

ПРИРОДОРЕСУРСОВОЕ И ЭКОЛОГИЧЕСКОЕ ПРАВО

Ж.С.Елюбаев

К ВОПРОСУ ОБ АРБИТРАЖНЫХ ОГОВОРКАХ В КОНТРАКТАХ НА НЕДРОПОЛЬЗОВАНИЕ (КАЗАХСТАНСКАЯ ПРАКТИКА)

На современном этапе развития человечества основным направлением в международной политике большинства государств является процесс экономической интеграции. Особенно усиливаются интеграционные процессы в странах Западной и Восточной Европы, а также на территории СНГ.

Сотрудничество между экономическими союзами, крупными мировыми корпорациями и другими хозяйствующими субъектами выступает на первый план во взаимоотношениях и, нередко, становится сферой столкновения интересов. В связи с этим, эффективное и справедливое разрешение экономических и других разногласий, в соответствии с принципами и нормами международного права и сложившейся международной арбитражной практикой, является главным условием укрепления и развития международного экономического сотрудничества.

При выборе того или иного средства или способа разрешения экономических споров и иных разногласий между субъектами экономических отношений, стороны должны быть уверены, в первую очередь, в их адекватности, эффективности и справедливости. Многообразие существующих ныне средств урегулирования споров вовсе не означает, что все они, без исключения, могут находить применение при разрешении споров экономического характера.

Между тем, сегодня уже никто не сомневается в том, что международный коммерческий арбитраж (*International Commercial Arbitration*) является основным способом разрешения споров, возникающих в области международного товарного оборота, понимаемого в широком смысле этого термина. Интерес к арбитражу, как способу урегулирования разногласий вне рамок государственного суда, не случаен. Проблемы государственных судебных систем, связанные с недостатками бюджетного финансирования, перегруженностью судов делами, волокитой их рассмотрения, их политизированностью, в ряде случаев и коррумпированность судей, вынуждают искать более эффективные пути выхода из конфликтных ситуаций.

Современный международный коммерческий арбитраж действует, в основном, в трёх формах[1]:

а) постоянно действующих арбитражных судов, обычно создаваемых различного рода коммерческими и профессиональными организациями, которые действуют в соответствии с регламентами, принятыми вышеуказанными организациями;

б) арбитражных судов «ad hoc», создаваемых сторонами для разрешения конкретного спора, которые действуют в соответствии с правилами, установленными самими сторонами в споре;

в) администрируемых арбитражных судов, занимающих среднее положение между постоянно действующими судами и судами «ad hoc». Принцип их функционирования основан на том, что определённые коммерческие учреждения либо постоянно действующие арбитражные суды на указанных в специальных регламентах условиях осуществляют администрирование деятельности суда «ad hoc».

Следует отметить, что популярность арбитража, а также признание его значения официальными органами различных государств привели не только к регламентации коммерческого арбитража на международном уровне, но также способствовали принятию внутренних законодательных актов по данному вопросу, что имеет большое значение для развития арбитражной практики. Привлекательность, основные преимущества негосударственного арбитража определяются такими факторами, как:

а) независимость и беспристрастность арбитражного суда, обеспечиваемое процедурой избрания (назначения) арбитров;

б) участие в качестве арбитров высококвалифицированных специалистов, поскольку стороны сами выбирают (назначают) арбитров из числа компетентных и опытных людей;

в) возможность определения сторонами компетенции и процедуры рассмотрения спора, более широкие возможности применения принципов добросовестности, справедливости, конфиденциальности и быстрота разрешения спора;

г) обеспечение атмосферы сотрудничества, поскольку арбитраж содействует достижению сторонами взаимоприемлемого соглашения, то есть заключению между ними мирового соглашения и сохранению в результате этого духа доверия и сотрудничества на будущее;

д) окончательность арбитражного решения, когда никакой иной орган не вправе пересмотреть первоначальное решение арбитража;

е) обязательность арбитражного решения для сторон и гарантированность, в большинстве случаев, принудительного исполнения этого решения, если стороны будут уклоняться от добровольного исполнения (*например, на основе положений Нью-Йоркской Конвенции, 1958 года*);

ж) «камеральность» рассмотрения спора, которая достигается благодаря тому, что арбитражный процесс осуществляется, закрыто, в отсутствие посторонних лиц, что позволяет сохранить имидж и деловую репутацию сторон в глазах других участников международного экономического сотрудничества.

Отмечая преимущества арбитражного разбирательства, нельзя обойти стороной и недостатки арбитража по сравнению с другими методами разрешения споров, например в государственных судах. Прежде всего, отметим, что арбитраж лишён атрибутов государственной власти и потому не может принудительно от своего имени вызывать свидетелей, требовать от государственных органов или третьих лиц документы, материалы, заключения, накладывать арест на имущество в обеспечение требований обратившейся в арбитраж стороны. Следует также отметить, что возможности арбитража привлекать соистцов или ответчиков, заменить ненадлежащих истцов или ответчиков надлежащими могут быть ограничены рамками арбитражной оговорки.

Далее, соглашаясь на арбитражное разбирательство, стороны, как правило, обязуются выполнить арбитражное решение без промедления и безвозвратно отказываются от своего права на любую форму апелляции, пересмотра и обжалования. В ряде случаев, выбранный сторонами регламент рассмотрения спора, например, Регламент Лондонского арбитражного суда (*статья 26.9*), устанавливает положение о том, что «все арбитражные решения являются окончательными и обязательными для сторон». Однако обжалование действий арбитров и даже решений арбитража в пределах системы арбитражного суда в ряде случаев допускается. Так, статья 31 Регламента ЮНСИТРАЛ разрешает обжаловать и, следовательно, пересмотреть коллегиально арбитражным судом единоличное решение Председателя по процессуальным вопросам. Статья 52 Вашингтонской конвенции содержит по этому вопросу особую норму, которая предоставляет каждой стороне спора право требовать отмены решения арбитража по ряду процессуальных или материальных оснований, среди которых: превышение арбитражем своих полномочий, недостаточное обоснование вынесенного решения и даже подкуп одного из арбитров.

Эффективность судебной защиты в целом, и в правоприменительной деятельности арбитражей в частности, во многом зависит от завершающей стадии судопроизводства – исполнения решения. Арбитражи завершают разрешение спора вынесением решения, не подлежащих, как правило, обжалованию и имеющих, как уже отмечалось, для сторон-участников спора обязательную юридическую силу. Это связано и с тем, что решения должны добровольно исполняться самими сторонами. На практике же, весьма нередкими являются случаи, когда арбитражные решения добровольно не исполняются, и тогда необходимо прибегнуть к принудительному исполнению. Все принципиальные вопросы принудительного исполнения в какой-либо стране решений иностранных арбитражей урегулированы известными международными конвенциями (*например, Нью-Йоркской, 1958 года; Европейской, 1961 года; для стран СНГ – Киевским соглашением, 1992 года*). Эти международные акты предусматривают, что решения иностранных арбитражей принудительно исполняются судебными органами государства по месту нахождения ответчика.

Между тем та же Нью-Йоркская конвенция (*статья V*) предусматривает положение о том, что в исполнении арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которого оно направлено, если эта сторона представит компетентной власти доказательства, например, того, что стороны в арбитражном соглашении были по применимому к ним закону в какой-либо мере недееспособны или соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили. Существуют и иные основания.

В признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдёт, что:

- а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны; или
- б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны.

Таким образом, возникает опасность неисполнения арбитражного решения, особенно такая опасность, существует в странах СНГ. Так, например, в судебной практике Республики Казахстан, явно проявляется тенденция государственных судов, куда обращаются истцы только за получением приказов на исполнение арбитражных судов, проверять правильность этих решения по существу. Такая практика не основано на законе и выходит за пределы компетенции государственного суда, поскольку согласно пункту 2 статьи 31 Закона РК от 28 декабря 2004 года №23-III «О международном коммерческом арбитраже» арбитражное решение может быть отменено компетентным судом[2] лишь в случае, если:

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что:

- одна из сторон арбитражного соглашения была признана компетентным судом недееспособной или арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по законодательству Республики Казахстан;
- она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам, признанным компетентным судом уважительными, не могла представить свои объяснения;
- решение арбитража вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, а также вследствие неподведомственности спора арбитражу;
- состав арбитража или арбитражная процедура разбирательства не соответствовали соглашению сторон и регламенту арбитража;

2) компетентный суд определит, что арбитражное решение противоречит публичному порядку[3] Республики Казахстан или что спор, по которому вынесено арбитражное решение, не может являться предметом арбитражного разбирательства по законодательству Республики Казахстан.

Тем не менее, несмотря на приведённые недостатки, арбитражное разбирательство споров является наиболее демократичным, справедливым, рациональным и эффективным, именно поэтому, как правило, в контрактах на недропользование стороны выбирают органом разрешения споров коммерческий арбитраж. Такая тенденция имеет под собой и законодательную основу. Так, например, Закон РК от 27 января 1996 года №2828 «О недрах и недропользовании» предусматривает положение о том, что споры, связанные с исполнением и прекращением контрактов на недропользование, решаются путем переговоров либо в соответствии с ранее согласованными в контракте процедурами разрешения. При этом, если такие споры сторон по контракту на недропользование, не могут быть разрешены в соответствии с вышеприведенной процедурой, то стороны могут передать спор для разрешения: А) в суд в соответствии с законодательными актами Республики Казахстан либо Б) в международный арбитраж в соответствии с законодательным актом Республики Казахстан об инвестициях. Здесь следует отметить, что в Казахстане есть два вида арбитража: коммерческие арбитражи, деятельность которых регулируется Законом РК от 28 декабря 2004 года №23-III «О международном коммерческом арбитраже», и которые разрешают споры, если одна из сторон в споре не является резидентом Республики Казахстан; и третейские суды, деятельность которых регулируется Законом РК от 28 декабря 2004 года №22-III «О третейских судах», и которые рассматривают споры между резидентами Республики Казахстан. Наличие названных двух законов нельзя признать наилучшей практикой, поскольку и коммерческий арбитраж, и третейский суд являются негосударственными коммерческими судами по рассмотрению споров, возникших из гражданско-правовых договоров. Установление правомочий арбитражных судов в зависимости от статуса субъектов является дискриминационной мерой в отношении резидентов Республики Казахстан. Субъекты гражданско-правовых отношений должны быть свободны в выборе органа по рассмотрению споров, вытекающих из действия договоров.

Итак, практически все крупные контракты на недропользование, заключенные в Казахстане, предусматривают в качестве компетентного органа по рассмотрению споров – коммерческие арбитражи. И, как правило, стороны контракта выбирают зарубежные арбитражи, такие как: Арбитражный институт Торговой палаты города Стокгольм (SCC), Международный арбитражный суд Международной торговой палаты (ICC), Лондонский суд международного арбитража (LCIA), Американскую арбитражную ассоциацию (AAA) и другие. Данное обстоятельство свидетельствует, что крупные недропользователи, в лице транснациональных компаний, предпочитают международные арбитражные институты в качестве органов по разрешению споров, возникающих из договорно-правовых отношений в сфере недропользования, чем государственные суды и коммерческие арбитражи, учрежденные в Казахстане. Это, в первую очередь, объясняется желанием обеспечить беспристрастное, независимое и компетентное разбирательство спора, а также желанием исключить любое (прямое или косвенное) вмешательство государства в разрешение спора. Тем не менее, на практике существует множество проблем, связанных с реализацией арбитражного соглашения, когда инициатором спора являются уполномоченные государственные органы Республики Казахстан, которые отдают предпочтение государственным судам Республики Казахстан, игнорируя арбитражное соглашение, имеющееся между сторонами контракта. К примеру, в одном из контрактов на недропользование, заключенном с хозяйствующим субъектом с иностранным участием[4], содержится норма о том, что «положения контракта, соответствующие права и обязательства по нему, а также их формирование, интерпретация и исполнение регулируется законами Республики Казахстан, при условии, что в максимальной степени, позволяемой этими законами, будут учтены намерения сторон, при этом Республика и недропользователь принимают меры к дружественному разрешению споров, относящихся к этому контракту, однако нерешенные споры регулируются в арбитраже, причем Республика Казахстан отказывается от иммунитета, базирующегося на суверенитете. Решение арбитров является окончательным и обязательным для сторон». Далее, содержится положение о том, что «арбитражное разбирательство выполняется в соответствии с Арбитражными Правилами ЮНСИТРАЛ, а арбитры назначаются Стокгольмской Торговой Палатой».

Однако, несмотря на вышеизложенное арбитражное соглашение, государственным судом Казахстана был рассмотрен спор инициированный уполномоченным государственным органом по вопросу интерпретации одного из важных положений контракта на недропользование касательно одного из видов продукции компании. При этом, как суд первой инстанции, так и суды вышестоящих инстанции оставили без удовлетворения ходатайства представителей недропользователя о прекращении производства по делу в государственном суде и передаче спора для разрешения в коммерческий арбитраж, определенный сторонами контракта. Таким образом, было нарушено арбитражное соглашение, что само по себе является самостоятельным предметом для другого арбитражного процесса, но поскольку впоследствии стороны разрешили спор мирным дружеским путем, этот новый предмет спора потерял свою актуальность. Здесь следует отметить, что приоритеты коммерческого арбитражного суда могут быть использованы при разрешении имущественных споров, возникающих в любой сфере предпринимательской деятельности. Единственным условием этого является наличие соответствующей арбитражной оговорки в договоре, либо наличие дополнительного соглашения, подписанного сторонами. При подписании контрактов многие предприниматели не уделяют должного внимания формулированию арбитражной оговорки, что порой затрудняет процедуру арбитража. Эта проблема характерна и для контрактов на недропользование. Здесь следует иметь в виду, что в соответствии с казахстанским законодательством, под арбитражным соглашением понимается «письменное соглашение сторон договора о передаче возникшего или

могущего возникнуть спора на рассмотрение в арбитраж, которое может быть заключено в виде арбитражной оговорки в договоре или путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами, телетайпограммами, факсами, электронными документами или иными документами, определяющими субъектов и содержание их волеизъявления» (пункт 4 статьи 2 Закона РК от 28 декабря 2004 года №23-III «О международном коммерческом арбитраже»).

Так, при выполнении условий контракта, заключенного между совместным казахстанско-израильским предприятием и компанией из США возник инвестиционный спор. В соответствии с арбитражной оговоркой данного контракта, спор подлежал рассмотрению в порядке арбитражного разбирательства в Арбитражном суде города Гаага в соответствии с Правилами ЮНСИТРАЛ. Однако, как оказалось, арбитражного суда в городе Гааге, который мог бы в порядке арбитражного разбирательства решить хозяйственный спор между компаниями, не существует, что официально подтвердило Посольство Королевства Нидерландов в Казахстане. Иск, поданный компанией в Южно-Казахстанский областной суд (Республика Казахстан), по месту нахождения ответчика, был возвращен по мотивам неподведомственности спора суду общей юрисдикции. В результате компания оказалась в затруднительной ситуации, поскольку арбитражная оговорка контракта не соответствовала ни требованиям Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, ни требованиям действующего законодательства Республики Казахстан. Конечно, при согласии сторон это мог быть арбитраж «ad hoc» с местом рассмотрения спора в городе Гаага, однако казахстанская сторона не выразила своего согласия на проведение такого арбитража.

В другом случае, в контракте, заключенном между компанией из Южной Кореи и казахстанской фирмой, стороны предусмотрели процедуру арбитражного разбирательства по Правилам Арбитража ЮНСИТРАЛ. Альтернативной оговоркой предусматривалось рассмотрение спора, либо в Корейской коммерческой Арбитражной Палате, либо в Третейском суде в городе Алматы, по выбору залогодержателя. Реализуя свое право, на выбор арбитража, корейская компания, как истец-залогодержатель, обратилась с иском в Третейский суд Юридического центра «IUS» (город Алматы, Республика Казахстан), ответчик не возражал против этого и подписал соглашение о выборе этого третейского суда и кандидатуре арбитра [5]. Приведенные примеры свидетельствуют о существующих проблемах в вопросах определения органа по рассмотрению споров, возникающих в связи с исполнением контрактов, в том числе, контрактов на недропользование. Поэтому весьма важно правильно и четко формулировать в контракте арбитражную оговорку, которая в максимальной степени снизит риск возникновения процедурного спора между сторонами, а также в контракте должно быть в обязательном порядке положение о применимом праве. В контрактах на недропользование, заключаемых в Казахстане, в качестве образца можно, например, взять арбитражную оговорку Международного коммерческого арбитражного суда Евразийского центра посреднического разбирательства (ICAC), которая выглядит следующим образом: «любые споры, возникающие из настоящего контракта (договора) или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в Международном коммерческом арбитражном суде Евразийского центра посреднического разбирательства (город Алматы, Республика Казахстан) одним или несколькими арбитрами в соответствии с действующим Регламентом Международного коммерческого арбитражного суда» [6]. Эта арбитражная оговорка отличается краткостью, ясностью и смысловой содержательностью, не требующая дополнительной интерпретации ее редакции.

И в заключение хотелось бы выразить уверенность в том, что давние традиции арбитража, сформировавшиеся на европейском континенте, найдут свою почву для своего развития и в Казахстане. Колоссальные изменения, происшедшие в стране в последние десятилетия и отразившиеся в принятии двух законодательных актов об арбитражном и третейском суде, а также присоединение Казахстана к Нью-Йоркской конвенции и другим международно-правовым актам, дают надежду на будущее независимое развитие института коммерческого арбитража.

1. Книга «Бейкер и Макензи: Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной и Восточной Европы и СНГ». Учебно-практическое пособие, под ред. А.Тыньель и В.Хвалей, М., 2001. С. 1-8.

2. Закон РК от 28 декабря 2004 года №23-III «О международном коммерческом арбитраже».

3. Закон РК от 27 января 1996 года №2828 «О недрах и недропользовании».

4. Законом РК от 28 декабря 2004 года №22-III «О третейских судах».

5. Регламент Международного коммерческого арбитражного суда Евразийского центра посреднического разбирательства (ICAC).

6. Регламент Третейского суда Юридического центра «IUS».

7. П.Грешников, Третейский суд в Казахстане: возможности и перспективы. Международный деловой журнал «Kazakhstan», №1/2, 2001 год.

8. Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма.

9. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

10. Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958).

This work of the author, Member of the Chartered Institute of Arbitrations (MCI Arb) and Arbitrator of a number of commercial arbitrations, discusses the activities of commercial arbitrations in the Republic of Kazakhstan and reviews current legal acts and some arbitration institutions' regulations and identifies existing problems. The work touches upon the issues of incorporating arbitration reservations in subsurface use contracts and provides related legal substantiations. The author's position will no doubt induce interest among experts at the time when the practice of commercial arbitrations in Kazakhstan is just being established with all its pluses and minuses.

Корольдік Арбитрлер Институтының (Member of the Chartered Institute of Arbitrations, MCI Arb) мүшесі және бірқатар коммерциялық арбитраждың арбитрі автордың осы жұмысы Қазақстан Республикасындағы коммерциялық арбитраждардың атқарып жүрген қызметтеріне, қолданыстағы құқықтық актілері мен кейбір арбитраждық институттардың регламенттерін талдауға және проблемаларын әшкерелеуге бағытталған. Автордың позициясы коммерциялық арбитраждардың Қазақстандағы іс-әрекеті енді ғана онды-солды қалыптасып жатқан кезде мамандарды қызықтыратыны сөзсіз.