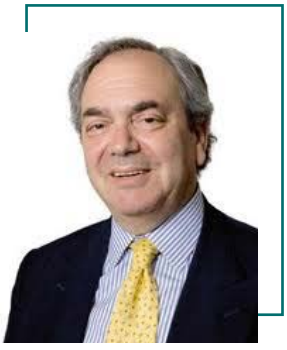
The following conclusions may be drawn from the above analysis. Firstly, state and state-owned companies are treated separately by English law and as a rule they are not responsible for debts of each other. Secondly, even if not recognized as part of the state, state-owned companies may still enjoy state immunity privilege in respect of the acts which relate to the exercise of a sovereign function. Thirdly, recognition of a state-owned company as organ of the state would not result in granting automatic state immunity. Fourthly, the control (both constitutional and factual) from the state per se is a common feature of a modern state-owned company and will alone not be sufficient to equiate it with a state. In brief, it is worth mentioning that today the generally accepted legal practice recognized by international conventions, legislation and case law is that while states are exempted from state immunity privileges in relation to their commercial activities, state-owned companies are granted such privilege when it comes to exercise of sovereign functions.[8] It is also important to distinguish between an organ of the state which may be a separate legal entity (i.e. having separate legal personality) capable of suing or being sued (e.g. central banks) and state-owned entity distinct from the executive organs of the government.

---

[7] *European Convention on State Immunity signed in Basel on May 16, 1972. Retrieved April 02, 2019 from https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007 30b1.*

[8] *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co [1995] 1 WLR 1147, 1158E-1160F.*

INTERNATIONAL OIL AND GAS INDUSTRY DISPUTES



Doran Doeh
36 Stone, Arbitrator, London

Hereby we publish the second part of the article by Doran Doeh, an internationally renown arbitrator who has pursued a successful legal career of over 40 years in the UK and Russia and was Senior Counsel in Dentons' Moscow office. The first part of the article published in the May issue covered i.a. border disputes between States over continental shelf, PSAs (Production Share Agreements) and Investor-State Dispute Settlement mechanisms.

Disputes relating to Joint Ventures

Although there are some international oil and gas companies that prefer to develop projects on their own, much of the industry does so in combination with others through joint ventures. An important part of the motivation for this is to spread risks and combine expertise. In some countries, national policy encourages this by welcoming international investors but also requiring them to work closely with locals. There also many infrastructure projects – pipelines, treatment and transhipment terminals for example – where each country has its own customary approach. In some countries such infrastructure may be developed by governments, in others by specialist private utilities and in others by joint activities of producers.

Incorporated and unincorporated joint ventures

In Russia, virtually all joint ventures take corporate form – the parties usually set up a company and take shareholdings if it is a joint stock company or participation percentages if it is a limited liability company. Some very sophisticated forms of agreement have been developed for Russian incorporated joint ventures, such as the Shareholders and Operating Agreement which is often used.

In much of the rest of the world, the international industry prefers unincorporated joint ventures because of the greater flexibility they provide to tailor them to the exact needs – and compromises – of the participants.

In the case of corporate joint ventures, the disputes are much like those arising under the legislation governing companies more generally, with which Russian practitioners will be generally familiar, and therefore I will focus on unincorporated joint ventures.

Because the contractual documentation for an unincorporated joint venture of the duration expected in the upstream oil and gas industry (often more than 20 years) must provide comprehensively for the governance of the venture, the industry has developed its own forms for this. Whilst there are standard forms (most notably those of the AIPN) for the most common types of agreement – joint operating agreements, for example – each agreement is tailored to the exact needs and situation of the consortium concerned, often in long and sometimes difficult negotiations. There are often materially different views

on what the terms should be – the position adopted by a huge multinational with long term presence in the industry may be very different from that of a small or medium size player and a company which is primarily an investment vehicle. Hard negotiations do not always produce good results, particularly where wrestling over language produces ambiguous wording which mean different things to the different parties involved. It is hardly surprising that such situations give rise to disputes afterwards.

Pre-emption provisions

Amongst the most common areas of dispute are pre-emption provisions. Virtually all joint venture agreements in the international petroleum industry have pre-emption provisions of some kind. The ventures are often very long term in expected duration, a great deal of money is usually involved, and parties want – at the minimum - some control over who may take the place of one of the other parties. In many cases they also want to have the option to increase their stake if another party wants to leave. Some, often the more entrepreneurial or speculative players, look for a high level of flexibility because they anticipate wanting to sell out (wholly or partly) if the venture is successful. Others, often industry stalwarts, take a much more long-term view but nonetheless recognize that they may at some stage need some flexibility themselves, for example in a corporate reorganization. One of the most difficult problems in drafting pre-emption clauses arises from the need of virtually all parties to avoid a pre-emption clause inadvertently acting as a "poison pill" in a take-over situation. For example, if a public bid is made for the parent company of a party which the parent wishes to accept, it will not want to be in a position where the successful bid triggers pre-emption on interests of a subsidiary which results in the subsidiary losing an asset of great importance to the parent. It is very difficult to draft a clause that wholly avoids this problem and is nonetheless enforceable without question in other circumstances.

Another problem for pre-emption clauses is to provide for the multi-asset deal, where the asset subject to the joint venture is bundled up with other assets in which the other parties to the venture are uninvolved. There are also situations where non-financial consideration is involved, and it is difficult to quantify it in financial terms. Often the compromise is to require the party offering the assets to assign values to each including the one subject to the joint venture agreement – but it is very difficult to prevent the party concerned attributing an artificially high value in the hope of avoiding pre-emption by making it too expensive for the others. An alternative is to go for expert determination but that may involve delay that is unwelcome in a take-over situation.

The art of resolving these issues often lies in working out a solution that, while not perfect, provides enough impediment to the unwanted behaviour so as to give each of the other joint venture participants the comfort that it will have a basis for fighting its respective corner if the need arises. Unsurprisingly, when a pre-emption situation arises, the parties scramble to look at the clause in the agreement and the circumstances may give rise to a dispute.

Operator/non-operator disputes

Another area of inherent tension is the relationship between the operator and the non-operators.

It is logical and common to a consortium of petroleum industry players to appoint one of their members to manage the activities and operations of the joint venture. Particularly where one or more of them are well-experienced at doing so and have the resources necessary, issues then arise. How is the operator to be paid and how much? How is it to be controlled? What standard of liability should apply? In what circumstances and how can the operator be replaced?

It is often felt by the non-operators that the position of operator gives its holder advantages. Even where there is strong provision for supervision and control by the non-operators, the operator is much closer to operations, has better access to information and has much greater ability to shape and control the direction of the project. The non-operators are therefore reluctant to pay more than the basic costs of the operator and it is common to see some kind of "no gain, no loss" principle written into the agreements. This begs questions about control of costs, and the

industry has developed its own elaborate systems for programmes and budgets, authorities for expenditures, recovery of overheads and accounting procedures – but again these must be negotiated. In return, the standard of liability of the operator is usually not very stringent – the operator being liable only for gross negligence or wilful default – again, although there are standard definitions, there are variations which require negotiation.

The operator conversely often feels that it is making available superior resources and risking its reputation if anything goes wrong and therefore needs a degree of freedom to operate as it sees fit. In each case there are negotiations and it is not always easy to attain an acceptable balance, and this can give rise to disputes.

The long-term nature of petroleum industry joint ventures sometimes results in disputes arising long after operations have been completed. There was a recent dispute in the UK over liability for the pension provision of employees that were engaged by the operator many years earlier.

Default

Default procedures can also be problematic. What happens if a party fails to pay its share of a cash call? The simple and common solution is forfeiture of interest, but some parties may feel this is too draconian a consequence and lawyers may have doubts about its enforceability, leading to elaborate "withering interest" provisions. Indeed, the issue of enforceability of such default clauses has come up time and again in the course of this author's career even though the issue has been laid to rest more than once in the past based on then current court judgments only for doubts to re-emerge later in a different context.

De-commissioning

Although for most of the life of a joint venture, parties will be focusing on development and operational issues, at the end of the field life there is usually some legislative or other legal requirement to remove the production facilities and restore the site. Industry joint venture agreements often provide for how this is to be funded in advance of the decommissioning liability arising, but, again, given the long term nature of the agreements and the difficulty of foreseeing all circumstances that may pertain the time the liability arises (including changes in legislation), disputes can arise as to how the provisions of the agreement are to be implemented.

Sole risk, non-consent and withdrawal

There can also be issues over non-participation in a particular operation or withdrawal from the joint venture altogether – if a party decides that it does not wish to proceed, can it withdraw and, if so, on what terms, given that the others may have been counting on its participation to spread cost and risk. Conversely, there are sometimes provisions which enable a member of the consortium to be able to carry out operations on its own if it is willing to take the risk and others are not.

Unitisation and other matters requiring references to experts

Certain kinds of joint venture agreements specifically provide for certain matters to be referred to an expert if the parties cannot agree. Among the most common are unitisation agreements. In Russia, licences tend to be granted to encompass a whole field and an extension or additional licence is granted relatively readily if it is found that a field extends over the boundary. Other countries take a different approach and it often happens that a field is found which extends over the boundary between licenced areas which have been granted to two (occasionally three) different groups. The legislation of such jurisdictions usually contains provisions whereby the different groups involved can be compelled to agree on unitisation, i.e. developing and operating the field as a single unit. In practice, it is very rare that the authorities actually impose unitisation as the parties will eventually agree it (it can take a long time, however) as being in their own interests. Nonetheless, it is common in such situations to recognize that as the field is developed the information that become available about it will greatly increase and the allocation of interests as between the parties may need to be ad-

justed, with compensation being made between the groups for past production and past costs which have with hindsight also have been misallocated. In some unitisations there may be an expectation that "redetermination of equities" (as it is often called) may need to take place more than once. There is usually a provision for reference to an expert to take place in such circumstances and the reference is often handled in the same way as a dispute, with each side preparing a formal case and presenting it in a hearing.

Disputes relating to M&A/A&D

Russian practitioners will be well familiar with oil and gas M&A transactions relating to shareholdings in companies, which are seen in the context of the preceding section of this article as incorporated joint ventures. They will also be familiar with kinds of disputes that arise in relation to them.

They will be less familiar with similar transactions relating to unincorporated joint ventures, which, to distinguish them from transactions concerning incorporated joint ventures, are often referred to in the industry as "acquisition and disposal" transactions (A&D).

As with the difference between incorporated and unincorporated joint ventures, the documentation for the transaction – mainly the Sale and Purchase Agreement (SPA) although there may be other documents as well – needs to take a more comprehensive approach by either describing conceptually the assets to be transferred (e.g. by referring to the production licence for an interest in a field to be transferred and then referring generically to all other assets that relate to the licence or which are used for the purposes of production of petroleum under it) or by cataloguing the assets (or both). Often the assets will consist of a complex of agreements that establish the unincorporated joint venture, but there may well be others that are entered into pursuant to the main JV agreements. If there is an operator for the field, as is usually the case so that the physical and contractual assets used to produce the field are held by the operator as agent or trustee for the other parties, then it may only be necessary to refer to the contractual arrangements which connect the seller and the operator rather than describing or cataloguing the full panoply of assets. There would then be in the SPA an extensive set of representations, warranties and undertakings as for a corporate M&A deal but relating to assets. This can give rise to disputes in the same way that they do under M&A agreements, with added complications if the description of the assets is not adequate or effective.

The oil and gas industry also had its own specialised kinds of M&A deals. One of the most char-

acteristic is the "farm-in", usually on an exploration prospect (i.e. where no oil has been discovered or what has been discovered is insufficient to give a full picture of the prospectivity of the relevant formation). The agreement may specify that a final depth must be reached in the well (or wells if more than one is to be drilled). There can be disputes as to whether that depth has been reached and, depending on the terms of the farm-in, whether there are any relieving circumstances (e.g. force majeure). Usually also a farm-in agreement also provides for the party coming to reimburse the established party's back costs, and there can sometimes be disputes over these.

Where the field has been proved but there is a lot of expenditure to be incurred before it is produced, the parties may enter into a "carry" agreement under which one party pays the other party's costs until production comes on stream, following which the funding party is repaid the carried costs out of production. In a complex deal there can be issues arising from unclear drafting as to what costs were incurred, how they are to be repaid and the valuation of production.

Oil or Gas Pricing Disputes

In the 1970s and 1980s, when there were great concerned over security of supply of oil it was much more common to enter into long term supply agreements. Such agreements in relation to oil are now mainly used for financing in order to establish a flow of receivables by a producer from a reputable and creditworthy off-taker whose credit is acceptable to a bank that will provide a loan facility secured on the cash flow under the agreement.

Long term supply agreements continue to be common in the gas industry either to finance gas field production and any attendant pipeline or LNG liquefaction plant (plus dedicated tankers if necessary). In the North Sea, for many years before there was adequate infrastructure in place and a hub gas market accessible, in order to provide the financial security needed to produce gas it was necessary to enter into life-of-field depletion contracts. These are no longer needed in the same way in the North Sea but may be required in other parts of the world. For other gas field production or pipeline projects it may be more appropriate to have long term supply agreements (on a "take-or-pay" basis or, in the case of a pipeline "send-or-pay" for very long periods of time, say 20 or 30 years). These may be necessary in other parts of the world – such as the Far East – where similar conditions (lack of pipeline infrastructure and gas hubs) still apply. LNG projects – whether for liquefaction or regasification – also tend to require such arrangements although the increasing commodification of LNG with acceptance of hub-based pricing may make this less common in the future (again, currently the Far East continues to have this situation).

A long-term agreement of this kind will include pricing provisions based, usually, on a complex and heavily negotiated formula which refers to other products which have pricing referable to regularly published sources. Because of the very long duration of the contract, it usually includes a process for review from time to time and an opportunity for one party or the other to require the pricing mechanism to be reopened. There are usually two stages to this. The first concerns establishing that circumstances have arisen – e.g. the market has changed sufficiently – justifying a price review. The second concerns the price review itself, which may include intensive scrutiny of an algebraic price formula. The agreement sets out the criteria for both stages. Both stages may – and often are – disputed, almost always through arbitration as the parties are normally very reluctant for the information involved in the process or, indeed, that there is even a process of this kind taking place, to be made public.

Disputes Relating to Infrastructure

The international petroleum industry engages in some of the largest infrastructure projects in the world, often in remote locations or extreme climatic conditions and involving cutting edge technology. However well prepared initially, plans are often changed or adapted as a project moves forward. Unexpected circumstances arise. The industry and its activities are subject to rigorous regulation of a great variety of kinds and sources and can sometimes be required to satisfy simultaneously the authorities and regimes of different countries in relation to the same project.

In addition, the industry is constantly subject to public scrutiny and pressures from a wide range of political interests and lobbying groups. If not effectively controlled, petroleum can be extremely dangerous.

Unsurprisingly in such circumstances, disputes arise. Many of these are contractual, such as breach of warranty, indemnity claims, termination, price revision, force majeure and the many more general forms of breach of contract. There are disputes with regulators and other governmental authorities. Tortious claims may arise if an accident occurs.

As mentioned above, decommissioning at the end of the field life may throw up unexpected situations concerning infrastructure which may lead to disputes.

Trading and Shipping Disputes

Petroleum, in its many varieties and forms, is among the most frequently traded commodities. Although, as indicated above, much transportation takes place by pipeline, vast amounts are also shipped in vessels ranging from the largest super-tankers to relatively small vessels, and including highly specialised LNG carriers, ice-breakers and FPSOs (Floating Production Storage and Offloading vessels).

Quantity and quality claims are common as are shipping claims of all kinds including demurrage, deviation, extra port charges and bunkering costs. Whilst many of these are relatively small and are often settled between the parties, but claims can be substantial and go to dispute resolution.

Human Rights and Environmental Disputes

Mentioned in passing above in the section on ISDS (see Arbitration.ru, №5 (9) May 2019, pp. 52-53) human rights and environmental disputes can be a major challenge for petroleum industry players. It is not within the scope of this article to review these in detail, but it would be remiss of the author not to mention them.

Damages in Oil and Gas Disputes

Again, it is not within the remit of this article to go into detail on how damages are assessed in oil and gas disputes, as much of it falls within the usual practice of lawyers specializing in the many kinds of dispute mentioned above. However, it is worth mentioning a few factors which, while not unique to the petroleum industry, are particularly relevant.

One is the high volatility of prices. For many years before 1973, when OPEC first exercised its pricing power, crude oil prices were constant at US$3 per barrel. Since then, there have been times when there seemed be no limit to the increase in oil prices, and it was hard to keep the old maxim that "trees don't grow to the sky" in mind. At others, prices were in precipitous decline and the industry seemed headed towards financial disaster. The volatility of prices makes it very difficult to assess damages and the factors and methodology to be used can be hotly disputed, with experts heavily involved in presenting contrasting alternatives.

Determination of the time value of money can also be a significant factor in dispute. If a volume of oil is not produced on a particular day, the physical oil that should have been produced is not lost because it remains in the ground – indeed the molecules which should have been produced that day are very likely to be the ones produced the next day if production resumes then, and the total volume of oil produced from the field over time may be the same. However, the date of production of that total volume will, unless the production rate is increased, be put back by a day so that, in effect, the volume of production not produced on the day the field was down will not be recovered until the end of the field life. On most methods of calculating time value of money and net present value, the physical volume concerned might as well have been lost. There are, no doubt, other industries where lack of production on a day cannot be made up, but it explains the high importance in the industry of achieving production targets and maintaining production even in very difficult circumstances. I mention this, in conclusion, because it reflects the nature of the industry.

REVIEW: ONLINE ARBITRATION IN THEORY AND IN PRACTICE: A COMPARATIVE STUDY IN COMMON LAW AND CIVIL LAW COUNTRIES BY IHAB AMRO

Roman Zykov
Secretary General
Russian Arbitration Association

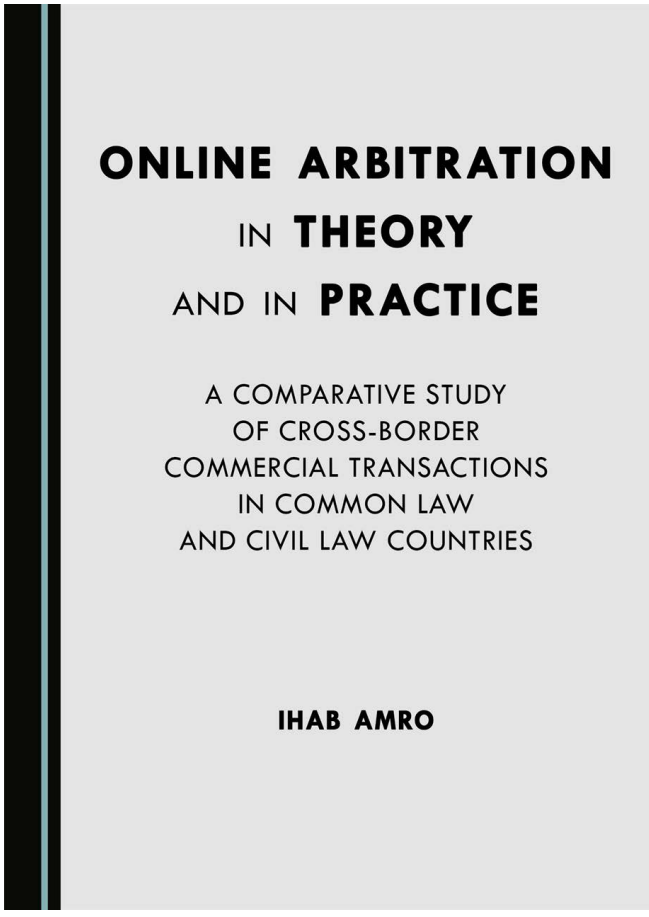
The book Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries[1] written by Ihab Amro is a comprehensive review of the electronic contracts and online arbitration in common law and civil law countries. It is a hardcover published by Cambridge Scholars Publishing 2018 and is one the few books dedicated exclusively to online arbitration.

The Online Arbitration in Theory and in Practice provides an in-depth analysis of how international arbitration institutions deal with online filing of cases, online notifications, and online hearings. I was pleased to find out that the book mentions that the Arbitration Association (Russia, Moscow) created an online arbitration system to facilitate the resolution of commercial disputes arising out of contractual and non-contractual transactions through the means of technology. In 2015, the Arbitration Association adopted a special set of online arbitrations rules ("The Arbitration Association Online Rules").

The Arbitration Association Online Rules mainly deal with the Arbitration Association online system, online arbitration participant(s), time periods, place of arbitration proceedings, language of arbitration proceedings, appointment of an arbitrator, challenge of an arbitrator, replacement of an arbitrator, initiation of arbitration proceedings, including statement of claim, commencement of online arbitration, and statement of defence. Apart from that, the Rules deal with the applicable rules of law, evidence, failure to produce documents and non-appearance of party, the possibility for conducting the proceedings, either with or without hearings, amicable settlement agreements, making of an online arbitral award, including time periods, interpretation and modification of an online arbitral award.

In the first chapter of the book "Cross-border electronic commerce transactions in theory and practice" the author concludes that in the last three decades e-commerce has become a leading avenue for global trade and has surpassed traditional off-line commerce. E-commerce includes all forms of commercial transactions executed by electronic means. In the book the author compares how electronic commercial contracts are different from the tradi-

[1] *Ihab Amro, Online Arbitration in Theory and in Practice: A Comparative Study in Common Law and Civil Law Countries. Cambridge Scholars Publishing; 1 edition. 285 pages. ISBN-10: 1527515915*



tional commercial contracts: Mr. Amro provides a detailed explanation of B2B and B2C contracts and puts a clear border line between e-commerce and other types of commerce. A distinguishing feature of the book is the analysis of the legal problems of e-commerce, in particular, jurisdictional issues, validity of electronic contracts and intricacies related to the choice of the applicable law. The author not only raises questions, but proposes possible solutions to some of the key problems associates with the international e-commerce.

The second chapter of the book "Legal Framework Regulating Cross-Border Electronic Commerce and its Impact on Electronic Contracting" is dedicated to regulatory regimes of cross-border electronic commerce and their impact on e-contracts. Mr Amro analyses a number of key legal documents, such as the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce of 1996, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures of 2001, the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods of 1980, the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts of 2010, and the OECD Guidelines for the Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce Transactions of 1999 and other.

In the third chapter "The Use of online arbitration in the resolution of international commercial disputes" the author considers online arbitration as a special kind of arbitration which is suitable for settlement of cross-border commercial disputes. The author delimits online arbitration agreements and traditional arbitration agreements. Most importantly, Mr Amro considers such questions as formation and validity of online arbitration agreements, place of online arbitration and nationality of arbitral awards, peculiarities of online arbitral process, applicability of due process in online arbitration and rendering of online arbitral awards. These issues are somewhat new to the international arbitration community and therefore the conclusions of the author are novel and deserve attention.

In the fourth chapter "Enforcement of cross-border online arbitral awards and online arbitration agreements in national courts" Mr. Amro outlines the mechanisms for the enforcement of online arbitral awards and arbitration agreements under the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958). The author explains in detail the obstacles which the awards issued in online arbitration may face in the national jurisdictions. In particular, the writing form requirements, absence of a physical place of arbitration, the issues of due process, notifications, formality of documents issues and the setting aside of online arbitral awards problems.

In the fifth chapter the author explains the relationship between online arbitration and consumer disputes. The author concludes that online arbitration may not be a suitable option for the resolution of consumers' disputes.

Finally, the author addresses an issue of application of the Rome I Regulation to B2C e-commerce contracts and to e-arbitration.

This book is a valuable contribution to the contemporary discussion on the efficiency and future of commercial arbitration and a great addition to a bookshelf of any modern arbitration practitioner.

КОНФЕРЕНЦИЯ АРБИТРАЖНОЙ АССОЦИАЦИИ «ВЗЫСКАНИЕ ДОЛГОВ В МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРАХ»

Дмитрий Артюхов
Главный редактор
Arbitration.ru

Шестого июня в московском отеле Marriott Aurora состоялась конференция Арбитражной Ассоциации «Взыскание долгов в международных спорах». **Роман Зыков**, генеральный секретарь Арбитражной Ассоциации, открывая конференцию, пошутил, что это был единственный день в году, когда мошенники могли спать спокойно: все лучшие специалисты по поиску активов собрались на конференции Арбитражной Ассоциации в Москве.

Модератором *первой сессии конференции «Discover the Undiscovered»* выступил **Андрей Панов**, старший юрист Norton Rose Fulbright, Москва.

Константин Кроль, партнер, руководитель направления Россия и СНГ фирмы Orrick, в деталях представил аудитории такое сравнительно новое явление, как судебные запросы о происхождении капитала (Unexplained Wealth Orders, UWOs) в Великобритании. Он рассказал о ведомствах, которые вправе требовать от британских судов делать такие запросы, и их возможных адресатах, которыми могут стать не только физические лица, но и, например, трасты. Отвечая на вопросы аудитории, Кроль рассказал, что запросы о происхождении капитала могут быть направлены и по инициативе зарубежных кредиторов, если они обратятся в правоохранительные органы Великобритании. Спикер также уделил внимание запросам на замораживание активов (freezing orders), а также практике английских банков по замораживанию средств при проведении подозрительных операций по счету или при наличии сомнений о происхождении средств. Вышеуказанные инструменты позволяют ощутимо ущемить интересы должника; однако, если средства должника будут заморожены по инициативе иностранного кредитора, не факт, что их в итоге получит кредитор, а не государство, отметил юрист.

Уилсон Антун, советник King & Wood Mallesons, выступил с докладом о том, каким образом сегодня лондонские суды поддерживают международные расследования случаев мошенничества, и описал арсенал средств, доступных как судебным и исполнительным органам Королевства, так и юристам, которые к ним обращаются. Он также подчеркнул, что в Лондоне очень высока конкуренция между юрфирмами из-за высокого насыщения рынка.

Стивен Филиппсон, партнер PCB Litigation, развил тему, начатую предыдущим спикером, и рассказал о таких средствах, как запрос на всемирный арест активов (Worldwide Freezing order), и сложностях, связанных с тем, чтобы убедить суд принять такие процессуальные меры. Говоря о том, зачем нужны такие процессуальные действия, спикер привел случай, когда должник для сокрытия своих активов использовал около 40 (!) структур, разбросанных по всему миру. Филиппсон также рассказал о запросах на проведение обыска на территории ответчика, в том числе с копированием данных с компьютерной техники.

Дарья Константинова, партнер АБ «Забейда и партнеры», посвятила свое выступление заказным уголовным делам в арбитражном процессе и их признакам. Она указала, что к таким признакам относятся надуманные обстоятельства, в которых можно лишь косвенно усмотреть приметы возможного преступления, а также требование о тотальной проверке хозяйственной деятельности юрлица. При этом уголовное дело инициируется, как правило, в отношении конкретного лица, что представляет определенные сложности для следователя в связи с возможным прекращением производства. Кроме того, уголовное дело инициируется не по месту совершения преступления, а там, где у «заказчика» есть свой ресурс. Чтобы обезопасить себя, важно доказать отсутствие умысла на хищение имущества, который играет важную роль при разграничении гражданско-правовой и уголовной ответственности, отметила спикер. В заключение Константинова обратила внимание аудитории на то, что юристы без статуса адвоката не могут отказаться от дачи показаний по уголовному делу.

Майкл Фенн, партнер Pinsent Masons, начал *вторую сессию «I have a Claim! ... or I have a Dream?»,* представив журнал о финансировании судебных споров «Litigation Funding». Фенн рассказал о вопросах страхования участия в судебных процессах (litigation insurance) и его подвидах – before/after the event insurance (BTE/ATE). Выступающий остановился на разных моделях финансирования (conditional fee agreements и damages based agreements, CFA и DBA). Также он отметил, что судебное финансирование доступно и разрешено не во всех странах. Так, например, в Сингапуре и Гонконге оно появилось лишь недавно, а в Ирландии вообще было запрещено решением Верховного суда страны.

Максим Карпов, директор и управляющий партнер NLF Group, рассказал о ключевых тенденциях на российском рынке финансирования. Инвесторам важна хорошая судебная позиция и высокая вероятность последующего взыскания. Сейчас популярны запросы на комплексное решение проблемы судебным инвестором – например, управление процедурой банкротства компании и последующим взысканием, заметил Карпов. Кроме того, судебные инвесторы могут привлекаться для финансирования споров, не имеющих прямой денежной оценки, и финан-

сирования исков и розыска активов в иностранных юрисдикциях. В делах последней категории зарубежные инвесторы могли отказать истцам в связи с тем, что они находятся под санкциями, пояснил Карпов. Юрист также обратил внимание аудитории на то, что раскрытие факта обращения к судебным инвесторам не предусмотрено российским законодательством.

Александр Стефановский, партнер компании «Платформа», подчеркнул, что услуги судебного финансирования требуются и российским клиентам, которые начинают спор с западными компаниями. Даже крупные компании имеют лишь смутное представление о величине судебных расходов, которые им предстоит понести за границей. По словам спикера, эти расходы сложно предсказать, равно как и сроки рассмотрения дел. К судебному финансированию обращаются и те крупные компании, которые не хотят изымать деньги из оборота, отметил Стефановский. Если иск истца готов профинансировать крупный судебный инвестор, ответчик убеждается в серьезности намерений истца и его шансах на успех и охотнее идет на компромисс.

Ли Друкер, сооснователь Lake Whillans Litigation Finance LLC, рассказал об исках как экономическом активе, которым обладает сторона или судебный инвестор. Он привел примеры расчетов, которые позволяют оценить перспективу инвестирования в судебный процесс по сравнению с вложением денег в компании. Он также представил аудитории график, на котором наглядно было показано распределение вероятности успеха инвестиций в зависимости от количества дел в портфеле судебного инвестора.

Майкл Фенн, партнер Pinsent Masons, в своей презентации рассказал, что в случаях, где судебные инвесторы финансировали ход процесса и направляли поведение стороны, они могут быть признаны стороной спора и понести ответственность наравне с проигравшей стороной. В этом контексте он упомянул о так называемом Arkin cap. Затем спикер привел в пример дело Essar Oilfield Services Ltd v Norscot Rig Management PVT Limited (2016), в котором истец, с точки зрения арбитра, вел себя настолько агрессивно, что арбитр присудил выигравшему ответчику взыскать с истца наряду с другими сумму, которую ответчик получил от судебного инвестора, чтобы защищаться в арбитраже. Кроме того, спикер привел пример прецедента с множественностью судебных инвесторов – Excalibur Ventures LLC v Texas Keystone Inc & Others (2016), где таковых было девять, а также Hellas Telecommunications (2017), где от стороны потребовали раскрыть своего судебного инвестора и договоренности с ним. Он упомянул и дело, где судебный инвестор финансировал коллективный иск – Sandra Bailey & Others v GlaxoSmithKline UK.

В ходе последующей дискуссии российские судебные инвесторы подчеркнули, что они вряд ли будут финансировать споры, имеющие политическую окраску, в связи с очень небольшой вероятностью получить положительное решение суда.

Модератор *третьей сессии «Show me the Money! Asset Tracing: What is it?»* **Алекс Волчич**, управляющий директор и глава направления расследований в России и СНГ бюро Kroll, представил панелистов, рассказал об их опыте в юридической и финансовой сфере. Спикер остановился на том, что сейчас в деле поиска активов недобросовестных должников огромную роль играют компьютерные программы, и найти подходящую – уже в значительной мере залог успеха. Он обсудил с панелистами возможности и ограничения использования детекторов лжи и невербальных сигналов в вопросах asset tracing.

Майк Ла Корте, директор Conflict International, председатель Международной ассоциации детективов, отметил, что расследования требуют координированного подхода и по возможности раннего вмешательства. Он также рассказал о поиске должников и их имущества по реестрам, профессиональным организациям и кратко остановился на том, как искать компании в офшорных юрисдикциях. Ценное подспорье для детектива представляют базы данных юридических прецедентов для поиска тех или иных персон, а также его рабочий инструмент – программы, которые позволяют хранить и организовывать найденную информацию. Ла Корте обзорно пояснил, как используются полевые агенты, и привел пример с поиском яхты, на которую должно было быть обращено взыскание.

Денис Винокуров, заместитель управляющего директора, Kroll, отметил, что перед началом больших споров компания должна учитывать, каким будет возврат затрат на судебное разбирательство. Спикер кратко рассказал о работе с офшорными трастами, а также о привлечении реальных свидетелей к расследованиям.

Алина Соколова, партнер Forensic-практики Deloitte СНГ, рассмотрела анализ документов и электронной переписки в расследованиях. Особое внимание необходимо обращать на частные компьютеры, лэптопы и мобильные телефоны сотрудников. Спикер также остановилась на вопросах правильной подготовки к интервью со свидетелями.

Модератором *четвертой сессии «Cross-border Bankruptcy involving Russian parties»* выступил **Александр Хаки**, директор CSI Group.

«Как убить арбитражное решение, или Мертвая рука банкротства в третейском разбирательстве» – с такой презентацией выступил **Антон Мальцев**, партнер Baker McKenzie. Что делать, если банкротное прошлое должника порочит арбитражное решение? Отвечая на свой вопрос, Мальцев обратился к спору между компаниями «Инжтрансстрой» и «Дреджин энд Маритайм Менеджмент», которое дошло до Верховного суда РФ. Разбирая ключевые этапы развития спора, докладчик обратил внимание на негативные последствия прекращения процедуры банкротства и заключения мирового соглашения.

Александр Писемский, управляющий директор CSI Group, в своем выступлении описал жизненный цикл проблемного актива. Докладчик рассказал о том, как обычно действуют должники, предвидя банкротство своего предприятия, и связанные с этим задачи компаний, которые осуществляют поиск активов. При поиске обычно анализируется не более 30% доступной информации, отметил Писемский. При этом общий объем данных в крупных корпорациях и банках колоссален, и задача агентств по поиску информации – найти в этом объеме полезные указания.

Георгий Мариничев, партнер Morgan Lewis, рассказал о способах защиты кредиторов в юрисдикциях общего права, в частности в офшорах, таких как Кипр или Британские Виргинские острова. Мариничев описал подвиды трастов, которые согласно английскому праву возникают не по договору, а в силу обстоятельств, и специальные виды исков – proprietary claims. Спикер обратил внимание на сложности в спорах об установлении юрисдикции в странах общего права.

Георгий Мурванидзе, советник АКБ «Держава», привлек внимание аудитории к проблемам трансграничного банкротства Россия/США. Он отметил, что большинство дел по данному вопросу рассматривается конкретным американским судом на Уолл-Стрит (Southern District), судьи которого уделяют большое внимание своей политической репутации, и назвал несколько связанных с этим нюансов подачи дел в этот суд. Спикер остановился на нюансах поиска должника и его средств в США, в частности по номеру социального страхования, и положении ст. 1872 Кодекса США (U.S. Code Section 1782, Discovery), позволяющем отслеживать переводы денег через банки-корреспонденты в США.

Николай Покрышкин, партнер бюро «Кульков, Колотилов и партнеры», рассказал о способах взыскания через банкротство в РФ или через иностранную юрисдикцию, а также связанные с этим группы рисков. В частности, спикер указал, что практически невозможно заставить арбитражного управляющего искать иностранные активы против его воли, поскольку законодательно такая обязанность не закреплена. Покрышкин также упомянул принцип Гиббса, определяющий иммунитет другой юрисдикции от процессуальных последствий банкротства в других странах, и его применение в различных странах. Юрист отметил риски, связанные с исками о взыскании неосновательного обогащения по ст. 23 Регламента ЕС № 2015/848. А также поделился с присутствующими методикой оценки усредненной суммы взыскания и привел разработанную им для этого математическую формулу. Спикер посоветовал обратить внимание на дело о банкротстве экс-совладельца «Внешпромбанка» Георгия Беджамова, которое стало следующим громким банкротством после решения о несостоятельности Владимира Кехмана, владельца импортировавшей в Россию бананы группы JFC.

«Самое страшное началось тогда, когда реформа стала реализовываться на практике»

ИНТЕРВЬЮ С АЛЕКСАНДРОМ СЕРГЕЕВИЧЕМ КОМАРОВЫМ. ПРОДОЛЖЕНИЕ

Беседовал
Дмитрий Артюхов
главный редактор Arbitration.ru

Arbitration.ru публикует продолжение интервью с Александром Сергеевичем Комаровым, д. ю. н., профессором кафедры международного частного права ВАВТ, экс-председателем МКАС при ТПП РФ. Первую часть интервью, посвященную профессиональному пути преподавателя, получению лицензии Гонконгским арбитражным центром, медиации и другим темам, можно прочитать в апрельском номере журнала.

Александр Сергеевич, как вы относитесь к российской арбитражной реформе в целом?

Мое отношение к ней достаточно негативное. Все началось с того, что в 2006 году были внесены дополнения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, первый вариант которого был принят в 1985 году. Мы вместе с Сергеем Николаевичем Лебедевым как представители Российской Федерации участвовали в совершенствовании этого нормативного акта, который отражал тенденции в международном коммерческом арбитраже, существовавшие в то время. Поправки в связи с этими международными законодательными новеллами были предложены в 2011–2012 годах для внесения в российский закон о международном коммерческом арбитраже, который был построен на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Они заключали в себе более либеральную трактовку формы арбитражного соглашения и расширенное регулирование применения коммерческим арбитражем обеспечительных мер. И тут произошло нечто неожиданное: против такого проекта закона выступил Высший арбитражный суд РФ. Там посчитали, что предлагаемые поправки создадут для сторон третейского разбирательства более благоприят-

На семинаре Королевского института арбитров, Лондон

ную ситуацию, чем в государственном арбитражном суде. Государственный суд этому воспротивился. В результате вынужденного компромисса мы урезали эти поправки, надеясь, что их примут во втором чтении. Так и произошло: сначала урезанный проект был принят в первом чтении. Затем противники указанных поправок пытались не допустить их в текст законопроекта самыми разными способами. Когда это не получилось, они в итоге решили перетряхнуть закон об арбитраже в целом. Основным аргументом для реформы законодательства стало утверждение, что институтом третейского суда злоупотребляют.

Уже тогда я заявил, что против такого пересмотра, говорил и писал об этом открыто. В итоге меня перестали приглашать в рабочие группы, занимавшиеся подготовкой реформы.

С самого начала идеология сторонников реформы строилась на том, что имеет место широкое злоупотребление третейским разбирательством, что вовсю работают «карманные» третейские суды и т.д., а значит, надо установить жесткий контроль над этой сферой, – и этот тезис стал знаменем реформы.

Но я считаю, что, хотя контроль был необходим, реформу следовало реализовать по-другому. Да, злоупотребления были, но с ними боролись. Они не носили массового характера, который требовал бы такого радикального изменения. Ни одна юридическая практика, в том числе и третейское разбирательство, не может осуществляться безукоризненно.

Законодательство то время давало возможность судебной системе исправлять эти недостатки. Увы, государственные суды в силу определенного отношения к арбитражу, отказались сыграть здесь свою роль.

Я, естественно, по мере возможности выступал за сохранение основных принципов регулирования третейского разбирательства; по крайней мере, административное регулирование совершенно было неуместно. Основа третейского разбирательства – автономия воли сторон – по сути ограничивалась запредельно. Я имею в виду

введенный разрешительный порядок лицензирования создания третейских судов – явление в мировой практике исключительное.

Но вначале этот порядок был просто записан на бумаге. Самое страшное началось тогда, когда реформа стала реализовываться на практике.

Вы знаете, что разрешение получили только два арбитражных института, помимо тех, которые принадлежат Торгово-промышленной палате, – РАЦ и РСПП. Позже – Спортивная арбитражная палата, так как ее существование было предусмотрено постановлением правительства. И то, что за последние годы ни одно другое ПДАУ не получило разрешения, можно назвать зачисткой. Причины, по которым были отклонены несколько десятков заявлений на осуществление деятельности, носили в основном формальный характер. Такой бюрократический тормоз не создаст условий, которые позволят прийти к положительным результатам.

Может, это сигнал, что в России востребован только государственный суд, а арбитраж в общем-то стране не нужен?

Идти по такому пути неправильно. Почему? Потому, что если у нас сейчас существует хотя бы некое подобие свободного рынка, то участникам торгового оборота должны быть даны и те возможности, которые свободному рынку свойственны. Представьте себе ситуацию, когда государство провозглашает, что всем можно заниматься предпринимательской деятельностью, но в то же время для этого потребуется у него получать разрешение. То есть, с одной стороны, возможности открываются, а с другой – фактически сводятся на нет. Так и здесь. Новые правила, во-первых, избыточны, а во-вторых, во многом ограничивают свободу выбора сторон.

Я также считаю неправильным, что арбитраж ad hoc ущемлен, его работа по своим правовым последствиям не равна действующему арбитражному суду. Ведь арбитраж ad hoc – это самое начало, плоть от плоти третейского суда. А сейчас сделали так, что пользоваться им, по сути, не имеет смысла. Необходимо реабилитировать этот вид арбитража, который имеет немало достоинств, особенно в случае малых и средних предприятий.

Если бы вы могли сейчас изменить российское законодательство об арбитраже, какие бы поправки внесли?

Во-первых, убрал бы разрешительный порядок лицензирования ПДАУ. Я думаю, что если государство хочет контролировать эту сферу, то порядок должен быть заявительным.

Во-вторых, закон об арбитраже сейчас содержит очень много императивных положений, которые предписывают третейским судам, что и как им делать, и таким образом ограничивают автономию воли сторон, поскольку правила арбитражного разбирательства, принятые ПДАУ, в котором стороны договорились рассматривать спор, являются частью арбитражного соглашения, заключаемого сторонами. А ведь в третейском разбирательстве многое определяется предметом спора, от этого могут зависеть правила рассмотрения дела, выбираемые сторонами. В законе же попытались подстричь под одну гребенку все возможные варианты процедуры без учета особенностей и характера спора.

В-третьих, нужно вернуть полностью легитимный статус арбитражу ad hoc. Нынешние ограничения ничем не оправданы и не лезут ни в какие ворота. Сейчас арбитраж ad hoc лишен многих полномочий и правовых механизмов, которые по закону даются только постоянно действующим арбитражным институтам.

В-четвертых, важно, чтобы арбитраж был территориально доступен в такой огромной стране, как Россия. Сейчас действует всего несколько центров в Москве. И хотя Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной пала-

те РФ открывает свои филиалы и отделения, о доступности арбитража на периферии пока речи не идет. Все вопросы, связанные с администрированием арбитражного разбирательства, раньше решались на местах, где были самостоятельные третейские суды, сегодня же все идет через Москву. А действительно важная задача – приблизить арбитраж к месту, где возник или будет разбираться спор.

Вам часто доводилось выступать в роли арбитра. Участвовали ли вы в разрешении споров по принципам lex mercatoria? Они часто упоминаются в учебниках, но что представляет собой этот зверь на практике?

Хотя данные принципы в целом используются нечасто, на практике я не раз был свидетелем ситуации, когда арбитры применяли lex mercatoria – или, наоборот, отказывались их применять. Когда я участвовал в арбитраже за рубежом, арбитры применяли lex mercatoria в спорах, которые было невозможно решить исходя из норм применимого национального права. В частности, нормы lex mercatoria использовались в инвестиционных спорах.

Я помню, что несколько раз состав арбитров решал проблему, основываясь на том, что какой-то конкретный подход, к которому они склоняются, соответствует сложившемуся в международном обороте способу регулирования этого вопроса. Что подтверждается, например, одним из наиболее авторитетных источников lex mercatoria, к числу которых в последнее время все чаще относят Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА.

Я очень позитивно отношусь к lex mercatoria. Я на протяжении многих лет был членом рабочей группы по подготовке принципов УНИДРУА как один из их авторов. Уверен, что возможности применять эти принципы будут расширяться. И в нашем законе о международном коммерческом арбитраже, и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ существует специальная формулировка на этот счет: «*Арбитраж обязан применять те нормы права, которые согласовали стороны*». И указание на данные нормы не просто лингвистический прием. Здесь смысл в том, что *стороны могут предусмотреть в качестве применимых и нормы права, которые таковыми формально не являются. То есть те нормы, которые не являются частью какого-либо национального права, а сформулированы в международных источниках, которые носят факультативный характер.*

У вас большой опыт выступления в качестве арбитра и в Москве по Регламенту МКАС, и в Стокгольме по Регламенту SCC. В чем вы видите основные различия в рассмотрении дел в этих центрах – не столько с точки зрения различий в самих регламентах, сколько с точки зрения подходов?

Международный арбитраж имеет одинаковые принципы, где бы он ни проходил, – он и должен быть таким. Однако есть определенные национальные различия, связанные, например, с историческими традициями, с подходом и пониманием того, что такое арбитраж.

Например, если мы сравниваем МКАС с Арбитражным институтом Торговой палаты Стокгольма, то там роль секретариата не такая значительная, как в нашем арбитраже. В МКАС вся корреспонденция между сторонами и арбитражным составом идет через секретариат. В Стокгольме, как только сформирован состав арбитров, материалы передаются им. Секретариат в Стокгольме наблюдает за тем, чтобы соблюдались все организационные правила разбирательства. Следит за сроками, в течение которых должно быть вынесено решение. В случае необходимости он содействует арбитражному составу, чтобы найти помещение, где будут проходить заседания, потому что, в отличие от МКАС, у SCC нет специальных помеще-

ний для проведения слушаний[1]. Для этого состав арбитража, как правило, использует конференц-залы в гостиницах или специальных деловых центрах.

В Стокгольме большую роль играет председатель состава арбитража. Им должен быть опытный юрист, который берет на себя и организаторские функции. У нас организационное сопровождение всего процесса от и до ведет секретариат. В этом отношении стокгольмский секретариат менее заметен на стадии самого разбирательства. Вместе с тем, когда решение уже вынесено, секретариат рассчитывает размер гонораров арбитров и суммы возмещения расходов сторон на основе существующих инструкций. Этим его функция, как правило, исчерпывается.

В стокгольмском арбитраже нет фигуры докладчика. У нас докладчик – это во многом представитель секретариата, так как большая доля организационной работы ложится на секретариат. В Стокгольме большая часть организационных обязанностей ложится на председателя состава арбитража.

Нельзя сказать, что так происходит потому, что их секретариат пассивен. Такая схема работы выстроена, чтобы ограничить поток документов, который проходит через секретариат: иногда бывает, что количество материалов, предоставляемых сторонами, исчисляется коробками. У нас в помещениях МКАС накапливается огромный объем бумаг – именно потому что вся корреспонденция по арбитражному делу идет через секретариат. Чтобы избежать такого завала, я мог бы порекомендовать МКАС установить порядок, при котором, после того как сформирован состав арбитража, документы направлялись бы непосредственно арбитрам (а не шли через секретариат арбитражного учреждения). Например, если председателем является шведский адвокат – то пересылать материалы непосредственно ему в офис. А если, например, председателем будет российский профессор, как я, – то отправлять материалы в учебное заведение, где он работает, или иное удобное для него место.

[1] *В Стокгольме функционирует Stockholm International Hearing Center (https://sccinstitute.com/our-services/hearings/), непосредственно не принадлежащий, но рекомендованный SCC. – Прим. ред.*

ОБЗОР СУДЕБНЫХ РЕШЕНИЙ РФ

Степан Султанов
юрист АБ «КИАП», Москва

ОТСУТСТВИЕ В ПРАВЕ РФ АНАЛОГИЧНЫХ ПРАВОВЫХ НОРМ И ВЫНЕСЕНИЕ РЕШЕНИЯ ПРОТИВ ОТВЕТЧИКА-ГРАДООБРАЗУЮЩЕГО ПРЕДПРИЯТИЯ НЕ НАРУШАЮТ ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК

Номер дела в государственном суде: А50-2962/2019.

Стороны спора:
Esterer WD GmbH (Германия) – заявитель в государственном суде, истец в третейском суде;
АО «Александровский машиностроительный завод» (Россия) – заинтересованное лицо в государственном суде, ответчик в третейском суде.

Разрешавший спор третейский суд:
Третейский суд Торговой палаты Гамбурга.

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде:
Esterer WD GmbH: Р.И. Каримуллин.
АО «Александровский машиностроительный завод»: Д.О. Волков.

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:
Первая инстанция: Э.А. Ушакова.

Между Esterer WD GmbH (продавец) и правопредшественником АО «Александровский машиностроительный завод» (покупатель) был заключен договор на изготовление и поставку оборудования лесопильного предприятия. Договор содержал арбитражную оговорку, которая предусматривала рассмотрение спора по правилам третейского суда Торговой палаты Гамбурга.

Завод-покупатель не оплатил изготовленный товар, в результате чего возник спор. По решению третейского суда, с покупателя были взысканы

задолженность в размере 1 млн евро, проценты в размере 186 602,27 евро и проценты по ст. 395 ГК РФ в период с 14 июля 2017 года по день оплаты задолженности.

Немецкая фирма-продавец обратилась в Арбитражный суд Пермского края с заявлением о признании и приведении в исполнение решения третейского суда. Также заявитель просил взыскать судебные расходы по приведению решения в исполнение. Среди них значились расходы на представителя, услуги юриста были оценены в 447 240,00 рублей.

Покупатель возразил, что российское законодательство не содержит норм, позволяющих продавцу требовать в судебном порядке взыскания с покупателя стоимости изготовленного, но не переданного ему товара, до момента его фактической передачи. Нет в законе и оснований для взыскания с покупателя санкций за невнесение авансового платежа.

По мнению покупателя, с учетом отсутствия соответствующего регулирования в российском законодательстве, признание и приведение в исполнение решения нарушило бы основополагающие принципы российского законодательства. В связи с этим исполнение решения противоречило бы публичному порядку Российской Федерации, предполагающему добросовестность и равенство сторон, вступающих в частные отношения, а также соразмерность мер гражданско-правовой ответственности виновному правонарушению.

В качестве отдельного довода представители Александровского машиностроительного завода указали, что он является градообразующим предприятием.

Вынося решение по делу, арбитражный суд перечислил основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения из ст. 244 АПК РФ и ст. V Нью-Йоркской конвенции (1958), дал определение публичному порядку и не усмотрел соответствия доводов покупателя указанным основаниям. Арбитражный суд отдельно подчеркнул, что он не вправе пересматривать решение по существу и исследовать правильность применения норм материального права. Суд отметил, что стороны, заключая контракт, исходили из принципа свободы договора.

Суд также оценил стоимость юридических услуг по признанию и приведению в исполнение решения третейского суда в Перми и снизил размер расходов на представителя до 120 000,00 рублей.

В определении суда такая информация отсутствует, но возможно суд руководствовался п. 20 информационного письма Президиума ВАС РФ от 13.08.2004 № 82 и решил использовать средние ставки работы пермского юриста, несмотря на то, что представителем в настоящем деле был московский адвокат, к. ю. н.

ПРИМЕНЕНИЕ ЗАКОНА 223-ФЗ И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ БЮДЖЕТНЫХ СРЕДСТВ НЕ ВЛИЯЮТ НА ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ И ИСПОЛНИМОСТЬ АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКИ. «НО ЭТО НЕ ТОЧНО»

По результатам проведения закупочной процедуры в соответствии с Федеральным законом №223-ФЗ между истцом и ответчиком был заключен договор на изготовление и поставку коллекторов АСРК (автоматизированной системы радиационного контроля) для энергоблока № 2 Нововоронежской АЭС-2.

Согласно договору, сумма предоставленных бюджетных средств составляла более 15,7 млн рублей (без учета НДС). В отношении договора также была введена процедура казначейского сопровождения.

Истец обратился в Арбитражный суд города Москвы с иском (1) о признании третейской

Номер дела в государственном суде: А40-103037/2018.

Стороны спора:
ООО «СНИИП-АСКРО» (Россия) – истец в государственном суде;
АО «Русатом Автоматизированные системы управления» (Россия) – ответчик в государственном суде.

Третейский суд согласно договору:
по выбору истца: МКАС при ТПП РФ или Третейский суд для разрешения экономических споров при Частном учреждении «Центр третейского регулирования и правовой экспертизы».

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде:
ООО «СНИИП-АСКРО»: В.В. Шиян (первая инстанция), К.С. Кузьмин (первая инстанция).
АО «РАСУ»: Т.С. Емельянова (первая инстанция), О.А. Грабченко (первая и вторая инстанции).

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:
Первая инстанция: Е.А. Абрамова.
Апелляция: И.А. Титова (председательствующий судья), Е.В. Бодрова, А.Л. Фриев.

оговорки недействительной в связи с неарбитрабельностью спора и (2) о взыскании с ответчика суммы основного долга в размере 18,6 млн рублей, неустойки в размере более 900 тыс. рублей.

Арбитражный суд города Москвы указал, что спор арбитрабелен, но на основании п. 2 ст. 168 ГК РФ признал оговорку недействительной, поскольку договор предполагал использование бюджетных средств, что, по мнению суда, нарушает публичный порядок Российской Федерации.

Истец обжаловал решение. Как указал апелляционный суд, вывод суда о недействительности (ничтожности) третейского соглашения сделан в отсутствие одного из необходимых элементов юридического состава, входящего в предмет доказывания по иску, а именно: судом не установлен закон или иной правовой акт, которому не соответствует третейское соглашение.

Апелляционный суд подчеркнул, что само по себе несоответствие сделки законодательству или нарушение ею прав публично-правового образования не свидетельствует о том, что имеет место нарушение публичных интересов. Применительно к обстоятельствам спора, по мнению апелляционного суда, приобретение оборудования за счет бюджетных средств не привносит никакой специфики в обязательственные отношения сторон, не изменяет гражданско-правовой природы спора, поскольку не является содержательным элементом спорного правоотношения, суть которого остается частноправовой.

Видимо, чтобы дополнительно усилить свою аргументацию, до и сразу после указанного выше довода в тексте постановления апелляционный суд трижды подчеркнул, что ему не представлено доказательств, которые могли

бы подтвердить действительное использование бюджетных средств для реализации договора.

Хотя апелляционный суд сослался на ч. 2 ст. 233 АПК РФ и информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 года № 156, он всё же не указал, что на предмет соответствия публичному порядку должна проверяться не третейская оговорка, а решение третейского суда при оспаривании решения по месту арбитража или исполнение решения третейского суда при признании и приведении в исполнение решения.

Решение АСГМ было отменено, в иске о признании недействительной третейской оговорки было отказано. В остальной части требования истца были оставлены без рассмотрения.

Постановление суда соотносится с правовой позицией, изложенной в постановлении Президиума ВАС РФ от 3 апреля 2012 г. № 17043/11 по делу № А41-29131/10: участие [публичного субъекта] в договорных правоотношениях само по себе не меняет их гражданско-правовую природу на публично-правовую. Несмотря на то, что постановление является положительным для третейского разбирательства, тем не менее, из текста постановления следует, что позиция суда является недостаточно однозначной по вопросу использования бюджетных средств для реализации договора. Недостаточная однозначность может объясняться, в том числе, противоречивой судебной практикой.

Напомним, что в очередной раз похожие вопросы рассматриваются в Верховном суде РФ в деле № А40-111339/18. Посмотрим, какова будет позиция кассационной инстанции.

ЗАВИСИМОСТЬ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРА ОТ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ОРГАНОВ РФ И ОСОБЫЙ ВИД ПОСТАВЛЯЕМОЙ ПРОДУКЦИИ МОЖЕТ ПРИВЕСТИ К ПЕРЕОЦЕНКЕ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРА И К ПРИЗНАНИЮ НАРУШЕНИЯ ПУБЛИЧНОГО ПОРЯДКА

ООО НПП «Инкос» (продавец) и ГП ПО «Южный машиностроительный завод имени А.М. Макарова» (покупатель) заключили договор на поставку продукции, включающей в себя комплект конструкторской документации на выключатель В-3.

Договор предусматривал, что возможность и сроки поставки товара определяли результаты экспертиз, обязательных в соответствии с законодательством РФ. В качестве применимого права было указано право и Украины, и России.

Отдельное внимание в условиях договора было уделено обязанностям сторон по оформлению документации на устройство. Российская федеральная служба по военно-техническому сотрудничеству выдала заключение, согласно которому комплект документации на выключатель В-3 относился к продукции военного назначения.

Для подтверждения разрешения на экспорт продавец проводил работы по подтверждению грифа продукции «несекретно», подтверждению прав на продажу комплекта документации на выключатель В-3, получению заключения о виде продукции, оформлению паспорта экспортного облика. Также продавец обращался в Министерство промышленности и торговли РФ по включению товара в «Перечень по вывозимым товарам».

По мнению продавца, он предпринял все возможные работы, чтобы получить разрешение на передачу документации покупателю. Тем не менее, в отсутствие соответствующих разрешений поставка комплекта документации на вы-

Номер дела в государственном суде: А41-90912/2018.

Стороны спора:
Государственное предприятие Производственное объединение «Южный машиностроительный завод имени А.М. Макарова» (Украина) – заявитель в государственном суде, истец в третейском суде;
ООО Научно-производственное предприятие «Инкос» (Россия) – заинтересованное лицо в государственном суде, ответчик в третейском суде.

Разрешавший спор третейский суд: МКАС при ТПП Украины.

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде:
ГП ПО «Южный машиностроительный завод имени А.М. Макарова»: Л.С. Кравченко.
ООО НПП «Инкос»: В.П. Сачков (первая инстанция).

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:
Первая инстанция: И.В. Быковских.
Кассация: Н.Ю. Дунаева (председательствующая судья), С.В. Краснова, Л.В. Федулова.

ключатель В-3 оказалась невозможной. Покупатель посчитал, что продавец не исполнил свои обязательства по договору и обратился в третейский суд с требованием о возврате выплаченного аванса.

Третейский суд, согласившись с доводами покупателя, обязал продавца выплатить покупателю 1,4 млн рублей задолженности (возврат неиспользованного должником аванса), 85,4 тыс. рублей пени, 98 тыс. рублей штрафа и почти 160 тыс. рублей арбитражного сбора.

Украинский завод-покупатель обратился в Арбитражный суд Московской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения. Продавец заявил возражения и ссылался на то, что, согласно тексту решения третейского суда, арбитрами не учтено, что в предмет договора, в том числе, входили работы по проведению экспертиз, без которых поставка продукции невозможна.

Суд первой инстанции по собственной инициативе установил нарушение публичного порядка Российской Федерации, что послужило основанием отказа в признании и приведении в исполнение решения МКАС при ТПП Украины.

По мнению государственного суда, предметом договора фактически являлось оформление документации для продукции военного назначения, а не только поставка продукции. Соответственно, существовавшие между сторонами в течение длительного времени отношения фактически не являются предметом договора, по которому третейским судом была взыскана задолженность.

По мнению государственного суда, арбитры не учли и не исследовали вопрос наступления неблагоприятных последствий при поставке, связанных с видом продукции, зависимости исполнения договора от государственных органов РФ,

необходимости получения экспертиз и лицензий на вывоз продукции на территорию Украины.

Государственный суд отдельно отметил, что поставляемая продукция является интеллектуальной собственностью на компонент ракетно-космической техники с полным циклом производства и последующей эксплуатацией без контроля правообладателя, свободная реализация которой запрещена.

С учетом перечисленных обстоятельств признание и приведение в исполнение решения МКАС при ТПП Украины противоречило бы публичному порядку РФ и нарушало бы общие принципы права (принцип добросовестности и запрета злоупотребления правом).

В итоге суд первой инстанции отказался исполнить решение украинского МКАС, а затем эту позицию поддержал и Арбитражный суд Московского округа.

ИСТЕЦ ОЧЕНЬ НЕ ХОТЕЛ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА В ХЕЛЬСИНСКОМ МКА – И ЗЛОУПОТРЕБИЛ ПРАВОМ

Номер дела в государственном суде: А40-315816/2018.

Стороны спора:
ООО «Вектор» (Россия) – истец в государственном суде;
ООО «Магистраль телеком» (Россия) – ответчик в государственном суде.

Третейский суд согласно оговорке:
Хельсинский международный коммерческий арбитраж при Международной ассоциации арбитров коммерческих арбитражных судов.

Представители сторон в третейском суде: Н/д.

Арбитры: Н/д.

Представители сторон в государственном суде:
Без вызова сторон.

Судьи, вынесшие решение в государственном суде:
Первая инстанция: О.И. Никонова.

Истец обратился в Арбитражный суд города Москвы с требованием о взыскании с ответчика задолженности по договору подряда в размере 77 182,08 рубля, пени 22 052,00 рубля, представительских расходов 10 000,00 рублей.

Ответчик ходатайствовал об оставлении заявления без рассмотрения в связи с тем, что, согласно договору, все споры подлежат рассмотрению в межведомственном арбитражно-третейском суде при Международной Ассоциации гражданского судопроизводства.

Суд установил, что соглашением о правопреемстве в отношении полномочий по осуществлению арбитражного (третейского) раз-

бирательства на основании арбитражного (третейского) соглашения или арбитражной (третейской) оговорки от 1 июня 2018 года данный спор подлежит рассмотрению правопреемником Межведомственного арбитражно-третейского суда при Международной Ассоциации гражданского судопроизводства. Им является Хельсинский международный коммерческий арбитраж при Международной ассоциации арбитров коммерческих арбитражных судов.

Суд оставил исковое заявление без рассмотрения.

Любопытно, что истец подал сразу несколько похожих друг на друга исковых заявлений в АСГМ. Суд оценил такие действия как злоупотребление правом и отказал истцу в возврате госпошлины.

Что явилось причиной такого сильного нежелания истца обращаться в третейский суд согласно арбитражной оговорке – маленькая сумма спора, неоднозначная репутация третейского суда, высокий риск неисполнимости последующего решения суда Хельсинского МКА – неясно: дело рассматривалось в упрощенном порядке, а суд не изложил доводы истца на этот счет (если они имелись).

МЕДИАЦИЯ: ПАЦИЕНТ СКОРЕЕ ЖИВ, ЧЕМ МЕРТВ? ОБЗОР ДИСКУССИИ ПО МЕДИАЦИИ В РАМКАХ VI ЕЖЕГОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ РАА

Ирина Суспицына
юрист, профессиональный медиатор, слушатель магистерской программы ВШЭ по психоанализу и бизнес-консультированию, модератор дискуссии

Состояние медиации в России стало одной из горячих тем VI Ежегодной конференция Арбитражной Ассоциации, состоявшейся в конце апреля. Четвертая сессия конференции проходила в формате коротких обсуждений с мест («бла-бла-блайки») и завершилась жаркой полемикой, которую модерировала автор настоящей статьи.

Тема дискуссии звучала провокационно: «Медиация: пациент скорее жив, чем мертв?». Блиц-опрос аудитории показал, что не все присутствующие верят, что «пациент жив» и что медиация как способ разрешения споров в России работает. Участники конференции получили возможность пообщаться с практикующими юристами-медиаторами и поделиться своими сомнениями.

В России на сегодняшний день нет сведений о количестве конфликтов, разрешенных при помощи медиации. Зато такая статистика ведется в Белоруссии. Ею поделился юрист из Минска **Максим Жуков**, член рабочей группы Арбитражной Ассоциации по медиации: «Согласно статистике экономических судов, в рамках медиации и примирения разрешается в среднем около 15–20% дел. В данный момент в Беларуси планируется реформа законодательства о медиации. Возможно введение обязательной медиации по семейным спорам, однако пока эта инициатива не нашла достаточной поддержки, в том числе среди медиаторов. В целом адвокаты у нас не очень хорошо относятся к медиации, поскольку считают медиаторов конкурентами (адвокатам проще рассматривать спор в суде – это их территория). Но есть и исключения, особенно в сложных делах, где нет безусловно правых и виноватых. Обычно клиенты удивляются, что спор можно решить быстро и вторая сторона способна договариваться (все-таки дефицит общения в отсутствие медиатора этому препятствуют). Удивляются и тому, что медиатор не консультирует стороны и не принимает решение за них (сказывается привычное представление о действиях адвоката и судьи)».

Ирина Путалова, профессиональный медиатор и преподаватель АНО «Центр медиации и права», убеждена, что «пациент жив». Ирина поделилась примерами успешных кейсов медиации коммерческих споров, а также малоизвестным для участников конференции опытом медиации в социальной сфере: «Мировая практика показывает, что медиация особенно эффективна в трудовых и семейных конфликтах, особенно если затронуты интересы несовершеннолетних детей. Практически все трансграничные споры о похищении детей в рамках Гаагской конвенции рассматриваются с привлечением медиаторов. Все больше межэтнических конфликтов регулируются при помощи этномедиации. В России создаются и действуют службы школьной медиации в рамках Концепции развития до 2020 года сети служб медиации. Вопросами развития этой сферы у нас занимается Федеральный институт медиации, в МГППУ на факультете юридической психологии создана кафедра «Медиация в социальной сфере», работает Национальная организация медиаторов, АНО «Научно-методический центр медиации и права», а также множество других организаций».

Интерпретируя слова Путаловой, можно сказать, что пациент «подает признаки жизни», – но как пациенту быстрее пойти на поправку? В настоящее время в России продолжается обсуждение поправок в законодательство о медиации. **Сергей Морозов**, юрист Beiten Burkhardt и член рабочей группы Арбитражной Ассоциации по медиации, отметил наиболее важные из назревших изменений: «Во-первых, необходимо закрепление в АПК, ГПК и Федеральном законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» обязательной силы медиативной оговорки. Согласно актуальной редакции закона о медиации, медиативная оговорка обязательна для суда или третейского суда «за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права». Другим нововведением является закрепление в процессуальном законодательстве механизма оставления иска без рассмотрения по аналогии с арбитражным соглашением. По заявлению стороны суд будет обязан оставить иск без рассмотрения, за исключением случаев, когда медиативное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено. Возможным после принятия соответствующего федерального закона станет также выполнение одним лицом функций арбитра и медиатора по процедуре arb-med-arb (в этом случае медиация может быть применена в любой момент рассмотрения дела третейским судом). Одной из самых дискуссионных остается новелла в процессуальном законодательстве об исполнительной силе нотариально заверенного медиативного соглашения, поскольку она может привести к различным злоупотреблениям – схожим с теми, которые имели место до реформы арбитража в России. Медиация может быть использована недобросовестными участниками оборота для формирования искусственной задолженности и ее последующей легализации (к примеру, путем включения в реестр требований кредиторов при банкротстве)».

По мнению **Натальи Гайдаенко-Шер**, члена Коллегии посредников в примирительных процедурах при ТПП РФ, профессионального медиатора и арбитра МКАС, «пациент пойдет на поправку», если юристы будут поближе познакомятся с медиацией и получат необходимые навыки: «Сложно отрицать, что при подготовке студентов юридических специальностей основное время уделяется состязательным процедурам разрешения споров, а переговорные технологии не изучаются. В результате подавляющее большинство юристов не имеет личного опыта участия в медиации, чувствует себя в ней неуверенно, не зная, чего ожидать и как грамотно сопроводить клиента в переговорах. Практика показывает, что решающую роль в выборе способа разрешения спора играет его привычность для юриста и правовая сила результата для клиента. Юристы зачастую с недоверием относятся к медиации». Наталья также рассказала, что в ВАВТ медиация входит в обязательный курс обучения для студентов-юристов.

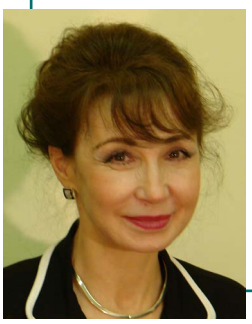
Между участниками конференции возникла дискуссия о том, стоит ли формализовать процедуру медиации и профессию медиатора, пытаться их «зарегулировать». С интересным комментарием выступил **Роман Зыков**, генеральный секретарь Арбитражной Ассоциации. По его мнению, если медиация в России станет популярной, у государства непременно возникнет соблазн взять ее под больший контроль, как это произошло с арбитражем.

Действительно, на законодательном уровне медиация становится все больше похожа на арбитраж, а арбитраж – на суд. Мы видим тенденцию к юридизации альтернативных способов разрешения споров. В чем же тогда их альтернативность? Этот вопрос остается открытым. Для юридического сообщества также не совсем понятно, что стороны получают в результате медиации. Разумеется, на документальном уровне они получают медиативное соглашение. Однако подписанное медиативное соглашение не показатель эффективности процедуры – сближение позиций сторон и разрешение конфликта может быть важнее.

Дмитрий Самигуллин, управляющий партнер Адвокатского бюро RBL и член рабочей группы Арбитражной Ассоциации по медиации, так прокомментировал принцип исчерпания конфликта: «Почему мы развиваем практику медиации? Почему мы должны предлагать клиентам этот вариант? Дело в том, что удовлетворенность клиента в результате медиации может быть во много раз выше, чем после суда или арбитража. Если стороны по-настоящему примирились после процедуры, то конфликт исчерпан и его продолжение маловероятно. Вынесение решения судом не говорит о разрешении конфликта. Суд лишь определяет, чьи требования буду принудительно удовлетворены в рамках конкретных обстоятельств дела и соответствующих доказательств. Но конфликт зачастую остается».

Подводя итоги дискуссии по медиации в рамках VI Ежегодной конференции РАА, можно сказать, что юридическое сообщество еще недостаточно знакомо с медиацией как способом разрешения споров. Полемика также показала, что адвокаты начинают видеть в медиаторах потенциальных конкурентов. Есть множество открытых вопросов по процедуре, ее эффективности для сторон и профессиональной роли медиатора.

Для разрешения этих проблем создана новая рабочая группа Арбитражной Ассоциации по медиации. Приглашаем коллег присоединиться к ней!



РОССИЙСКАЯ МЕДИАЦИЯ

Е. Н. Иванова
к. п. н., доцент кафедры конфликтологии и руководитель службы консультирования и медиации СПбГУ, медиатор Торгово-промышленной палаты Санкт-Петербурга

Медиация как способ альтернативного разрешения споров

С каждым годом медиация завоевывает все более прочные позиции в России в разных сферах работы с конфликтом. Рост популярности медиации и доверия к ней определяется прежде всего ее преимуществами по сравнению с другими подходами и методами управления конфликтами. Существует множество определений медиации, тем не менее почти во всех выделяются три основные составляющие:

- медиация как процедура для разрешения конфликтов, отраженная в Федеральном законе № 193;
- медиация как переговорный процесс между сторонами;
- медиация как метод работы с конфликтом при участии медиатора – нейтрального и беспристрастного лица.

Таким образом, медиацию можно определить как *способ разрешения конфликтов и проблем с помощью переговоров между сторонами с участием нейтрального посредника*. Медиация является гибкой, неформальной процедурой, ориентированной прежде всего на неюридические аспекты конфликта, но не противоречащей закону.

Нередко можно услышать мнение, что медиация имеет скорее психологическую природу и приемлема только в семейной, бытовой, межличностной и других сферах, где человеческие отношения являются доминирующей составляющей конфликтов. Однако мировая и отечественная практика свидетельствует о другом. В частности, и коммерческие споры, и ситуации, где между сторонами нет длительной истории отношений и не предполагается их продолжение, также оказываются областью приложения медиативной технологии. Даже когда предмет спора может быть урегулирован юридически, медиация часто позволяет сторонам прийти к более выгодному для них решению.

Развитие медиации

История практической медиации в России насчитывает почти 30 лет, и началась она с деятельности петербургских медиаторов. В 1990-х годах они уже активно работали, в том числе участвовали в разрешении конфликтов при акционировании ряда предприятий. Достижение договоренностей, удовлетворяющих и сотрудников, и администрацию, позволило этим предприятиям избежать развала, сохранить рабочие места и не допустить жестких способов раздела имущества. С 2008 года при поддержке судебного департамента началась регулярная практика медиации в судах Санкт-Петербурга.

Но широкое распространение медиация получила в стране позже, после принятия Федерального закона от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» – кстати, процесс распространения медиации во многих европейских странах на-

чался примерно в то же время. Закон привел к оживлению медиационной практики в различных сферах. Сейчас во многих регионах России медиаторы активно работают как в судах, так и во внесудебных инстанциях. Успешно рассматриваются случаи раздела имущества и опеки над детьми при разводе, соседские, трудовые конфликты, проблемы при разделе наследства, внутрикорпоративные и межкорпоративные споры, конфликты в образовательной сфере (прежде всего в школах) и многие другие.

Медиаторы работают в различных организациях или имеют частную практику. Как правило, медиация является лишь одним из видов их деятельности, однако все чаще встречаются случаи, когда медиация становится основной профессиональной деятельностью специалистов. В настоящее время в интернете можно найти около 500 организаций, которые зарегистрированы как занимающиеся медиацией. Они распространены по всей России, за исключением нескольких регионов[1]. Меньше всего медиация представлена на Дальнем Востоке.

Принципы медиации

Преимущества медиации, ее высокая эффективность в заключении и соблюдении соглашений между сторонами основываются на ее базовых принципах. Разные авторы формулируют их обобщенно или дифференцированно, количество принципов варьируется от трех до двенадцати. В нашей стране вслед за петербургской школой принято выделять четыре базовых принципа медиации: нейтральность, добровольность, конфиденциальность, равенство.

Самый первый и фундаментальный принцип медиации, вынесенный в ее определение, – *нейтральность,* беспристрастность медиатора. Именно нейтральность дает медиатору возможность сохранять широкое видение проблемы и помогать сторонам творчески подходить к ее решению. Нейтральность позволяет медиатору не поддаваться эмоциональным искажениям восприятия и мышления, противостоять эмоциональным выпадам и манипуляциям сторон, эффективно руководить процессом переговоров между спорящими сторонами.

Нередко нейтральность трактуется узко – как чисто техническая (материальная или другая зависимость, заведомая заинтересованность в определенном исходе конфликта и пр.) или эмоциональная категория, имеющая отношение лишь к взаимоотношениям медиатора и сторон. Однако не менее важной является содержательная нейтральность медиатора, невмешательство в существо спора, умение воздержаться от советов, рекомендаций, продавливания решения, которое самому медиатору кажется наилучшим. Эффективность медиации выше, если у сторон есть уверенность в беспристрастности медиатора, это укрепляет их доверие к процедуре в целом.

Добровольность как принцип медиации не ограничивается добровольностью прихода сторон для участия в процедуре медиации и возможностью ее прекращения по инициативе любого из участников. Во многих странах существует обязательная медиация, что, на первый взгляд, противоречит требованию отсутствия принуждения к участию в медиации. Однако это противоречие лишь кажущееся: стороны там обязаны попробовать медиацию, но не обязаны ограничиваться ею, они могут в любое время вернуться к судебному или иному способу разрешения спора. Гораздо более важным аспектом добровольности является то, что в медиации все происходит с согласия сторон, по договоренности с ними. Ни один из пунктов соглашения не может быть навязан медиатором, принят под давлением, без полноценной проверки его желательности, реалистичности и одинакового понимания сторонами.

Принцип *равенства сторон* подразумевает, что медиатор обязан обеспечить всем участникам равные возможности для высказывания своей точки зрения, мотивов, позиции, отстаивания своих интересов, выдвижения и обсужде-

[1] *В это число не включена школьная медиация, которая формально в виде комнат примирения и медиации должна присутствовать во всех школах. Реально работающих школьных служб медиации гораздо меньше, но уже сейчас их не менее тысячи.*

ния предложений и участия в формулирования финального медиационного соглашения. Таким образом, все эти основы ведения медиации тесно связаны и являются гарантами действительно эффективного процесса достижения сторонами взаимовыгодного соглашения.

Семейная медиация

Сфера применения медиации все больше расширяется; например, в последние годы она распространилась и на медицину. На сегодняшний день в России наиболее популярна семейная медиация, прежде всего медиация при разводе. Причины такого положения понятны: разводные дела часто очень затяжные, эмоционально тяжелые, не особенно выгодные для юристов. Как писал Лев Толстой, каждая несчастливая семья несчастлива по-своему, и никакое законодательство не может предусмотреть все нюансы семейной драмы.

Для большинства людей (в том числе и судей) очевидно, например, что «поделить» детей, договориться о взаимодействии родителей после расторжения брака чисто юридически вряд ли возможно. Судебное решение не гарантирует отцу и его родственникам реальной возможности видеться с ребенком, если мать (а в нашей стране детей, как правило, оставляют матери) этого не хочет. Попытки исправить ситуацию с участием судебного пристава тоже вряд ли принесут радость участникам встречи. Супруги решают свои эмоциональные и прочие проблемы за счет ребенка, часто искренне считая, что все это для его блага.

В России очень сложно решается и вопрос об алиментах. Даже если супруг весьма обеспеченный человек, его официальные доходы часто мизерны. В моей практике немало случаев, когда по договоренности супруг был готов платить на ребенка 75–150 тыс. руб. в месяц, но супруга была не согласна. Типичное объяснение, звучащее в разговоре с медиатором: «Вы не представляете, сколько у него денег!» Ее, конечно, можно понять, но в результате по судебному решению бывшая жена получает 8–10 тыс. ежемесячно, и война разгорается с новой силой. Супруг в таких случаях обычно заявляет: «Она у меня ни копейки не получит, я готов обеспечивать только ребенка». Для медиации здесь большое поле деятельности.

Нередко у супругов есть дом, построенный с учетом всех потребностей членов семьи. Делить его крайне сложно, так как у бывших мужа и жены разные взгляды на вклад каждого из них в материальное благополучие. Аналогично складывается ситуация при разделе наследства. В современных условиях у супругов нередко есть и совместный бизнес – и это может стать дорожкой в бизнес-медиацию в арбитражном суде.

Медиация в предпринимательской сфере

Во многих странах мира медиация уже широко применяется в коммерческих спорах, однако в российской практике есть немало факторов как способствующих, так и препятствующих развитию института медиации в арбитражном суде. Здесь важно получить более существенную поддержку государства и усовершенствовать закон о медиации. Об этом говорят с момента выхода закона: существуют дискуссионные проекты введения обязательной медиации, рассматривается идея внедрения примирительных процедур в суде. Планируется корректировка ряда положений существующего закона о медиации в плане снятия ряда ограничений – например, будет разрешено применять медиацию в коллективных трудовых спорах и др.

В последние десятилетия большинство бизнес-конфликтов переходит в плоскость судебных споров, количество которых в стране многократно возросло. Типичными причинами судебных споров в бизнесе являются изначальное отсутствие или нечеткость контрактов; их разное понимание сторонами; нечеткие или нереалистичные критерии оценки результатов договора; стандартная форма договоров, не учитывающая нюансов реальной ситуации. Кроме того, могут быть противоречия, существовавшие между партнерами и не разрешенные до заключения сделки; ощущение несправедливости при рас-

пределении рисков; разнообразные личностные и ситуативные факторы, провоцирующие постконфликт, и т.д. Повышенная конфликтность предпринимательской деятельности и связанная с ней необходимость постоянного расхода ресурсов действует против самого бизнеса.

Судебное разбирательство, несомненно, лучше, чем криминальные способы решения вопросов. Но и юридический язык несовершенен – иногда он не соответствует не только языку психологическому, языку взаимоотношений, но и экономическому и не снимает большинство противоречий. Результатом становятся апелляционные, кассационные и другие жалобы сторон. Конфликт не разрешается, а скорее обостряется в результате судебного разбирательства, даже если решение судьи кладет спору конец. Например, формальные выплаты по возмещению задолженности в минимально требуемом по закону размере, растягиваясь на долгие годы, становятся экономически бессмысленными.

Количество исков в арбитражном суде нередко возрастает с каждым слушанием, а сфера конфликта в ходе судебного процесса непомерно расширяется. Исполнение решения не гарантировано даже при помощи службы судебных приставов. Сложности с реализацией судебного решения есть во всех странах, в России истцы сталкиваются с этой проблемой очень часто. Например, банкротство и перерегистрация фирм-должников нередко позволяют им уходить от материальной ответственности.

Таким образом, медиация дает бизнесу новые возможности. Партнеры могут провести эффективные коммерческие переговоры с помощью беспристрастного специалиста вместо формального процесса и абстрактного юридического решения. Как профилактика будущих осложнений хорошо зарекомендовало себя участие медиатора при заключении соглашений. На сегодняшний день эта практика – контрактная медиация – особенно распространена в международных отношениях российских бизнесменов, тем более что зарубежные деловые партнеры имеют больше доверия к процедуре медиации.

Для наших бизнесменов немаловажно, что медиация обеспечивает сторонам конфиденциальность рассмотрения вопроса, решения в процессе принимаются самими сторонами, что способствует созданию атмосферы безопасности и доверия в переговорах. В процедуре предусмотрены индивидуальные беседы медиатора с каждым из участников в случае необходимости, и они обеспечиваются двойной конфиденциальностью. У сторон есть возможность контролировать процесс и результат медиации – в отличие от непредсказуемого судебного решения.

Неформальная процедура медиации дает сторонам возможность свободно высказаться, выразить свое мнение, чего они не могут сделать в суде. У медиатора есть время и возможность подробно выяснить интересы сторон, более того – помочь понять их. В обсуждение включаются важные неюридические и нематериальные аспекты, так как предмет иска не покрывает всю сложность проблем между предпринимателями. Стороны могут посмотреть на проблему шире, увидеть дополнительные ресурсы и за счет этого найти выход из кажущегося тупика.

Как правило, результатом медиации является улучшение отношений между сторонами и сохранение деловой репутации. В случае разрыва отношения оказываются законченными, то есть снимается риск мести сторон друг другу. Поскольку партнеры самостоятельно заключают соглашение, которое считают выгодным для себя, это становится залогом его выполнения, и юридическое закрепление лишь поддерживает результат, а не является доминирующим фактором.

Цели и задачи медиации

Достижение соглашения между сторонами не единственный показатель успешности медиации. Медиатор может ставить перед собой различные цели:

- достижение соглашения по прекращению конкретного спора (например, отзыв иска, заключение мирового соглашения);
- урегулирование конфликта хотя бы на уровне позиций;

- разрешение конфликта на уровне лежащих в его основе интересов сторон;
- трансформация видения сторонами существующего конфликта;
- трансформация взаимоотношений между сторонами;
- улучшение понимания проблемы и ее причин, повышение объективности и реалистичности сторон в восприятии и оценке происходящего;
- придание сторонам уверенности в их возможности разрешить проблему и признание права друг друга на собственное мнение, переориентация сторон на совместную борьбу с проблемой.

В нашей практике было немало случаев, когда стороны, не договорившиеся во время медиации, на следующий день приходили к мировому соглашению в суде в результате осмысления того, что происходило во время работы с участием медиатора. Более широкое видение целей и задач медиатором способствует трансформации установок, коммуникативных привычек, повышению ответственности, что обеспечивает профилактику конфликтов и дает сторонам возможность конструктивно справляться с будущими разногласиями.

В разных школах медиации делается акцент на тех или иных показателях результативности. Одни медиаторы отдают предпочтение юридическим нормам оценки и толкования происходящего, а другие работают прежде всего с субъективными параметрами ситуации, признавая право человека иметь собственное мнение, поскольку без внимания к этим аспектам решить вопрос невозможно. При этом принимается, что соглашение не может противоречить существующему законодательству.

Как показывают проведенные нами исследования, нет жесткой связи между сферой применения медиации и ее предпочтительным стилем. В то же время существует тенденция к использованию определенных форм работы со сторонами в зависимости от длительности и значимости отношений между ними и других аспектов конфликта. Но медиация полна неожиданностей. Бывает, что в бизнес-случае, который выглядит сугубо рациональным и коммерчески ориентированным, могут выявиться не просто эмоциональные аспекты, но и семейные отношения участников. Например, в конце дня напряженной борьбы за раздел бизнеса медиатор обнаружил, что его стороны – супруги, просто с разными фамилиями. И умолчали они об этом совершенно не случайно. Новая информация радикально изменила дело и методы и показала, почему усилия медиатора до сих пор не увенчались успехом. То, что стороны посвятили медиатора в свою тайну, свидетельствовало о том, что они наконец решили начать договариваться по-настоящему.

Виды медиации сегодня

Современная российская медиация многолика и неоднородна. *По количеству медиаторов* можно выделить *медиацию с участием одного посредника* и *комедиацию* – процедуру с участием двух и более посредников. По количеству сторон медиация может быть двусторонней и многосторонней. Две стороны плюс медиатор – минимальный набор участников медиации. Усложнение при увеличении количества сторон происходит не в арифметической и даже нередко не в геометрической прогрессии, а по экспоненте. Возникает необходимость предварительной работы со сторонами и подгруппами сторон, учета сложных системных отношений и пр.

По отношению к суду с точки зрения этапа рассмотрения дела медиация делится на *досудебную, предпринимаемую в ходе судебного рассмотрения* и *послесудебную*. Вмешательство медиатора на ранних стадиях позволяет решить вопросы на благоприятном фоне до получения сторонами негативного опыта судебного противостояния. Часто именно обращение в суд становится убедительным аргументом и поводом для обращения к медиатору. В то же время работа с обострившимися в результате судебных баталий случаями затруднительна из-за формирования у сторон образа врага и большого количества взаимных обид по поводу враждебных слов и действий.

Медиация в судебных случаях является принципиально важным ресурсом ее распро-

странения и развития. Количество судебных споров очень велико и растет с каждым годом, суды перегружены, сроки рассмотрения дел часто противоречат экономическим и другим интересам сторон, судебное решение нередко является неокончательным или не исполняется. Наличие ниши для развития медиации очевидно, хотя есть много причин, затрудняющих или замедляющих это развитие. В мировой практике медиация в суде является одним из наиболее распространенных способов разрешения не просто споров, но конфликтов, порождающих и подпитывающих противостояние и лежащих на более глубоком уровне взаимодействия сторон.

Как показывает практика, в том числе в нашей стране, благоприятный опыт применения медиации в судах способствует распространению информации о такой возможности разрешения конфликтов, росту доверия к ней в обществе и правовом сообществе и расширяет ее использование в других областях человеческого взаимодействия.

В России существует *очная* медиация (традиционная или челночная), *очно-заочная с аудиовизуальным контактом* (например, в режиме интернет-конференций по скайпу), *аудиомедиация*, а также *медиация по переписке* – по электронной почте, без визуального контакта. Учитывая размеры страны, такие формы работы медиатора весьма перспективны.

На сегодняшний день медиация может проводиться *по инициативе одной или обеих сторон, по неузаконенному направлению* (например, руководства или судьи), *по рекомендации* знакомых и пр.; обязательной медиации нет. Несомненно, настоятельно рекомендованная или облигаторная медиация может поначалу вызвать сопротивление сторон, намерение формально «отметиться» в медиации, которое медиатору придется преодолевать. С другой стороны, рекомендация судьи или другого авторитетного лица может быть эффективным мотиватором сторон, а иногда попросту источником информации. Кроме того, внешнее направление не дает стороне, первой обратившейся за помощью к медиатору, ощутить себя более слабой, униженной.

Профессия медиатора

Медиация предъявляет очень высокие требования к личности медиатора, уровню его владения профессиональными навыками, умению оценить ситуацию и выбрать адекватные способы вмешательства. Медиатор должен владеть специфическим методическим инструментарием. Обучение медиации в России также чрезвычайно расширилось и активизировалось после 2010 года. В большинстве случаев базовый курс медиации соответствует 120-часовой программе. К сожалению, количество обученных медиаторов многократно превышает число практикующих. Это объясняется недостаточной развитостью рынка медиации, а иногда и недостаточно высоким уровнем подготовки.

Обучение медиации невозможно без отработки технологии с реальными клиентами. Ни хорошо поданная теория, ни упражнения и учебные медиации сами по себе не сформируют у начинающих медиаторов достаточный уровень квалификации и уверенности в себе. Медиационная практика пока не столь широка, чтобы обеспечить поле для совершенствования навыков, полученных студентами в ходе обучения медиации.

Одним из способов повышения уровня квалификации медиаторов является клиническая подготовка специалистов. Первая в стране клиника медиации, работающая с реальными клиентами, «Служба конфликтологического консультирования и медиации», была создана на базе кафедры конфликтологии Санкт-Петербургского государственного университета в 2010 году, и сегодня на ее счету более 800 рассмотренных случаев.

Мастерство медиатора предполагает умение определять медиабельность случая, гибко подстраиваться к нему, выбирать методический инструментарий и свободно владеть техническими возможностями разрешения конфликта между сторонами. Эти умения позволяют медиатору выстраивать реалистичные ожидания, максимизировать возможности медиации и минимизировать ее ограничения.

Медиация связана с работой с людьми, причем с конфликтующими, изначально не настроенными на взаимовыгодное решение проблемы. Конфликт проявляет не самые приятные особенности людей и накаляет атмосферу, что предъявляет повышенные требования к уровню мастерства специалиста. Усвоенные в ходе обучения знания медиатору приходится применять не в спокойной академической обстановке, а в условиях, приближенных к боевым, поэтому базовые навыки должны быть отшлифованы до автоматизма.

Среди профессионалов существуют разные точки зрения по поводу того, насколько глубоко медиатор должен разбираться в той сфере, о которой идет речь в споре сторон. Есть мнение, что технология медиации универсальна, а информацию предоставят стороны; отсутствие знаний поможет медиатору сохранить нейтральность, избежать предубеждений, директивности. В нашей стране более распространена позиция, что для медиатора важны базовые знания в определенной сфере. Их отсутствие не позволит задать необходимые вопросы, почувствовать нереалистичность формируемого соглашения, выявить опасности, манипуляции, завоевать доверие сторон.

Дискуссионным является также вопрос о необходимости узкой специализации медиатора для того, чтобы он мог стать высококлассным специалистом. Однако, на мой взгляд, многие сферы родственны. Например, опыт семейной медиации помогает в работе со школьными, производственными и другими спорами, медиаторы часто сочетают эти виды деятельности. Кроме того, узкая специализация может приводить к обеднению методического инструментария, формированию стереотипов, профессиональному выгоранию и т.д.

В нашей стране пока что актуален и вопрос оплаты работы медиатора, особенно в судебных случаях. В законе есть неясность с отнесением медиации к разряду услуг, она не является предпринимательской деятельностью. Из-за этого работа медиатора нередко квалифицируется как консультирование или другие формы помощи клиентам, что мешает распространению сведений о медиации. Эти вопросы предполагается решить в ближайшем будущем. Сейчас *по форме оплаты* медиация может быть *платной*; *бесплатной для клиента*, *но с оплатой услуг медиатора из других источников*; *бесплатной, проводимой специалистом на добровольной основе*. У бесплатной медиации есть много преимуществ, она широко распространена во многих странах. Однако такая форма не создает нужного для эффективной работы настроя у сторон, подрывает уважение к процедуре, способствует затягиванию сторонами времени. Кроме того, медиатору необходимо зарабатывать на жизнь.

Когда медиация применима, а когда нет?

Медиацией могут разрешаться любые споры, в которых стороны действительно хотят уладить свои разногласия. Любые гражданские споры между двумя или более людьми или группами пригодны для медиации. В криминальных случаях медиация, как правило, не используется, хотя в последнее время и это направление стало развиваться. При осложнениях в значимых долгосрочных отношениях, например внутри организации, с партнерами по бизнесу, не говоря уже о семейных вопросах, медиация бывает просто необходима.

Медиация быстрее и дешевле судебного разбирательства. Во многих странах пошлины в судах, особенно по коммерческим делам, значительны, и медиация дает существенную экономию уже на этой стадии. В России стоимость судебного разбирательства не столь высока, однако стороны несут значимые затраты на оплату адвокатов. Сейчас в Верховном суде рассматривается проект снижения судебных издержек для сторон, прибегающих к медиации, подобно тому, как это происходит во многих странах, в том числе на постсоветском пространстве.

Экономическая выгода медиации становится особенно заметной, если оценить непрямые расходы, которые стороны неизбежно несут в процессе судебного рассмотрения. Помимо прямых судебных издержек, к которым можно отнести оплату услуг юристов и экспертов, не-

обходимо учесть и другие потери, которые почти так же легко пересчитать в денежном эквиваленте.

Среди них – затраты личного рабочего времени и времени сотрудников на подготовку к суду, утрата возможности полноценного ведения бизнеса из-за потери концентрации и внимания к работе, а также из-за технических и других причин, связанных с существующим спором (например, арест имущества). Обесценивание активов в результате судебного решения, потери процентной прибыли из-за задержки платежей, транспортные и другие операционные расходы, имиджевые потери за счет огласки в деловых кругах и прессе, ограничение свободы действий и контроля над ситуацией, обвинения после суда – все это можно оценить с экономической точки зрения. Личные психологические проблемы из-за переживания стресса и неопределенности самими бизнесменами, их семьями, коллегами, невозможность жить нормальной жизнью в течение судебного процесса также стоят очень дорого и в прямом, и в переносном смысле. Все эти проблемы не снимаются решением суда, но вполне доступны для медиативной договоренности.

Иногда медиация противопоказана, поскольку важно создать прецедент. Порой истинная вторая сторона недостижима, а ее представитель не обладает должными полномочиями. Можно перечислить еще много ситуаций и причин, по которым судебное или административное разбирательство окажется предпочтительнее медиации. Однако случаев, когда именно медиация может уберечь стороны от драматических последствий эскалации конфликта, сохранить и улучшить отношения между ними и решить мешающую им проблему, гораздо больше.

Заключение

Новизна медиации в России приводит к нестабильности представлений о ней, ее роли в обществе, возможностях и прочих аспектах ее становления и развития. В нашей стране это связано в том числе с необходимостью адаптации западных образцов технологии к специфическим условиям российской действительности – такая адаптация длится уже третье десятилетие.

Для российского менталитета характерна склонность к крайностям, высокая значимость связей и отношений. Удивительно, что современная медиация пришла к нам с Запада: для нашей культуры она вполне органична. Существующий опыт отечественной практики медиации показывает, что, несмотря на все объективные и субъективные сложности, она применима, полезна и может быть востребована в разных сферах жизни.

КОРПОРАТИВНАЯ МЕДИАЦИЯ: ОПЫТ САМАРСКОЙ ОБЛАСТИ И ДРУГИХ РЕГИОНОВ

Дмитрий Самигуллин
к. ю. н., медиатор, управляющий партнер адвокатского бюро RBL (GRATA International)

Евгений Киселев
медиатор, советник адвокатского бюро RBL (GRATA International), Самара

Самарскую область можно назвать одним из развитых регионов в практике медиации. Подтверждением тому служат несколько интересных проектов, которые недавно были реализованы в нашем регионе.

Начиналось все с малого: в одном из районных судов Самарской области была организована комната примирения, куда обращались стороны судебных процессов для урегулирования конфликта. Затем медиация в Самаре обрела более ощутимые масштабы: 1 февраля 2016 года из нашего города стартовал федеральный проект «Миру быть!». «Миру быть!» – это пилотный проект по развитию альтернативных методов урегулирования конфликтов, в частности семейных, с помощью профессиональных посредников – медиаторов. В ходе реализации проекта вслед за Самарой по всей России начала осуществляться подготовка медиаторов, открылись комнаты примирения. В настоящий момент акцент программы сделан на бизнес-медиации.

Что касается практики отдельных организаций, то, например, в рамках деятельности нашего адвокатского бюро мы регулярно предлагаем клиентам медиацию как метод разрешения конфликта, и часто такой путь очевиден. Следует отметить и тренд по увеличению количества успешно реализованных медиаций, то есть тех, которые закончились примирением сторон.

Положительную роль в росте количества медиаций играет то, что, во-первых, четыре сотрудника нашего бюро, включая автора статьи, являются сертифицированными медиаторами, поэтому уже на этапе обращения нам проще оценить кейс на медиабельность. Во-вторых, ценны опыт и проактивная позиция советника бюро; важно и то, что руководитель практики медиации обладает значительным опытом в данной сфере и вовлекает нас в интересные государственные проекты. Благодаря этому с начала 2019 года мы провели уже пять процедур примирения в разных городах России (Москва, Санкт-Петербург, Самара, Новосибирск, Краснодар).

Несмотря на разнообразие споров, с которыми приходится сталкиваться медиаторам, практика показывает, что на медиацию чаще выходят стороны конфликтов, связанных с ненадлежащим исполнением обязательств по контрактам, в том числе из договоров займа, а также с корпоративными спорами.

Зачем мы развиваем практику медиации? Я искренне верю, что медиация является одним

из самых эффективных способов урегулирования конфликта. Почему? Ответ заключается в сущности процедуры. Если стороны по-настоящему примирились после медиации, то конфликт исчерпан и его продолжение маловероятно. В судебной плоскости вынесение судом решения по делу не свидетельствует о разрешении конфликта. Суд лишь определяет, чьи требования будут принудительно удовлетворены в рамках конкретных обстоятельств дела и соответствующих доказательств. Но конфликт зачастую остается.

Чтобы наглядно показать эффективность медиации, приведем несколько практических примеров разрешения корпоративных споров, в которых была применена данная процедура.

В первом кейсе поставщик предъявил покупателю претензии на сумму около 30 млн руб. за неоплату товара. На первый взгляд, это достаточно однозначная ситуация, особенно при надлежащем оформлении документов (что и было дано).

Нам пришлось посмотреть на ситуацию внимательнее. У компаний уже имелись длительные отношения. Ежегодный объем реализации колебался в пределах 70–100 млн руб. (то есть это был не самый мелкий покупатель даже для крупного предприятия-поставщика). Так случилось, что часть продукции, по мнению покупателя, оказалась ненадлежащего качества – только выяснилось это спустя некоторое время, когда все документы уже были подписаны.

Покупатель придержал платеж и попытался решить проблему. На его беду, переговоры со стороны продавца стал вести начальник службы безопасности, который сумел в сжатые сроки довести генерального директора фирмы-покупателя до состояния шока. В результате покупатель, понимая, что суд он проиграет, принял решение вывести из фирмы все активы, а потом «пускай банкротят».

На самом же деле продукция была уникальной, и разрыв отношений с поставщиком совершенно не отвечал интересам покупателя. Да и отказываться платить по счетам он тоже изначально не собирался – просто сначала хотел решить вопрос с продукцией с несколько другими свойствами.

Если бы это дело решалось в суде, обе компании в итоге понесли бы убытки. Одна потеряла бы хорошего потребителя и серьезную сумму денег. Другая – репутацию, поставщика, а возможно, и клиентов из-за перебоев с поставками товара. Это не считая моральных издержек и прямых финансовых потерь.

В результате медиации были восстановлены отношения сторон, налажена коммуникация между первыми лицами компаний, сумма претензий снижена на 10 млн руб., решены вопросы с графиками поставок, платежей и качеством продукции. Кто выиграл? Обе стороны.

Другая ситуация: две строительные компании, одна другой должна крупную сумму, долг свой признает, но испытывает финансовые трудности и рассчитаться не может. Сумма, которая есть на счету, составляет примерно половину долга – даже если пойти в суде до конца и попытаться взыскать ее в полном объеме, то и тогда полного удовлетворения требований все равно добиться не получится.

В результате проведенной медиации (в которой медиатор выступил как «расширитель ресурсов», стимулируя стороны искать альтернативные варианты) выяснилось, что у компании-должника есть свой должник, который обязан уплатить еще большую сумму, и эта сумма покрывает не только долг, но и все издержки по его взысканию. Ситуация была разрешена переуступкой этого долга. Таким образом, одна компания получила всю причитающуюся ей сумму и покрыла издержки, а другая сохранила оборотные активы и шансы на выживание и продолжение бизнеса.

В заключение хотелось бы остановиться на двух трендах в бизнес-медиации, которые существуют на региональном уровне, – это появление межрегиональной медиации и медиативного сопровождения компании.

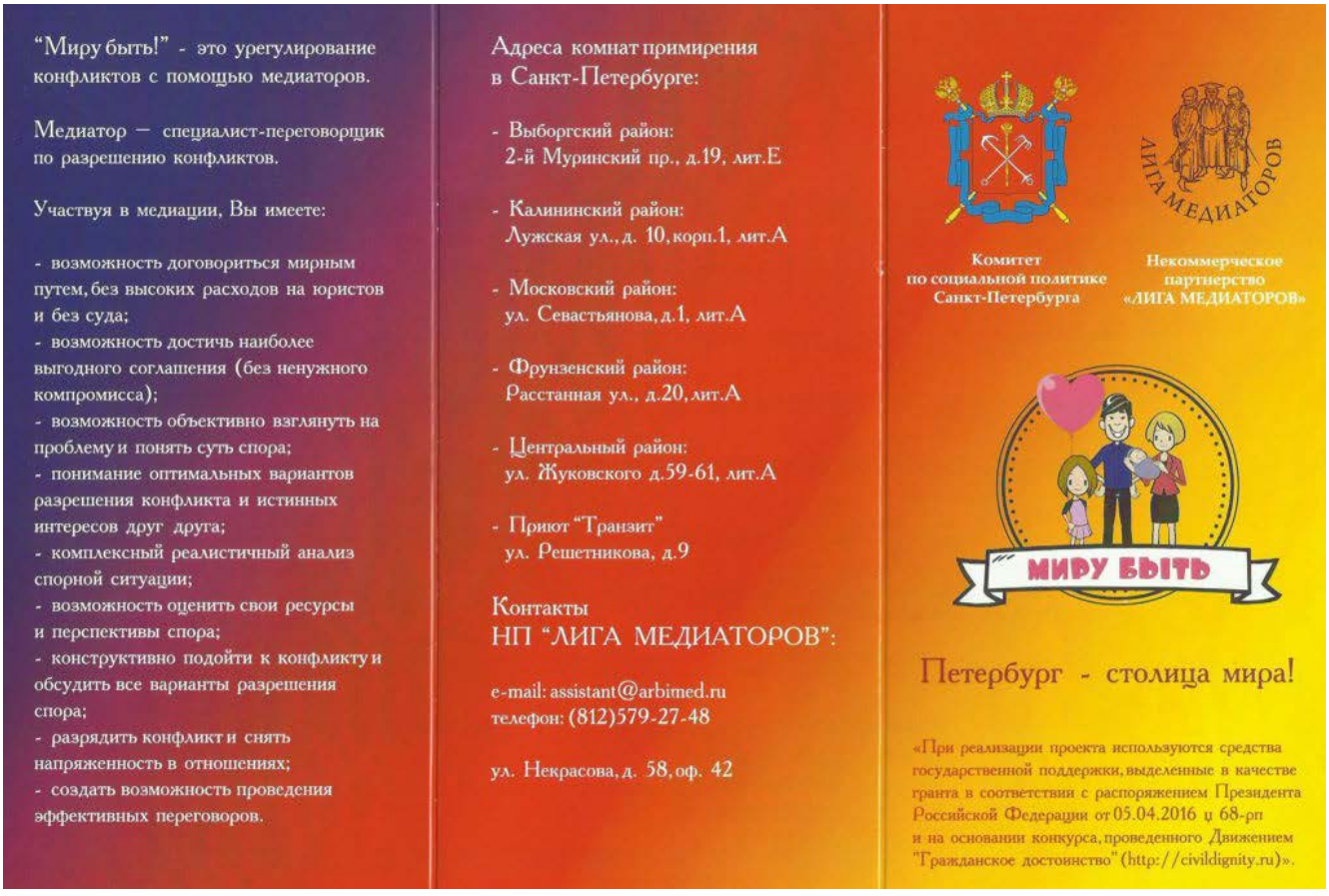
Межрегиональная бизнес-медиация, как следует из названия, представляет собой урегулирование конфликтов между компаниями, находящимися в разных регионах России. В такой ситуации привести стороны за стол пе-

реговоров и разрешить конфликт можно, только если медиаторы в разных городах будут работать по единым стандартам. Эти стандарты включают в себя единые нормы документооборота, проведения предварительной встречи со сторонами, методики работы, наличие цифрового пространства для обмена информацией между медиаторами и т.д. Опыт такой межрегиональной медиации уже существует.

Преимущества межрегиональной медиации очевидны: стандартизация всех процессов позволяет сократить затраты на командировочные и прочие сопутствующие расходы. У сторон формируется единое понимание того, каким образом будут проходить переговоры. Соблюдаются принципы равноправия сторон и нейтральности медиаторов. Корректно оформляются все документы. Сокращается время подготовки процедуры.

Еще одна новая тенденция – оказание услуг по медиативному сопровождению компаний. Наряду с существующими юридическими отделами в компаниях начинают появляться отделы медиативного сопровождения, или же компании заключают договоры с профессиональными объединениями медиаторов.

Чаще всего такой сервис востребован там, где необходимо альтернативное взыскание убытков и долгов, урегулирование конфликтов при крупных поставках и сделках, при открытии новых филиалов и т.д. Наличие таких отделов или подрядчиков позволяет компании оперативно, дешево и эффективно разрешать текущие конфликтные ситуации. Кроме того, проявления миролюбия улучшают имидж компании. Во многих зарубежных фирмах наличие штатного медиатора является обязательным и свидетельствует о партнерском подходе к ведению бизнеса.



МЕДИАЦИЯ В УКРАИНЕ: КРАТКИЙ ОБЗОР

Материал публикуется с учетом пожеланий автора к орфографии

Ильяшенко Анастасия
юрист, Integrites, Киев

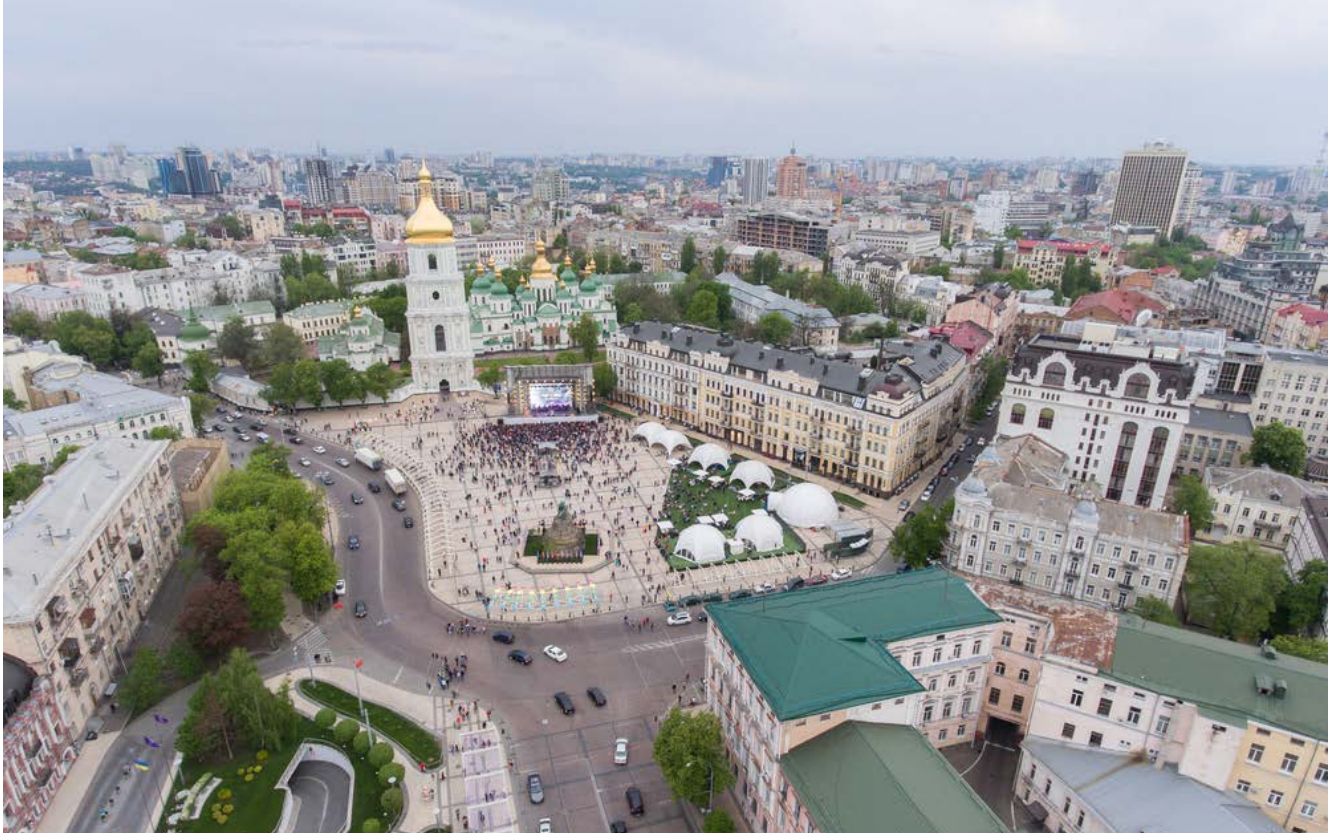
Медиация уже давно широко известна и применяется для разрешения споров по всему миру. Разные страны имплементируют те или иные модели ее функционирования параллельно с судебной системой и другими альтернативными способами разрешения споров.

В Украине медиация существует уже более 10 лет, и количество специалистов, которые применяют на практике техники медиации, с каждым годом растет. Однако, несмотря на то что ряд связанных с медиацией проблем на данный момент уже урегулирован на законодательном уровне, открытым остается вопрос, будет ли принят специальный закон, определяющий деятельность медиаторов.

Регулирование медиации

На территории Украины проведение процесса медиации является добровольным и зависит только от воли сторон. Многолетние попытки принять специальный закон «О медиации» не увенчались успехом. Один из альтернативных законопроектов был принят в первом чтении в ноябре 2016 года, однако в феврале 2019 года не набрал необходимого количества голосов для принятия во втором чтении и был в целом отклонен. Теперь остается только гадать, когда будет снова инициировано рассмотрение и принятие специального закона о медиации в Украине.

При этом определенные рамки на законодательном уровне все же были установлены, в том числе благодаря судебной реформе 2017 года. В первую очередь речь идет о конфиденциальности информации, которую стороны доверяют независимому посреднику в ходе проведения медиации. Так, п. 2 ч. 1 ст. 70 Гражданского процессуального кодекса Украины (ГПК), п. 2 ч. 1 ст. 67 Хозяйственного процессуального кодекса Украины (ХПК) и п. 2 ч. 1 ст. 66 Кодекса административного судопроизводства Украины (КАСУ) предусмотрено, что не могут быть допрошены как свидетели лица, обязанные по закону хранить в тайне сведения, которые были доверены им в связи с предоставлением профессиональной юридической помощи или услуг посредничества (медиации) при проведении внесудебного урегулирования спора (касательно таких сведений). В п. 8 ч. 2 ст. 65 Уголовного процессуального кодекса Украины (УПК) также указано, что лица, принимавшие участие в заключении и выполнении соглашения о примирении в уголовном производстве, не могут быть допрошены в качестве свидетелей касательно обстоятельств, которые стали им известны в связи с участием в заключении и выполнении соглашения о примирении.



Примирение сторон в гражданских, хозяйственных и административных спорах, которые уже были ранее переданы на рассмотрение в суд, стимулируется возможностью вернуть 50% оплаченного судебного сбора в случае заключения сторонами мирового соглашения (ст. 142 ГПК, ст. 130 ХПК, ст. 142 КАСУ). Такая возможность существует на любой стадии судебного разбирательства.

В сфере коллективных трудовых отношений Законом Украины «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)» предусмотрена возможность привлекать как независимых посредников, так и Национальную службу посредничества и примирения.

Стоит отметить, что посредничество (медиация) как помощь в урегулировании конфликтов, ведении переговоров, проработке путей и условий решения конфликта входит в Перечень социальных услуг, предоставляемых лицам, которые находятся в сложных жизненных ситуациях и не могут их самостоятельно преодолеть[1]. При этом приказом Министерства социальной политики Украины от 17 августа 2016 года № 892 утвержден Государственный стандарт социальной услуги посредничества (медиации), который определяет содержание, объемы, условия и порядок предоставления социальной услуги посредничества (медиации), показатели ее качества для субъектов различных форм собственности и хозяйствования, предоставляющих такую услугу.

На законодательном уровне также закреплены требования к соглашению о примирении в уголовном процессе (ст. 468–469, 471, 473–474 УПК) и медиационному соглашению (соглашению о примирении), заключаемому между медиатором и сторонами конфликта/спора, являющимися получателями социальной услуги посредничества (медиации) (п. 4 раздела I, раздел VIII Государственного стандарта социальной услуги посредничества (медиации)).

[1] *Утвержден приказом Министерства социальной политики Украины от 3 сентября 2012 года № 537.*

Услуги медиации в Украине

В стране на базе различных центров существуют программы по подготовке будущих медиаторов. Несмотря на то что на государственном уровне пока не установлены требования к медиатору как к специалисту, важную роль играет количество прослушанных часов программ по подготовке.

Выпускники программ обучения медиаторов работают как самозанятые лица или в рамках центров медиации, таких как, например, Украинский центр медиации, Киевский центр медиации, Центр финансовой медиации, Центры медиации при Киевской, Львовской и Донецкой торгово-промышленных палатах и др.

В то же время украинские медиаторы состоят в различных объединениях (Национальная ассоциация медиаторов Украины, Лига медиаторов Украины, Ассоциация семейных медиаторов Украины и др.), целью которых в том числе является научно-просветительская деятельность и популяризация медиации на территории страны.

Украинская практика применения медиации

Медиация и посредничество активно применяются для разрешения семейных, жилищных, наследственных, трудовых, организационных, корпоративных и коммерческих споров, а также для примирения в отдельной категории уголовных дел.

К примеру, согласно статистике[2], на протяжении 2018 года Национальной службой посредничества и примирения проведено 4685 примирительных процедур, направленных на содействие решению коллективных трудовых споров и предотвращению их возникновения, что на 47,7% больше по сравнению с 2017 годом. В результате мер, принятых Национальной службой посредничества и примирения в ходе содействия решению коллективных трудовых конфликтов и предотвращению их возникновения, погашена задолженность по выплате заработной платы в сумме 762,4 млн грн. (почти 29 млн долл.), или 64,2% от общей суммы долга работодателей перед сотрудниками объемом 1186,9 млн грн. (более 45,1 млн долл.)[3].

Применение медиации в коммерческих спорах пока еще только набирает популярность. Одним из коммерческих кейсов с успешным применением медиации поделились специалисты Украинского центра медиации[4]. В данном деле спор возник между трейдерами, торговавшими зерном. Невыполнение договоренностей было вызвано форс-мажорными обстоятельствами (конец 2013 – начало 2014 года). Стороны отказались от обращения в международный арбитраж. Медиационный процесс занял пять часов. В итоге часть обязательств была выполнена в денежной форме (и частично в натуральном виде за счет применения дисконта на продукцию), начисленные штрафные санкции были частично уменьшены, а опасения сторон о рисках неисполнения обязательств проверены и сняты. Стороны также договорились о партнерских отношениях на будущее.

Выводы

В Украине медиация уже имеет определенное законодательное регулирование, хотя принятие специального закона о медиации отложено на неопределенный срок. Услуги посредничества и медиации не являются новинкой для украинского рынка, однако пока не имеют такой популярности, как, например, в США, Австралии и Европе.

---

[2] http://www.nspp.gov.ua/home/struktura-nspp-5/10120-informatsiia-pro-rezultaty-diialnosti-natsionalnoi-sluzhby-poserednytstva-i-prymyrennia-za-2018-rik.

[3] *Более 1,86 млрд руб. и 2,9 млрд руб. соответственно. – Прим. ред.*

[4] *https://ukrmediation.com.ua/ua/vrehuliuvannia-sporiv/istorii-uspikhu/52-korotkyi-vyklad-istorii/1860-korporatyvna-ta-komertsiina-mediatsii.*

МЕДИАЦИЯ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

Лилия Власова
медиатор, международный эксперт в области бизнес-медиации, учредитель Центра медиации и переговоров (Минск), к. ю. н.

Системное развитие медиации в Республике Беларусь началось с того, что в 2007 году Германский правовой фонд в партнерстве с судебными органами республики реализовал проект, направленный на распространение знаний о медиации среди белорусских юристов. В качестве экспертов в Беларусь приезжали немецкие судьи-медиаторы, которые делились опытом организации и проведения медиации в суде. В 2011–2012 годах в системе хозяйственного суда[1] прошел пилотный проект по продвижению медиации как средства разрешения экономических и иных правовых споров, в ходе которого прошли обучение первые белорусские медиаторы и была создана первая специализированная организация – учебно-практическое учреждение «Центр медиации и переговоров», определившее своей миссией продвижение медиации в Беларуси. Позитивные результаты пилотного проекта способствовали принятию Закона Республики Беларусь «О медиации» (далее – Закон)[2]. В статье освещаются основные положения данного Закона и реальное состояние медиативной практики в республике.

Сфера применения Закона о медиации

В соответствии с Законом медиация как способ разрешения споров может применяться к гражданским спорам физических и юридических лиц, включая предпринимательскую и иную хозяйственную деятельность, трудовые, наследственные, жилищные, соседские, семейные и другие споры. Медиация не может быть применена для урегулирования споров, вытекающих из публичных отношений, связанных с защитой государственных и общественных интересов. Также нельзя применять медиацию для разрешения споров, вытекающих из уголовных и административных отношений.

---

[1] Суды по коммерческим спорам в Республике Беларусь.

[2] Закон Республики Беларусь «О медиации» от 12 июля 2013 года принят Палатой представителей 28 июня 2013 года. Закон Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в некоторые кодексы Республики Беларусь по вопросам развития медиации» от 12 июля 2013 года принят Палатой представителей 26 июня 2013 года. Данные акты вступили в силу 24 января 2014 года. В это же время были приняты соответствующие постановления Совета министров Республики Беларусь, а также ряд подзаконных актов Министерства юстиции. На сегодняшний день действует 11 актов законодательства, регулирующих применение медиации в Беларуси. За Министерством юстиции страны закреплена функция государственного регулятора медиации.

Кто может быть медиатором

В Беларуси медиатором может быть физическое лицо, имеющее любое высшее образование и прошедшее курс подготовки медиатора. Такой курс включает 140 часов подготовки для юристов и 170 – для лиц, не имеющих высшего юридического образования. Министерство юстиции РБ признает документы о подготовке медиатора только тех организаций, программы которых согласованы самим министерством. Без подготовки имеют право стать медиаторами лица, имеющие опыт работы в экономическом суде в качестве примирителя.

Прямой запрет на деятельность медиатора в Законе предусмотрен для государственных служащих, в том числе судей, а также недееспособных лиц и граждан, имеющих судимость. Не могут быть медиаторами в течение трех лет лица, чьи полномочия в качестве государственного служащего были прекращены по основаниям, связанным с совершением проступков, несовместимых с их профессиональной деятельностью.

Статус медиатора

В Беларуси деятельность медиатора трактуется как самостоятельная деятельность физического лица. Правовым документом, разрешающим такую деятельность, является свидетельство медиатора, выдаваемое на основании решения квалификационной комиссии Министерства юстиции. После получения такого свидетельства данные медиатора вносятся в государственный Реестр медиаторов. Деятельность медиатора признана некоммерческой; медиатор имеет право на вознаграждение, размер которого устанавливается по соглашению сторон и медиатора в соглашении о применении медиации. Медиатор также имеет право на осуществление любой иной профессиональной деятельности. Запрещается привлекать медиатора в качестве свидетеля по фактам, которые стали известны ему в медиации.

В процессе урегулирования спора медиатор выступает как нейтральное лицо и не вправе вносить свои предложения по его разрешению. В случае если стороны конфликта не достигнут соглашения, медиатор не имеет права в дальнейшем представлять интересы какой-либо стороны переговоров в качестве адвоката или третейского судьи по этому спору.

Действия медиатора, противоречащие законодательству и/или нарушающие права третьих лиц, могут быть обжалованы в судебном порядке. Кроме того, Министерство юстиции может принять решение о прекращении действия свидетельства медиатора, в том числе в связи с нарушением Правил этики медиатора, утвержденных Министерством юстиции.

Деятельность медиатора подлежит налогообложению по ставке подоходного налога (13%).

Медиация как процедура

В Беларуси медиация начинается после заключения между медиатором и спорящими сторонами письменного соглашения о применении медиации. В нем обязательно указываются предмет спора, сведения о медиаторе (медиаторах), сроки и место проведения медиации и размер вознаграждения медиатора. Несоблюдение указанных требований по форме или содержанию может служить основанием для признания недействительности такого соглашения.

Белорусский Закон закрепил основополагающие принципы поддерживающей (фасилитативной) медиации[3], распространенной в Европе: добровольность, равноправие и сотрудничество сторон, беспристрастность и независимость медиатора, конфиденциальность. Законодательство исходит из принципа добровольности сторон в обращении к медиации. Стороны само-

[3] В литературе различают как минимум две основные модели медиации: оценочную (эвалюативную) и поддерживающую (фасилитативную). При первом подходе медиатор может высказывать свою оценку судебной перспективы медиации и предлагать сторонам пути решения конфликта, при втором должен воздерживаться от этого. (см., например: Гордийчук Н. В. Трансформативная медиация: основные понятия и установки // Психологическая наука и образование. – 2014. – № 2. – С. 41–48). – Прим. ред.

стоятельно, по взаимному согласию выбирают медиацию и медиатора (медиаторов).

Закон закрепляет конфиденциальность всей информации, относящейся к медиации, если стороны не договорятся об ином. Стороны медиации не вправе ссылаться в судебном или третейском разбирательстве на информацию, полученную в ходе медиации.

Срок проведения медиации не может превышать шести месяцев. Отсчет срока начинается со дня подписания соглашения о применении медиации. Медиация по спорам, находящимся в суде общей юрисдикции, должна проходить в срок, определенный судом, но также ограничена шестью месяцами.

В случае достижения договоренностей стороны фиксируют их в медиативном соглашении. Соглашение должно содержать сведения о сторонах, медиаторе и предмете спора, обязательства сторон по урегулированию спора и сроки их выполнения. Закон исходит из принципа добровольности исполнения медиативного соглашения. Одновременно для споров, подведомственных экономическому суду, предусмотрена возможность принудительного исполнения медиативного соглашения. При этом должны быть соблюдены два условия:

- медиативное соглашение должно быть заключено с участием медиатора, включенного в государственный Реестр медиаторов;
- медиативное соглашение должно отвечать требованиям, предъявляемым процессуальным законодательством к мировым соглашениям.

Указанные и иные особенности института медиации в Беларуси отражены в табл. 1. Особенности применения медиации по спорам, поступившим в экономический суд или суд общей юрисдикции, описаны в табл. 2.

Медиативная практика

Медиативная практика в Беларуси развивается волнообразно. В период проведения пилотного проекта (2011–2012 годы), когда судьи имели право направлять стороны на медиацию, были проведены сотни медиаций, что позволило белорусским медиаторам получить опыт проведения медиаций по хозяйственным спорам. После вступления Закона в силу в 2014 году судьи стали ссылаться на отсутствие у них права направлять стороны в медиацию, поскольку в Законе закреплена добровольность обращения к этой процедуре. Количество медиаций, проводимых по спорам, находящимся в суде, сократилось до нескольких десятков в год. Отсутствие поддержки со стороны суда изменило стратегию продвижения медиации в Беларуси.

Сегодня ситуация несколько изменилась, белорусские медиаторы концентрируют свои усилия на развитии внесудебной медиации и повышении качества проводимых процедур. Медиация внедряется в хозяйственный оборот в качестве досудебного способа разрешения споров. Медиация упоминается в профильных законопроектах. В хозяйственные договоры предлагается включать медиативные оговорки, обязывающие стороны в случае возникновения спора использовать медиацию до обращения в суд.

Безусловно, выбранный путь не будет простым и быстрым, но наблюдается стабильный рост внесудебных медиаций, что дает уверенность в правильности такой стратегии. Если в 2016 году в Беларуси было проведено около 500 медиаций, то в последние два года количество медиаций возросло до 1300–1400 в год. Необходимо отметить и тот факт, что добровольность исполнения заключенных медиативных соглашений достигает 90%, в то время как исполнимость судебных решений составляет около 40%.

Белорусские медиаторы заинтересованы в существовании правового механизма взаимодействия суда и медиации по семейным спорам, в основе которых лежат межличностные конфликты. Практика убедительно показывает, что семейные споры эффективнее решаются в медиации, на основе договоренностей сторон, чем правовыми средствами. Профессиональное сообщество медиаторов разработало проект изменений в законодательство о медиации. Проект получил одобрение всех заинтересованных организаций и сейчас находится на утверждении в парламенте. Предлагается дать суду право на-

правлять стороны, обратившиеся в суд за разрешением семейных споров, на информационную встречу с медиатором, которая проводится на безвозмездной основе. На такой встрече медиатор разъясняет сторонам особенности процедуры, что позволяет им принять осознанное решение об участии в медиации. Таким образом, принцип добровольности обращения к медиации не нарушается.

В стране работают три центра подготовки медиаторов. В них осваивают медиацию и медиативные навыки не только юристы, но и специалисты других профессий. В Реестр медиаторов Министерства юстиции включено более 700 человек – правда, из них практикуют не более 10%.

Минск – центр международного сотрудничества в сфере медиации

Сегодня Минск активно заявляет о себе как о центре медиации стран постсоветского пространства, что позитивно сказывается на развитии медиации в стране в целом. В Минске уже четыре года подряд ежегодно проводятся такие уникальные международные мероприятия, как Фестиваль медиации и Студенческий русскоязычный конкурс медиации и переговоров «Медиация будущего». Каждый год количество участников этих мероприятий растет. Так, прошедший в мае 2019 года фестиваль собрал медиаторов из 14 стран. В 2016 году был проведен первый Международный форум по коммерческой медиации стран Восточной Европы и Центральной Азии. В декабре 2018 года в Минске прошла международная региональная конференция, посвященная разработанной ЮНСИТРАЛ Конвенции ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации. Конвенция содержит механизм принудительного исполнения медиативных соглашений. Документ будет доступен для подписания в августе этого года в Сингапуре.

В 2018 году Центр медиации и переговоров открыл информационный сайт «Медиация Европа – Азия». Сайт содержит данные наиболее опытных медиаторов, работающих на постсоветском пространстве, что значительно облегчает поиск медиатора в интересующей стране.

В Беларуси, как и в других государствах, где медиация переживает этап становления, существует ряд объективных и субъективных причин, осложняющих укрепление ее позиций. Однако можно утверждать, что за пять лет, прошедших после вступления в силу Закона, медиация получила в белорусском обществе широкое признание как способ разрешения споров и ее популярность будет только расти.

Таблица 1. Медиация в Республике Беларусь: общие положения

Сферы применения	Конфликты, вытекающие из гражданских отношений, в том числе экономические, семейные, трудовые, жилищные, наследственные, внутрикорпоративные и иные
Принципы	Добровольность; добросовестность, равноправие и сотрудничество сторон; беспристрастность и независимость медиатора; конфиденциальность
Основания применения медиации	Волеизъявление сторон, оформленное путем заключения соглашения о применении медиации
Соглашение о применении медиации	Простая письменная форма; наличие положения о намерении сторон использовать медиацию для разрешения возникших и/или возможных споров; наличие сведений о медиаторе и его вознаграждении, сроках и месте проведения медиации

Продолжение таблицы 1.

Участие сторон в медиации	Добровольное
Представительство	Участие представителей в медиации допускается при условии наличия доверенности с указанием полномочий по участию в медиации
Выбор сторонами медиатора	Добровольный выбор медиатора из Реестра медиаторов либо из Списка медиаторов организации, обеспечивающей проведение медиации
Сроки проведения медиации	По соглашению сторон, но не более шести месяцев с момента заключения соглашения о применении медиации
Сроки исковой давности	Приостанавливаются с момента заключения соглашения о применении медиации
Завершение медиации	Заключение медиативного соглашения; истечение сроков проведения медиации; отказ одной из сторон или медиатора от продолжения медиации
Конфиденциальность	Конфиденциальна вся информация, относящаяся к медиации, если стороны не договорились об ином; стороны, медиатор и иные лица, участвующие в медиации, не вправе ссылаться в суде на информацию, полученную в ходе медиации, и привлекаться в качестве свидетелей
Исполнение медиативного соглашения	Добровольное; для споров, подведомственных хозяйственному суду, возможно принудительное исполнение
Порядок обжалования медиативного соглашения	В общем порядке, путем обращения в суд

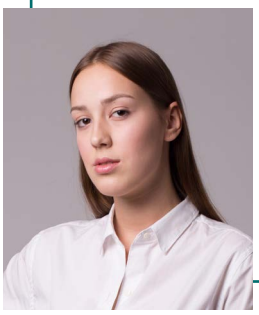
Таблица 2. Применение медиации в судах Республики Беларусь

	Суд общей юрисдикции	**Экономический суд**
Сферы применения	Гражданские споры, подведомственные суду	Экономические споры, подведомственные экономическому суду
Возможность применения медиации	После принятия спора к рассмотрению судом на любой стадии судопроизводства	На стадии предварительного заседания, до рассмотрения спора судом по существу
Основания для передачи спора на медиацию судом	Соглашение о применении медиации	Соглашение о применении медиации
Полномочия суда по направлению спора на медиацию	Разъяснять сторонам их право на применение медиации на стадии подготовки дела к разбирательству	Не определены

Продолжение таблицы 2.

Процессуальные действия суда при передаче спора на медиацию	Вынесение определения о приостановлении производства по делу	Вынесение определения об оставлении искового заявления (заявления, жалобы) без рассмотрения
Сроки проведения медиации	Определяются судом, но не более шести месяцев с даты заключения соглашения о применении медиации	Не более шести месяцев с даты заключения соглашения о применении медиации
Завершение медиации	Медиативное соглашение, соответствующее требованиям, предъявляемым к мировому соглашению	Медиативное соглашение, соответствующее требованиям, предъявляемым к мировому соглашению; заключение сторонами иного (нового) договора
Полномочия представителей	Возможно участие в медиации при условии наличия доверенности с указанием полномочий по участию в медиации	Возможно участие в медиации при условии наличия доверенности с указанием полномочий по участию в медиации
Свидетельский иммунитет участников медиации и медиатора	Стороны, их представители, медиатор и иные участвовавшие в медиации лица не могут быть свидетелями в отношении фактов, которые им стали известны в связи с участием в медиации	Стороны, их представители, медиатор и иные участвовавшие в медиации лица не могут быть свидетелями в отношении фактов, которые им стали известны в связи с участием в медиации
Гарантии принудительного исполнения медиативного соглашения	Принудительное исполнение медиативного соглашения, утвержденного судом в качестве мирового, осуществляется в порядке исполнительного производства	Заявление о выдаче исполнительного документа на принудительное исполнение медиативного соглашения может быть подано в течение шести месяцев со дня окончания сроков добровольного исполнения медиативного соглашения. Срок рассмотрения – не более 1 месяца со дня поступления заявления в суд
Порядок обжалования иного (нового) соглашения, заключенного в медиации	В общем порядке, путем обращения в суд	В общем порядке, путем обращения в суд
Льготы по уплате государственной пошлины	Возврат или зачет 50% уплаченной государственной пошлины при достижении договоренностей (примирения) по всем требованиям. При достижении договоренностей по части требований – возврат или зачет государственной пошлины пропорционально размеру удовлетворенных требований	В случае обращения сторон с просьбой о передаче спора на разрешение путем медиации и вынесения судом определения об оставлении искового заявления без рассмотрения истцу возвращается 100% уплаченной государственной пошлины

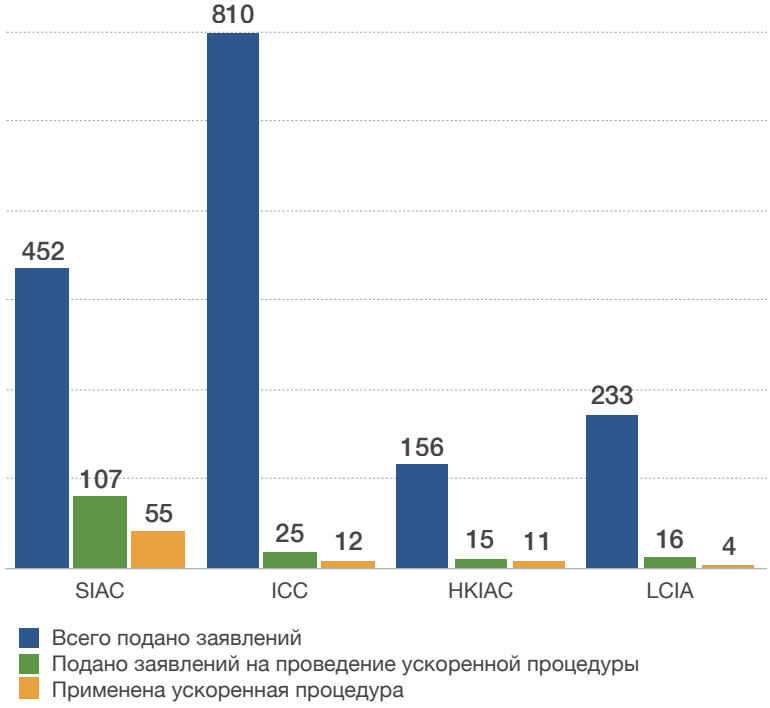
УСКОРЕННАЯ ПРОЦЕДУРА АРБИТРАЖА: БЫСТРЕЕ ЗНАЧИТ ЛУЧШЕ?



Анна Авдулова
студентка НИУ ВШЭ

Маргарита Дробышевская
студентка НИУ ВШЭ

Стороны арбитражного разбирательства заинтересованы в быстром и экономически эффективном разрешении споров. В качестве ответа на такой запрос ведущие арбитражные учреждения включили в свои правила процедуру ускоренного арбитража. И она активно применяется. В 2017 году от 1 до 36% дел в разных арбитражных учреждениях рассматривались с применением ускоренной процедуры.



В феврале 2019 года ускоренная процедура арбитража обсуждалась на 69-й сессии Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ. Арбитражное сообщество обеспокоено тем, насколько механизмы ускоренной процедуры соотносятся с принципом *due process*. Нарушение данного принципа может привести к неисполнимости арбитражного решения. Если решения не будут приводиться в исполнение, ускоренная процедура будет бесполезна.

Анализ положений регламентов ведущих арбитражных учреждений позволил выявить основные процессуальные решения, которые приводят к ускорению арбитража. Ускоренный арбитраж – это, как правило, рассмотрение дела единоличным арбитром в фиксированные сроки без проведения устного слушания.

Механизм \ арб. учреждение		ICC	LCIA	VIAC	SIAC	HKIAC	ICDR
1	Рассмотрение дела единоличным арбитром в качестве общего правила	✓		✓	✓	✓	✓
2	Установление фиксированного срока для вынесения арбитражного решения (до шести месяцев)	✓		✓	✓	✓	✓
3	Рассмотрение дела без проведения устного слушания по решению состава арбитража после консультации со сторонами	✓			✓	✓	✓
4	Ограничение количества подаваемых процессуальных документов (например, только иск и отзыв)	✓		✓		✓	
5	Закрепление за арбитражным учреждением права сократить любой срок, предусмотренный регламентом		✓		✓	✓	
6	Невозможность заявить новые требования после ответа на запрос об арбитраже	✓		✓			
7	Возможность вынесения решения без мотивировочной части				✓	✓	

Применение механизмов ускоренной процедуры арбитража потенциально может привести к отказу в приведении в исполнение арбитражного решения по одному из следующих оснований:

- сторона, против которой вынесено решение, не могла представить свою позицию (подп. «b» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 года) – нарушение принципа *due process*;
- арбитражный процесс не соответствовал соглашению сторон (подп. «d» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 года) – нарушение принципа *party autonomy*.

Ускоренная процедура арбитража vs принцип *due process*

Принцип *due process* предполагает, что каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции. Некоторые процессуальные механизмы, предусмотренные для ускорения арбитража, могут потенциально посягать на это право.

Сокращение сроков на проведение арбитража

В последние годы распространенным в арбитраже явлением стала *due process paranoia*, то есть нежелание состава арбитража действовать решительно в определенных ситуациях из-за боязни отмены арбитражного решения[1]. Такая «паранойя» заставляет состав арбитража удовлетворять просьбы о переносе слушаний, принимать новые доказательства после дедлайна. Она же заставляет думать, что сокращение сроков в ускоренном арбитраже представляет собой нарушение права стороны на представление своей позиции.

На практике это не так. В деле China Machine New Energy Corp v Jaguar Energy Guatemala LLC

[1] *Berger K. P., Jensen J. O. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. Arbitration International. 2016. P. 420.*

and another[2], рассмотренном Верховным судом Сингапура, между сторонами было заключено арбитражное соглашение, которое предполагало ускоренную процедуру (процесс должен был быть завершен в течение 90 дней со дня назначения третьего арбитра). Одна из сторон настаивала на отмене арбитражного решения, вынесенного в таком порядке, поскольку по ее мнению, это нарушило ее право надлежащим образом представить дело трибуналу. Однако суд не согласился с заявителем, указав, что состав арбитража обязан обеспечить *due process* «в рамках ограничений, установленных сторонами, в том числе в пределах заданных ими временных рамок».

Если сроки указаны в арбитражном регламенте, то также нет оснований для нарушения *due process*. Стороны, включая институциональные правила, предусматривающие применение ускоренной процедуры, соглашаются с установлением фиксированных сроков и правом арбитражного учреждения их сократить.

Рассмотрение дела без проведения устных слушаний

Нарушением *due process* может являться принятие решения о рассмотрении дела без проведения устного слушания на ранней стадии разбирательства (когда у состава арбитража еще не было времени и возможности должным образом погрузиться в детали дела)[3] или без консультации со сторонами. Потенциально опасное регулирование данного вопроса предусмотрено в правилах ICDR, в которых закреплено, что устное слушание проводится, только «если арбитр сочтет это необходимым». Следовательно, по общему правилу, дело рассматривается без устных слушаний и решающее слово по вопросу их проведения остается за арбитром, а не за сторонами.

Альтернативным механизмом ускорения процедуры, учитывающим требования *due process*, может быть ограничение продолжительности слушания. Например, в правилах ADR Chambers (Канада) закреплено, что оно должно длиться не более одного дня с 9:30 до 16:30 с необходимыми перерывами. Однако такое решение подойдет далеко не для каждого спора.

Стороны, арбитр и арбитражное учреждение должны искать оптимальное решение, подходя к вопросу разумно и соблюдая баланс между эффективным ускоренным графиком и правом стороны изложить свою позицию.

Ограничение количества процессуальных документов

Ограничение количества процессуальных документов в рамках ускоренной процедуры позволяет сторонам сосредоточиться только на значимых и релевантных вопросах. Это может сделать рассмотрение спора более эффективным[4]. Тем не менее установление лимита на количество подаваемых процессуальных документов, в том числе на число их страниц, потенциально может являться нарушением *due process*[5].

Более безопасным способом ускорения является установление жестких дедлайнов на подачу документов. Но такой механизм не столь эффективен. Каждый новый документ, даже поданный в жесткие сроки, порождает право другой стороны на него ответить и требует дополнительного времени на ознакомление. Здесь возникает все та же необходимость поиска баланса. При решении вопроса об ограничении числа процессуальных документов состав арбитража должен принимать во внимание мнение сторон, сложность и обстоятельства дела.

---

[2] *China Machine New Energy Corporation v Jaguar Energy Guatemala LLC and another, Supreme Court of Singapore, High Court, Originating Summons No. 185 of 2016, 26 April 2018, [2018] SGHC 101.*

[3] *Bühler M., Heitzmann P. The 2017 ICC Expedited Rules: From Softball to Hardball? Journal of International Arbitration (Kluwer Law International). Volume 34. Issue 2. 2017. P. 139–140.*

[4] *Lévy L., Polkinghorne M. (eds.). Expedited Procedures in International Arbitration. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Volume 16. 2017. P. 146.*

[5] *Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International. 2012. P. 479–480.*

Ускоренная процедура арбитража vs принцип *party autonomy*

Применение правил об ускоренной процедуре арбитража может противоречить условиям арбитражного соглашения, которые были прямо согласованы сторонами. Например, проблема возникает, когда арбитражное соглашение предусматривает рассмотрение дела коллегией из трех арбитров, а институционные правила – единоличным арбитром.

По общему правилу, положения арбитражного соглашения имеют приоритет перед институциональными правилами и в случае конфликта должны применяться они[6]. Тем не менее судебная практика по этому вопросу не единообразна.

В деле Noble Resources International Pte Ltd v Shanghai Good Credit International Trade Co. Ltd суд счел, что назначение единоличного арбитра при ускоренной процедуре по Правилам SIAC 2013 является нарушением *party autonomy*[7]. Верховный суд Сингапура в деле AQZ v ARA в такой ситуации, напротив, не нашел нарушения. Суд указал, что, выбрав правила SIAC 2010, стороны признали полномочие президента SIAC назначить единоличного арбитра при применении ускоренной процедуры[8]. При этом положения правил SIAC 2010 и 2013 об ускоренной процедуре идентичны.

Арбитражным учреждениям необходимо урегулировать соотношение прямого соглашения сторон и подразумеваемого согласия с арбитражными правилами. SIAC это учел и отразил в правилах об ускоренной процедуре их приоритет.

В правилах HKIAC закреплено решение, которое позволяет учесть волю сторон наилучшим образом. В случае если стороны согласовали рассмотрение дела коллегией из трех арбитров, HKIAC предлагает сторонам процедуру с единоличным арбитром. Если они не согласны, рассматривать спор будет коллегия.

Если арбитражный регламент не разрешает коллизию, то, на наш взгляд, должны применяться положения арбитражного соглашения.

Выводы

Применение ускоренной процедуры вряд ли приведет к неисполнимости арбитражного решения. Несмотря на то что правила устанавливают строгие механизмы для ускорения процедуры, они также демонстрируют гибкость в их применении. Например, установление срока для вынесения арбитражного решения в правилах сопровождается оговоркой о том, что в исключительных случаях срок может быть продлен. Решение о непроведении устного слушания принимается, как правило, после консультации со сторонами. Данный подход является правильным и позволяет учесть особенности конкретного дела и мнение сторон.

Аргументом против отмены арбитражного решения может быть доктрина эстоппель, если заявитель не возражал против ограничения процессуальных действий или не оспаривал назначение единоличного арбитра. В частности, судебная практика Швейцарии[9], Гонконга[10] и Франции[11] подтверждает: в случае, если сторона не поднимала вопрос о нарушении *due process* в ходе арбитража, хотя и знала об этом, она теряет право ссылаться на данное нарушение на стадии исполнения арбитражного решения.

---

[6] *Lew J. D. M., Mistelis L. A., Kröll S. M. Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. 2003. P. 2–45.*

[7] *Noble Resources International Pte Ltd v Shanghai Good Credit International Trade Co, Ltd [2016] Shanghai No.1 Intermediate People's Court (Hu 01 Xie Wai Ren No. 1).*

[8] *AQZ v ARA, Supreme Court of Singapore, High Court, 13 February 2015, [2015] SGHC 49.*

[9] *Chrome Resources S.A. v Leopold Lazarus Ltd, Federal Supreme Court of Switzerland, in Yearbook Commercial Arbitration VI, 1986, p. 538–542.*

[10] *China Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch v. Gee Tai Holdings Co. Ltd., Supreme Court of Hong Kong, in Yearbook Commercial Arbitration XX (1995). P. 671–680.*

[11] *Cour de cassation, civile, Chambre civile 1e, 6 May 2009, n°08-10281.*

ПРИЗЫВ К РАТИФИКАЦИИ НЬЮ-ЙОРКСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИЙ: МОЛЧАНИЕ, РАЗДРАЖАЮЩЕЕ ИНВЕСТОРОВ И ПРАВО

Валихан Шайкенов
*магистр права Джорджтаунского университета, партнер и глава практики по разрешению споров юридической фирмы AEQUITAS, Алматы**

Кто-то может подумать, что эта статья приурочена к 60-летию Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписанной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года (далее – Нью-Йоркская конвенция), или написана по поводу иного знаменательного события общественно-политической жизни. Но на самом деле обстоятельное исследование о заявленном предмете должно было появиться значительно раньше. Должно было появиться потому, что правовая определенность не должна зависеть от политической конъюнктуры. А откладывалось, возможно, из опасения подсказать недобросовестным участникам рынка способ уйти от обязательств. Если так, то опасение ложно.

Замалчивая проблему статуса присоединения к Нью-Йоркской конвенции и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже, принятой в Женеве 21 апреля 1961 года (далее – Европейская конвенция)[1], мы порождаем правовую неопределенность, которая губительна для всех – как добросовестных

---

[1] Некоторыми авторами высказывалось мнение о том, что Нью-Йоркская конвенция не была ратифицирована и поэтому не имеет приоритета перед казахстанскими законами, но без подробного анализа, который необходим в свете укоренившихся альтернативных точек зрения, в целом создающих впечатление неоднозначности статуса присоединения к обсуждаемым конвенциям.

Мнение о том, что Нью-Йоркская конвенция Казахстаном не ратифицирована, высказывалось следующими авторами: Тлеулина Л. С. Признание и исполнение решений коммерческих арбитражей и иностранных судов в Казахстане // Legal Insight. – 2015. – № 6 (42). – С. 31; Nacimiento P., Yeleuov M. Kazakhstan: Overview of Investment Treaty Programme // Global Arbitration Review. November, 2018. https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1005364/kazakhstan; Shaikenov A. Arbitration Law In Kazakhstan. International Aspects // Forbes Kazakhstan. 2017, March. https://forbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_kazakhstan_international_aspects/; Шайкенов В. Ж., Идаятова А. Т. Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2018. – № 1 (16). – С. 129. https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123.

Противоположное мнение см., например, здесь: Абдуллаева Ж., Тульчинская Ю. Проблемы исполнения международных арбитражных решений в Казахстане // Юрист. – 2012. – № 5. https://journal.zakon.kz/4494762-problemy-ispolnenija-mezhdunarodnykh.html.

** Заголовок и название города приводится с учетом пожелания автора.*

участников рынка, находящихся под дамокловым мечом внутренних противоречий казахстанского законодательства об арбитраже, так и государства, вынужденного нести транзакционные издержки в затяжных переговорах об арбитражных соглашениях с настороженными инвесторами. Не говоря уже о косвенных издержках экономики от общего негативного фона, создаваемого постоянно меняющимся законодательством об арбитраже, последовательно ограничивающим автономию воли сторон, вносящим сумятицу не только внутренней противоречивостью законов об арбитраже и гражданских процессуальных кодексов, но и разногласиями между указанными актами и Нью-Йоркской и Европейской конвенциями. Пожалуй, в чем казахстанское регулирование арбитража постоянно, так это в своих непостоянстве и экзотичности. Ни первое, ни второе не добавляет Республике Казахстан инвестиционной привлекательности.

С разной степенью очевидности причины, по которым Казахстану необходимо наконец-то ратифицировать обсуждаемые конвенции, дополняются широко распространившимся в профессиональных кругах заблуждением, что форма, в которой республика присоединилась к конвенциям, может считаться ратификацией. В то время как казахстанские юристы, руководимые благими намерениями, изыскивают возможности для выхода из патовой ситуации, судебная практика и органы власти всячески уклоняются от ясной квалификации статуса присоединения Казахстана к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям.

Обоснованной правовой позиции мы не находим ни в нормативных постановлениях Верховного суда, ни в актах других правоохранительных органов. Хотя в последнем комментарии к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан (ГПК РК) Б. А. Жуламанов применительно к статье 255 ГПК отмечает, что *«указанные основания для отказа* ***полностью соответствуют статье V Конвенции*** *о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года,* ***ратифицированной*** *(оба выделения мои. – В. Ш.) Казахстаном Указом Президента Республики Казахстан от 4 октября 1995 года № 2485»*[2], мы не находим подтверждения ни первому, ни второму утверждению комментатора: основания для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений в ГПК на момент подготовки комментария не полностью совпадали с основаниями, предусмотренными в статье V Нью-Йоркской конвенции; обоснования факта ратификации автор не приводит.

Вид на Алматы, Казахстан

Смешанные чувства вызывает и заявление, сделанное Верховным судом РК в Обобщении судебной практики о признании и исполнении, отмене арбитражных решений за 2016, 2017 и 1-й квартал 2018 года. В частности, в Обобщении сказано: *«...учитывая приоритет международного договора, можно рекомендовать судам в рассмотрении заявлений о признании и исполнении иностранных арбитражных решений руководствоваться прежде всего нормами Нью-Йоркской конвенции и применять правила главы 20 ГПК лишь в той части, в которой они не противоречат конвенции»*[3]. Признавая либеральные устремления авторов Обобщения, нельзя не забывать, куда благими намерениями вымощена дорога. Судья при отправлении правосудия независим и подчиняется только Конституции и закону. Нарушение правил толкования и строгой иерархии нормативных правовых актов способно подточить фундамент правовой системы и в долгосрочной

[2] *Комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Казахстан / Под общ. ред. К. А. Мами. – Астана: Библиотека Верховного суда Республики Казахстан, 2016. – С. 466.*

[3] *Бюллетень Верховного суда Республики Казахстан. – 2019. – № 3. – С. 69. http://sud.gov.kz/rus/content/byulleteni-za-2019-god.*

перспективе создать благодатную почву для конституционного кризиса. Нельзя в угоду изменившейся политической конъюнктуре жертвовать законностью. Не пристало суду называть подзаконный акт (в данном случае Указ Президента РК от 4 октября 1995 года № 2485) законом только потому, что законодатель создал нежелательную с точки зрения инвестиционных ожиданий ситуацию. Потому что из двух зол для инвестора попрание закона всегда худшее зло.

Исторический контекст и юридические проблемы присоединения к конвенциям

Республика присоединилась к Нью-Йоркской конвенции на основании Указа Президента РК от 4 октября 1995 года № 2485. В тот же день указом № 2484 Казахстан был присоединен к Европейской конвенции. Грамоты о присоединении к обеим конвенциям были депонированы Казахстаном у Генерального секретаря ООН 20 ноября 1995 года[4]. Соответственно, обе конвенции для Казахстана вступили в силу 18 февраля 1996 года (согласно пункту 2 статьи 12 Нью-Йоркской конвенции и пункту 8 статьи 10 Европейской конвенции).

Статус присоединения Казахстана к обеим конвенциям и их положение в иерархии нормативных правовых актов долгое время оставались предметом непростой в конституционно-правовом смысле дискуссии среди юристов. Дело в том, что в период присоединения республики к данным конвенциям в стране отсутствовал высший представительный орган: досрочное прекращение конституционных полномочий Верховного совета XII созыва в результате самороспуска[5] и роспуск Верховного совета XIII созыва[6] оставили Казахстан без действующего парламента на период с марта 1995 по январь 1996 года.

В указанный период Президент РК имел право издавать два вида указов:

- указы, имеющие силу закона – на основании Закона от 10 декабря 1993 года № 2576-XII «О временном делегировании Президенту РК и главам местных администраций дополнительных полномочий»;
- указы, принимаемые «на основе и во исполнение Конституции и законов», то есть не имеющие силы закона и не приравненные к актам высшего представительного органа, – на основании статьи 79 Конституции 1993 года и статьи 45 Конституции 1995 года.

Сказанное означает, что в период осуществления президентом дополнительных полномочий он имел две шляпы: главы государства с полномочием издавать подзаконные акты в виде обычных указов и высшего представительного органа с полномочием издавать указы, приравненные по своей силе к законам. В каждом случае президенту надлежало принимать решение, какую шляпу надеть. Следовательно, обсуждаемый вопрос сводится к тому, в какой шляпе президент был 4 октября 1995 года, присоединяя страну к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям.

Значение ратификации с точки зрения международного права и внутреннего законодательства

Прежде чем перейти к более подробному анализу статуса присоединения к конвенциям, следует пояснить, какие последствия влечет присоединение республики к международному до-

---

[4] *Статус текстов Нью-Йоркской конвенции: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html; Статус текстов Европейской конвенции: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-2&chapter=22&clang=_en.*

[5] *Малиновский В. А. Рожденная в противостоянии // Юрист. – 2005. – № 8. https://journal.zakon.kz/203580-rozhdennaja-v-protivostojanii.html.*

[6] *В соответствии с постановлением Конституционного суда РК от 6 марта 1995 года «О нелегитимности Верховного совета РК, избранного 7 марта 1994 года.*

говору в международно-правовом плане и с точки зрения действующего права, подлежащего применению казахстанскими судами. Как будет продемонстрировано далее, смешивание международно-правовых последствий присоединения к международному договору с последствиями, имеющими значение исключительно с позиции внутреннего права, лежит в основе неправильной квалификации статуса присоединения Казахстана к обсуждаемым конвенциям.

С точки зрения международного права и, в частности, Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 года[7] (далее – Венская конвенция) понятия «ратификация», «принятие», «утверждение» и «присоединение» – синонимы, означающие способ выражения согласия субъекта международного права на обязательность для него международного договора. Иными словами, в международном плане безразлично, связала республика себя обязательством посредством указа президента, постановления правительства или закона парламента о ратификации.

Участник Венской конвенции не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания для невыполнения им международного договора (статья 27). Это, в свою очередь, не означает, что с точки зрения внутреннего права суды обязаны применять международный договор в случае его противоречия внутренним законам страны. Как правильно отметил Конституционный совет РК в постановлении от 11 октября 2000 года № 18/2, Венская конвенция *«не определяет порядка исполнения договоров. Это относится к конституционным и законодательным прерогативам государств и вытекает из общепризнанного принципа международного права – суверенного равенства государств»*. Сказанное означает, что принципиально возможна ситуация, при которой судам надлежит отдавать приоритет внутренним законам, тем самым вынуждая Казахстан нарушать принятые международно-правовые обязательства. В таком случае инвестор при наличии прочих условий может предъявить к республике иск о нарушении международного договора[8].

Другим примером неисполнимости международного договора – даже при условии ратификации парламентом – будет служить его признание антиконституционным: в этой ситуации договор хоть и не подлежит исполнению, но автоматически не прекращает своего действия. Для данного случая и нужны такие механизмы, как согласительные процедуры и денонсация договора.

С точки зрения иерархии нормативных правовых актов значение имеет только уровень акта, которым Республика Казахстан присоединилась к международному договору. Ранг акта определяется формально выраженной в пределах компетенции волей органа, его издающего, но не его содержанием. Воля выражается путем придания акту соответствующих реквизитов, включая наименование. Следовательно, если даже президент издал «указ о ратификации», слово «указ» относится к реквизиту акта, определяющему его ранг в иерархии действующего права, а слово «ратификация» относится к содержанию указа и адресовано субъектам международного права с це-

---

[7] К Венской конвенции Казахстан присоединился на основании постановления Верховного совета РК от 31 марта 1993 года № 2059-XII.

[8] В настоящий момент в инвестиционном арбитраже (ICSID) рассматривается дело по иску компании Windoor AS против Республики Казахстан о нарушении договора о защите капиталовложений между РК и Эстонией (https://www.italaw.com/cases/4952). Дело связано с отказом в признании иностранного арбитражного решения, вынесенного при администрировании Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма. Хотя материалы инвестиционного арбитража отсутствуют в публичном доступе, равно как и судебные акты Верховного суда по существу спора между Windoor AS и ТОО «Дипломат Строй Сервис», из средств массовой информации следует, что дело завершилось вмешательством Генеральной прокуратуры РК и отказом в признании арбитражного решения (http://www.baltic-course.com/eng/baltic_states_cis/?doc=126861, http://www.windoor.ee/en/windoor-en). Наличие указанного спора свидетельствует о практической актуальности вопроса о статусе присоединения республики к обсуждаемым конвенциям.

лью сообщить миру, что страна отныне связана международно-правовым обязательством.

С точки зрения юридической техники нежелательно включать в содержание акта о присоединении к международному договору слово «ратификация», если уровень акта не соответствует уровню закона. В этом случае только искушенный юрист будет способен распознать действительные последствия такого присоединения. Остальные могут быть сбиты с толку словом «ратификация» в содержании подзаконного акта, полагая, что положения международного договора имеют ситуативное превосходство при коллизиях с нормами законов[9].

Развенчивая мифы

Отдельного опровержения заслуживают толкования, предлагающие считать указы Президента РК о присоединении к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям ратификационными актами.

Довод о том, что президент не мог присоединить Республику Казахстан к международному договору иначе как на основе своих полномочий, позволявших ему действовать вместо высшего представительного органа. Некоторые юристы высказывали мнение о том, что указы президента о присоединении к обсуждаемым конвенциям следует толковать как указы, имеющие силу закона, поскольку президент якобы не мог присоединить страну к международному договору иначе как на основе своих полномочий действовать вместо высшего представительного органа.

Этот вывод представляется ошибочным, поскольку президент в силу п. 11 ст. 44 Конституции РК 1995 года, а также подп. «а» п. 2 ст. 7 Венской конвенции имел полномочия представлять государство в международных отношениях и заключать от имени страны международные договоры в своем статусе главы государства, а не только как субъект, временно осуществляющий функции высшего представительного органа. Поэтому приняв указ, не имеющий силы закона, президент реализовал свое полномочие главы государства, высшего должностного лица, но не высшего представительного органа.

Такая точка зрения согласуется с позицией Конституционного совета, который в своем нормативном постановлении от 18 мая 2006 года № 2 «Об официальном толковании подпункта 7 статьи 54 Конституции» указал:

«2. ...международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятым высшим представительным органом Республики, осуществляющим законодательные функции (Верховным Советом, Парламентом Республики Казахстан) и указами Президента Республики Казахстан, ***имеющими силу закона*** *(выделено мной. — В.Ш.), приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам.*

3. Нератифицированные международные договоры Республики Казахстан приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики. В случае коллизии между ними стороны договоров имеют возможность в соответствии с Законом Республики Казахстан от 30 мая 2005 года № 54-III "О международных договорах Республики Казахстан", а также нормами международного права разрешать ее путем согласительных процедур и принятия иных мер по преодолению коллизии».

Таким образом, надев шляпу главы государства, высшего должностного лица, но не высшего представительного органа, 4 октября 1995 года президент Н. А. Назарбаев реализовал свое полномочие путем издания подзаконного акта в виде обычного указа президента, присоединив Казахстан к двум конвенциям, тем самым, с одной стороны, связав страну международ-

---

[9] В качестве примера можно привести следующие «указы о ратификации», которые в действительности не создают приоритета соответствующих международных договоров перед национальным законодательством: Указ Президента РК от 24 января 1996 года № 2815 «О ратификации Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности»; Указ Президента РК от 5 января 1996 года № 2748 «О ратификации Договора о дружественных отношениях и сотрудничестве между РК и Республикой Болгария»; Указ Президента РК от 15 сентября 1995 года № 2459 «О ратификации Соглашения между РК и Российской Федерацией о единстве управления таможенными службами».

но-правовым обязательством, а с другой стороны, включив положения конвенций в материю действующего законодательства. Как следует из нормативного постановления Конституционного совета от 18 мая 2006 года, у президента была альтернатива – издать указ, имеющий силу закона, – которой он не воспользовался. Поэтому положения Нью-Йоркской и Европейской конвенций «приоритетом перед законами Республики не обладают и должны исполняться в той мере, в какой они не входят в противоречие с законами Республики».

Довод о том, что акты о ратификации международных договоров и акты о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе. Как мы выяснили, этот тезис имеет смысл и верен только с точки зрения международного права, поскольку любая форма присоединения к международному договору создает для государства равнозначное международно-правовое обязательство. В этом смысле «ратификация», «принятие», «утверждение» и «присоединение» означают, в зависимости от случая, имеющий такое наименование международный акт, посредством которого государство выражает в международном плане свое согласие на обязательность для него договора (подп. «b» п. 1 ст. 2 Венской конвенции). Именно это имел в виду Конституционный совет, указывая в своем постановлении от 10 июля 2008 года № 1, что *«акты Республики Казахстан о ратификации международных договоров и акты Республики Казахстан о присоединении к международным договорам равнозначны по своей юридической силе и правовым последствиям. В этой связи международные договоры, обязательность которых для Казахстана установлена нормативными правовыми актами о присоединении к международным договорам, принятыми парламентом республики, приравниваются к ратифицированным Республикой Казахстан международным договорам»*.

В то же время этот довод несостоятелен, если речь идет о приоритете международного договора перед национальным законодательством, поскольку такая приоритетность устанавливается исключительно путем издания акта, по своей силе равнозначного закону парламента. Таким очевидно не является обычный указ президента, не содержащий в своем наименовании (реквизитах) слов «имеющий силу закона». Содержание нормативного правового акта не определяет его положение в иерархии; даже если бы в указах президента от 4 октября 1995 года речь шла о ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций, эти слова не означали бы ратификации международных договоров в значении п. 3 ст. 4 Конституции РК и не придавали бы преимущественной силы их положениям перед национальными законами.

Значение конвенций для инвестиционного климата и стабильности гражданского оборота

Есть несколько убедительных доводов в пользу необходимости ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций. Первый блок причин касается утверждения международных и всем понятных стандартов признания иностранных арбитражных решений. Второй – потенциала конвенций для развития казахстанского арбитража (так, Нью-Йоркская конвенция может потенциально применяться к решениям, вынесенным не только по иностранному арбитражному законодательству, но и по казахстанскому закону об арбитраже, тем самым делая Казахстан более привлекательным местом арбитража). Третий – расширения инструментов для преодоления патологий в арбитражных соглашениях, касающихся как их действительности, так и вопросов выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению. И наконец, не менее важным, пусть и не столь явным, является значение ратификации конвенций в качестве правовой основы для рецепции устоявшихся в развитых правопорядках доктрин в области международного арбитража. Например, до того как из положений Нью-Йоркской и Европейской конвенций, первоначально не рассчитанных на решение коллизионных вопросов, удалось вывести концепцию «юридического места арбитража», научная мысль и судеб-

ная практика развитых правопорядков прошли тернистый путь в несколько десятилетий.

О противоречии ГПК и Закона Республики Казахстан «Об арбитраже» Нью-Йоркской конвенции написано достаточно много[10]. Поскольку анализ этих противоречий не является целью настоящей статьи, мы на них подробно останавливаться не станем. Скажем только о проблеме соотношения Нью-Йоркской и Европейской конвенций, которая также требует внесения ясности в статус присоединения Казахстана к этим международным договорам и которая в литературе не освещалась.

Закон «Об арбитраже» и ГПК по смыслу (пусть и не дословно) воспроизводят следующее основание, содержащееся в подпункте «е» п. 1 ст. 5 Нью-Йоркской конвенции, для отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения: «*Решение еще не стало обязательным для сторон или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в соответствии с законом которой оно было вынесено*». В то же время, поскольку Казахстан присоединился к Европейской конвенции, для него применение указанного подпункта Нью-Йоркской конвенции должно ограничиваться случаями, предусмотренными в п. 1 ст. 9 Европейской конвенции.

Возникает вопрос: ограничивает ли п. 1 ст. 9 Европейской конвенции применение соответствующих положений ст. 57 Закона «Об арбитраже» и ст. 255 ГПК? Ответ на этот вопрос будет зависеть главным образом от того, как будет разрешена проблема со статусом присоединения Казахстана к обсуждаемым конвенциям.

Отсылка закона к нератифицированному международному договору

Существует и самостоятельное основание, не связанное с иерархией нормативных правовых актов, позволяющее разрешить коллизию между нератифицированным международным договором и вышестоящим законом в пользу первого, – это отсылка к международному договору в самом законе.

На это прямо указывает Конституционный совет в своем постановлении от 11 октября 2000 года № 18/2. Так, в отдельных законах Республики Казахстан предусматривается приоритет международных договоров перед нормами этих законов. Например, в п. 8 ст. 3 Гражданского кодекса РК (общей части), принятого Верховным советом 27 декабря 1994 года, закреплено: *«Если международным договором, участником которого является Республика Казахстан, установлены иные правила, чем те, которые содержатся в гражданском законодательстве Республики Казахстан, применяются правила указанного договора»*. Эта норма не противоречила Конституции 1993 года и остается в силе после принятия Конституции 1995 года, так как указанный законодательный акт не был отменен парламентом.

Отсылка к международному договору в целях признания и исполнения содержалась в п. 1 ст. 425 ГПК РК 1999 года (утратившего силу в связи с принятием нового ГПК): *«Решения иностранных судов и арбитражей признаются и исполняются в Республике Казахстан, если это предусмотрено законом или международным договором*

---

[10] *См., например: Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Изменения в законодательстве Республики Казахстан об арбитраже. https://www.zakon.kz/4957274-izmeneniya-v-zakonodatelstve-respubliki.html; Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже. http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html; Тлеулина Л. С. Признание и исполнение решений коммерческих арбитражей и иностранных судов в Казахстане // Legal Insight. – 2015. – № 6 (42). – С. 31–39; Елеуов М. Инвестиционный климат и разрешение споров: некоторые проблемы и решения / Выступление на XV юбилейной Международной атырауской правовой конференции «Недропользование – основа экономики Республики Казахстан» 29 апреля 2017 года. https://www.zakon.kz/4862384-investicionnyjj-klimat-i-razreshenie.html; Shaikenov A. Arbitration Law In Kazakhstan. International Aspects // Forbes Kazakhstan. 2017, March. https://forbes.kz/process/expertise/arbitration_law_in_kazakhstan_international_aspects/; Тукулов Б. А. Новый Закон Республики Казахстан «Об арбитраже»: внимание некоторым проблемным моментам. https://www.zakon.kz/4795629-novyjj-zakon-respubliki-kazakhstan-ob.html; Шайкенов В. Ж., Идаятова А. Т. Проблема выбора права, применимого к арбитражному разбирательству и арбитражному соглашению, с точки зрения казахстанского законодательства // Вестник международного коммерческого арбитража. – 2018. – № 1 (16). – С. 123–133. https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.123.*

Республики Казахстан на началах взаимности». Как видно из приведенной нормы, для применения международного договора не требовалась его ратификация, но была необходима взаимность.

По ГПК 1999 года проблема с взаимностью могла потенциально решаться за счет презумпции взаимности или исходя из того, что страна заявителя является участницей конвенции. Однако в контексте общего состояния права в период с 1999 по 2004 год приведенная норма ст. 425 ГПК 1999 года не помогала преодолеть противоречия между Нью-Йоркской и Европейской конвенциями с одной стороны и внутренним процессуальным законодательством с другой: использованный в статье термин «иностранные арбитражи», скорее всего, был заимствован из кодексов раннего периода и относился к государственным арбитражным судам, ликвидированным в самом Казахстане незадолго до принятия ГПК 1999 года[11].

К моменту принятия ныне действующего ГПК (31 октября 2015 года) казахстанскому законодательству стала хорошо известна концепция международного коммерческого арбитража, поэтому отсылка к иностранному арбитражу уже понималась в значении, принятом в международной практике. Но появилась другая проблема, пробудившая повышенный интерес к статусу присоединения Казахстана к Нью-Йоркской и Европейской конвенциям. Часть 1 ст. 501 нового ГПК впервые поставила приоритетность международного договора перед кодексом под условие его ратификации: *«...арбитражные решения иностранных арбитражей признаются и приводятся в исполнение судами Республики Казахстан, если признание и приведение в исполнение таких актов предусмотрены законодательством и (или) международным договором,* ***ратифицированным*** *(выделено мной. – В.Ш.) Республикой Казахстан»*.

Решение проблемы: ретроспективная ратификация конвенций

По причинам, изложенным выше, в сложившейся ситуации ни одно толкование не способно придать указу президента, не имеющему силы закона, эффект ратификационного акта в конституционно-правовом значении. Не может обсуждаемым указам президента дать расширительное толкование парламент, поскольку аутентичное толкование законов не признается Конституционным советом[12]. В равной степени не способен разрешить проблему и Верховный суд – ни путем принятия нормативного постановления, ни в виде рекомендаций судам, ибо судья независим при отправлении правосудия и связан законом. Честный судья должен будет признать, что указ президента, не имеющий силы закона, не способен придать положениям международного договора приоритет перед национальным законом.

Единственным правовым способом придания Нью-Йоркской и Европейской конвенциям приоритета перед национальными законами является их ратификация путем принятия парламентом соответствующих законов. А единственный способ разрешить противоречия между конвенциями и внутренними законами из ранее возникших отношений – придать законам о ратификации обратную силу с момента, когда конвенции были введены в действие указами президента, то есть с 18 февраля 1996 года.

Прошу считать эту статью открытым письмом, адресованным профессиональному сообществу, а также субъектам права законодательной инициативы с призывом к решительным действиям по ратификации Нью-Йоркской и Европейской конвенций. Только так мы сможем немного уменьшить напряжение, раздражающее инвесторов, и привести в порядок наше право.

---

[11] *Подробнее см.: Сулейменов М. К., Дуйсенова А. Е. Достоинства и недостатки нового Закона об арбитраже. http://www.zakon.kz/4796696-dostoinstva-i-nedostatki-novogo-zakona.html.*

[12] *Согласно нормативному постановлению Конституционного совета РК от 15 октября 1997 года № 17/2, «Конституция Республики Казахстан не предусматривает наделение парламента правом официального толкования законов, в том числе конституционных».*

ABA Section of International Law
Your Gateway to International Practice

ARBITRATION ASSOCIATION

THE 2019 MOSCOW DISPUTE RESOLUTION CONFERENCE

The ABA's 11th Annual Moscow Conference on the Resolution of International Business Disputes

Venue: Moscow, Radisson Royal Hotel (Ukraine Hotel), Kutuzovsky Prospekt, 2/1 building 1

18 SEPTEMBER
2019

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION CONFERENCES

XI IBA "Mergers and Acquisitions in Russia and CIS" Conference

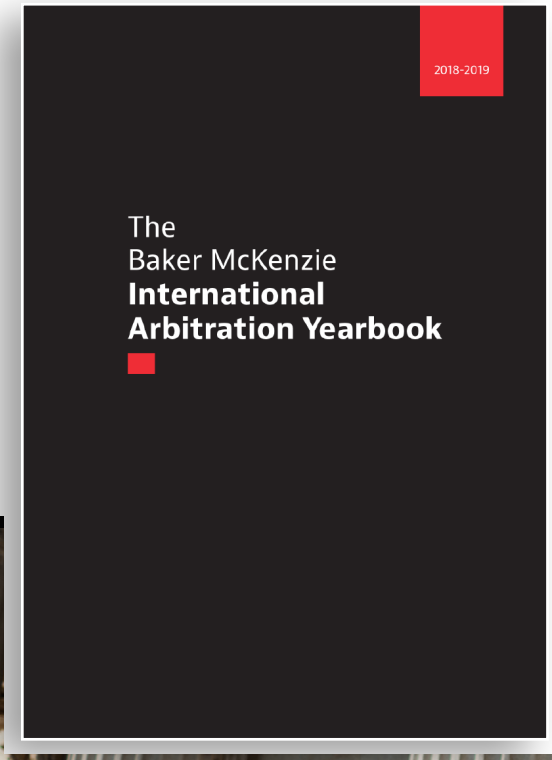
15 November, 2019
Hotel Baltschug Kempinski
Moscow

XIII Annual IBA Law Firm Management Conference

6 December, 2019
Marriott Hotel Novy Arbat
Moscow

For more details, please contact Alexandra Brichkovskaya at
alexandra.brichkovskaya@arbitrations.ru
www.iba-ma.ru, www.iba-lfm.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.

КИАП | Корельский Ищук Астафьев

Deloitte.

Baker McKenzie.

MANSORS

Инфопартнеры

Arbitration.ru

ARBITRATION ASSOCIATION

CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LF LAWFIRM.RU