

Russian Institute of Modern Arbitration

# NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 6

*Academic Editors:*

*A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov*



**Russian  
Arbitration  
Center**



Moscow • 2020

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63  
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2  
N 69

N 69 **New Horizons of International Arbitration. Issue 6 : Collection of Articles** / Academic Editors : A. V. Asoskov, R. M. Khodykin, A. N. Zhiltsov. — Moscow : Russian Institute of Modern Arbitration, 2020. — 400 p.

ISBN 978-5-6042255-1-6 (hardcover)

This edition of “New Horizons of International Arbitration” collects the articles of the speakers at the “Russian Arbitration Day – 2020” conference held in Moscow on 17 March 2020, one of the most successful arbitration events in Russia (<http://rad.lfacademy.ru>).

This is the sixth collection of articles for that conference. The first five RADs were held in 2013, 2014, 2015, 2018 and 2019. The first collections of articles, “New Horizons of International Arbitration”, were issued in the same years.

Articles in this book were selected through the strict competitive selection process by the moderators of “Russian Arbitration Day – 2020” with application of several criteria (in decreasing order of importance): novelty; depth of analysis; practical significance; and author. These diverse articles represent new approaches to development of practice of and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is intended for arbitrators and practicing lawyers, judges of the state courts, academics and other researchers, lecturers, postgraduates and students of legal universities and faculties, as well for all those who are interested in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63  
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.412.2

<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-1-6

**All rights reserved.**

© A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov 2020  
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2020

Российский институт современного арбитража

# НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 6

*Под научной редакцией*

*А.В. Асоскова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина*



Российский  
арбитражный  
центр



Москва • 2020

УДК 341.63  
ББК 67.412.2  
Н69

**Н69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 6 : Сборник статей /** Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. — Москва : Российский институт современного арбитража, 2020. — 400 с.

ISBN 978-5-6042255-1-6 (в пер.)

Настоящее издание — сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день — 2020» (Москва, 17 марта 2020 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России (<http://rad.lfacademy.ru>).

Это шестой сборник статей выступающих на указанной конференции. Первые пять РАД состоялись, как известно, в 2013 г., 2014 г., 2015 г., 2018 г. и в 2019 г. В эти же годы были выпущены первые пять сборников «Новые горизонты международного арбитража».

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня — 2020» при помощи следующих критериев (по степени убывания их значимости): новизна; глубина проработки заявки; практическая значимость; автор. Эти разноплановые статьи представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

Книга предназначена для судей, арбитров, практикующих юристов, ученых, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также для всех интересующихся международным коммерческим и инвестиционным арбитражем.

УДК 341.63  
ББК 67.412.2

<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-6042255-1-6

**Все права защищены.**

© А.В. Асосков, А.Н. Жильцов, Р.М. Ходыкин, 2020  
© Российский институт современного арбитража, 2020

## **CONTENTS**

Introductory Note from the Academic Editors .....	11
Information about the Academic Editors and Authors .....	25

### **SECTION 1. GENERAL ISSUES IN ARBITRATION**

#### **STAVROS BREKOULAKIS**

Transnational Public Policy in International Arbitration .....	48
--	----

#### **DAVID W. RIVKIN**

A New Contract between Arbitrators and Parties.....	87
---	----

#### **DMITRY PENTSOV**

Future of Trust Arbitration in Russia.....	105
--	-----

#### **STEPHANE BONIFASSI, NADIA DARWAZEH, ELENA FEDOROVA**

Toolkit for Arbitrators: Guidelines on Corruption and Money Laundering in International Arbitration.....	139
---	-----

#### **TOBY LANDAU QC**

Dysfunctional Deliberations and Effective Advocacy.....	162
---	-----

**SECTION 2.  
PROCEDURAL ISSUES  
IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

**SERGEY IVANOV, ANTON SHAGALOV**

Cross-Institutional Consolidation of Arbitral Proceedings ..... 190

**DMITRY ANDREEV**

Remission in Arbitration: Theory and Practice ..... 224

**NATALIA KISLIAKOVA**

In Search of a Balance between Due Process, Procedural Efficiency  
and Party Autonomy: The Example of the Court of Arbitration  
for Sport ..... 250

**STEFAN KRÖLL**

Arbitrating with Insolvent Parties in the European Union –  
Different Perspectives on Conflict of Laws Questions ..... 272

**SIMON CAMILLERI, DARIA SAKHNO**

English Loopholes and Russian Bankruptcies ..... 294

**SECTION 3.  
INVESTMENT ARBITRATION**

**TIMUR ABUSHAKHMANOV**

Extinctive Prescription in Investor-State Dispute Settlement ..... 316

**ELENA BUROVA**

Investment Arbitration as a Two-Line Highway: Counterclaims  
by States against Investors in Light of the Recent Arbitral Practice  
and New Generation Investment Treaties ..... 344

**SCOTT VESEL**

Reasons for Reasons: Implications for ICSID Annulment  
of the Procedural Nature of the Requirement to State Reasons ..... 380

## **СОДЕРЖАНИЕ**

Предисловие научных редакторов.....	14
Информация о научных редакторах и авторах .....	35

### **РАЗДЕЛ 1. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА**

#### **STAVROS BREKOULAKIS**

Transnational Public Policy in International Arbitration .....	48
--	----

#### **DAVID W. RIVKIN**

A New Contract Between Arbitrators and Parties .....	87
--	----

#### **Д.А. ПЕНЦОВ**

Будущее трастового арбитража в России .....	105
---	-----

#### **СТЕФАН БОНИФАССИ, НАДЯ ДАРВАЗЕ, ЕЛЕНА ФЕДОРОВА**

Инструментарий для арбитров: руководство по борьбе с коррупцией и отмыванием денежных средств в международном арбитраже .....	139
---	-----

#### **ТОБИ ЛАНДАУ**

Дисфункциональные совещания арбитров и эффективное адвокатское мастерство.....	162
--	-----



**РАЗДЕЛ 2.  
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ  
МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

**С.Д. ИВАНОВ, А.В. ШАГАЛОВ**

Межинституциональная консолидация арбитражных  
разбирательств..... 190

**Д.А. АНДРЕЕВ**

Теоретические и практические проблемы ремиссии  
в арбитраже..... 224

**Н.Н. КИСЛЯКОВА**

В поисках баланса между надлежащей процедурой,  
процессуальной эффективностью и автономией воли сторон:  
на примере особенностей Спортивного арбитражного суда..... 250

**STEFAN KRÖLL**

Arbitrating with Insolvent Parties in the European Union –  
Different Perspectives on Conflict of Laws Questions..... 272

**SIMON CAMILLERI, DARIA SAKHNO**

English Loopholes and Russian Bankruptcies..... 294

**РАЗДЕЛ 3.  
ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ**

**TIMUR ABUSHAKHMANOV**

Extinctive Prescription in Investor-State Dispute Settlement ..... 316

**Е.С. БУРОВА**

Инвестиционный арбитраж как двусторонняя дорога:  
встречные иски государств к иностранным инвесторам  
в свете последней практики и нового поколения  
международных инвестиционных договоров ..... 344

**СКОТТ ВЕСЕЛ**

Мотивы мотивов: значение процессуальной природы  
требования об изложении мотивов решений  
для их отмены МЦУИС ..... 380

## **INTRODUCTORY NOTE FROM THE ACADEMIC EDITORS**

The book you hold in your hands is sixth consecutive collection of articles entitled “New Horizons of International Arbitration”<sup>1</sup>.

Over the past few years, these collections have included articles by speakers at the “Russian Arbitration Day” conference. This conference is unique and has already gained a prominent reputation not only in Russia, but also outside it. Since its inception the conference has focused on new and original topics. Each year, the speakers for the conference have been selected for novelty, depth and practical value of their works. We have always tried, and will continue to try, to be free from political and domestic disagreements in the arbitration community. As our task is to enrich knowledge about arbitration among Russian lawyers, judges and arbitrators. Anyone can speak at the conference – whether they be a famous professor in the field of arbitration or a lawyer, who is taking their first steps in the world of arbitration. The only requirement is that a speaker must be committed to finding an interesting topic and to spend time on its detailed analysis. This format was first tested in 2013 and, we hope, it has proved to be unique. The facts speak for themselves: in 2019, 267 participants attended the conference in person and 870 participants watched the live-streaming online. No other conference on arbitration held in a former Soviet region can boast that level of popularity.

The publication of articles written by the conference’s speakers has also become a successful tradition. The series of books “New Horizons of International Arbitration” have already become some of the most quoted sources on questions of arbitral proceedings and it is a rare dissertation or text book on issues of arbitration that goes without a reference to these books.

We are very proud of the contribution this conference has already made, but we are not going to stop here. Sixth issue of “New Horizons of International Arbitration” not only continues the traditions of past years, but, in

---

<sup>1</sup> The previous issues of the book published in 2013, 2014, 2015, 2018 и 2019, are available to download on the website of the conference organizers: <http://rad.lfacademy.ru>.

many ways, it also sets a new benchmark for the quality of work, which the conference generates. The range of issues addressed in this year's book is extremely wide and diverse.

First of all, in the new book the reader will find works contributed by recognized stars of international arbitration. As such, we present to Russian readers a translation of an article by an English Queen's Counsel, Toby Landau, about the dysfunctional deliberations of arbitrators and effective advocacy. The Co-Chairman of *Debevoise & Plimpton's* International Disputes practice and the ex-President of the International Bar Association, David W. Rivkin of the USA devoted his contribution to the proposed concept of a new agreement between arbitrators and parties. The Head of the School of International Arbitration at Queen Mary University of London, Professor Stavros Brekoulakis, has published a detailed work on a transnational public order in international arbitration. A director of the Center for International Dispute Resolution at Bucerius Law School in Hamburg and one of the directors of the Willem C. Vis Arbitration Moot Court, Professor Stefan Kröll, provided an article on the influence of bankruptcy proceedings on arbitration in the European Union.

Issues in arbitration traditionally attract a great deal of interesting topics. There is an article on the future of trust arbitration, and on the questions of corruption and money laundering in arbitration, as well as on the traditionally hot topic of insolvency and arbitration, as mentioned above.

There are many procedural issues which are also presented for the consideration of the reader. Among them, it is worth noting the wonderful work on remission in arbitration (note that remission is a mechanism of referring the case back to the tribunal for re-consideration once an award has been set aside), as well as a work on cross-institutional consolidation, which remains a relatively new phenomenon in the world of international arbitration. Finally, the theme of balance between due process, procedural efficiency and party autonomy has been considered using the example of the Court of Arbitration for Sport.

In the section on investment arbitration, one can find an article on the importance of the procedural nature of the requirement to state reasons in the ICSID award (because their absence may be the basis for annulment of an award under the Washington Convention of 1965). Also, the reader will become acquainted with the contributions on counterclaims in investment arbitration and the consequences of extinctive prescription in investment arbitration.

On behalf of all the academic editors of this book, first of all we would like to thank the authors, who spent a lot of time and effort finding interest-

ing topics, scrutinizing dozens of books and articles in libraries, as well as undertaking painstaking work on their articles.

We are sure that they will be rewarded handsomely for those sleepless nights, and more than one generation of arbitration lawyers will quote these works.

And of course we would like to thank the organizers and sponsors of the conference. Without their help and support, this conference and book would not see the light of day.

*Anton Asoskov,  
Roman Khodykin,  
Alexey Zhiltsov*

## ПРЕДИСЛОВИЕ НАУЧНЫХ РЕДАКТОРОВ

Вы держите в руках очередной – уже шестой по счету – сборник статей «Новые горизонты международного арбитража»<sup>1</sup>.

На протяжении прошедших лет эти сборники включали статьи выступающих на конференции «Российский арбитражный день». Сама по себе эта конференция уникальна и уже снискала себе славу не только в России, но и за ее пределами. С самого начала она была нацелена на исследование новых и неизбитых тем. Все эти годы докладчики для конференции отбирались за новизну, глубину проработки и практическую значимость их работ. Мы всегда старались и будем и далее стараться быть свободными от вопросов политики и внутренних разногласий в арбитражном сообществе. Ибо наша задача – обогащать знание об арбитраже среди российских юристов, судей, арбитров. Выступить на конференции может каждый, будь то известный профессор в сфере третейского разбирательства или юрист, который только делает первые шаги в мире арбитража. Главное, чтобы у человека было желание найти интересную тему и потратить время на ее детальную проработку. Этот формат был впервые опробован в 2013 г. и, хочется надеяться, доказал свою уникальность. Факты говорят сами за себя: в 2019 г. на конференции присутствовало 267 участников, и 870 человек смотрело конференцию через Интернет в режиме реального времени! Пока ни одна другая конференция по арбитражу на постсоветском пространстве не может похвастаться такой популярностью.

Публикация статей докладчиками конференции также стала доброй традицией. Выпуски сборника «Новые горизонты международного арбитража» уже стали одними из наиболее цитируемых источников по вопросам третейского разбирательства, и редкая диссертация или учебник по вопросам арбитража обходятся без ссылок на них.

---

<sup>1</sup> Предыдущие сборники, которые выходили в 2013, 2014, 2015, 2018 и 2019 гг., доступны для свободного скачивания на сайте организаторов конференции: <http://rad.lfacademy.ru>.

Мы очень гордимся сделанным вкладом, но не собираемся останавливаться на достигнутом. Шестой выпуск сборника «Новые горизонты международного арбитража» не только продолжает добрые традиции прошлых лет, но и во многом задает новый уровень качества работ.

Круг вопросов, рассмотренных в нем в этом году, чрезвычайно широк и разнообразен.

Прежде всего, в данной книге читатель найдет работы признанных звезд международного арбитража. Так, мы представляем российским читателям перевод одной из интереснейших работ английского королевского адвоката Тоби Ландау (Toby Landau QC) о дисфункциональных совещаниях арбитров и эффективном адвокатском мастерстве. Сопредседатель группы по разрешению международных споров юридической фирмы “Debevoise & Plimpton LLP” и экс-президент Международной ассоциации юристов (МАЮ) Дэвид У. Ривкин (David W. Rivkin) из США посвятил свою работу предлагаемой им концепции нового соглашения между арбитрами и сторонами. Глава Школы международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета, профессор Ставрос Брекулакис (Stavros Brekoulakis) в своей статье провел детальное исследование транснационального публичного порядка в международном арбитраже. Директор Центра международного разрешения споров в Школе права Бицериус в Гамбурге и один из директоров Конкурса по арбитражу им. Виллема С. Виса, профессор Штефан Крёлл (Stefan Kröll) подготовил работу о влиянии на арбитраж процедур банкротства в Европейском Союзе.

Статьи по общим вопросам арбитража традиционно охватывают большое количество интересных тем. Среди них и будущее трастового арбитража, и вопросы коррупции и отмывания денежных средств в арбитраже, и традиционно острая тема о несостоятельности и арбитраже.

Также на суд читателя представлено немало работ, посвященных процессуальным вопросам. Среди них стоит отметить замечательную статью по ремиссии в арбитраже (возвращению спора на новое рассмотрение трибунала после отмены решения), а также работу по межинституциональной консолидации, которая пока остается сравнительно новым феноменом в мире третейского разбирательства. Наконец, в одной из предлагаемых вниманию читателей статей рассмотрена тема баланса между надлежащей процедурой, эффективностью и автономией воли в разрезе практики Спортивного арбитражного суда.

В разделе по инвестиционному арбитражу рассматривается значение процессуальной природы требования об изложении мотивов

решения в МЦУИС (ибо их отсутствие может быть основанием для отмены решения в соответствии Вашингтонской конвенцией 1965 г.). Также читатель познакомится с работами о встречных исках в инвестиционном арбитраже и последствиях необоснованной задержки в предъявлении инвестиционных требований.

От лица всех научных редакторов данной книги прежде всего хочется поблагодарить авторов, которые потратили немало времени и сил на отыскание интересной темы, изучение десятков книг и статей в библиотеках, а также на кропотливую работу над своими статьями. Мы уверены, что за эти бессонные ночи им сторицей воздастся, и их работы будет цитировать не одно поколение арбитражных юристов.

Ну и, конечно же, мы хотим поблагодарить организаторов и спонсоров конференции. Без их помощи и поддержки данная конференция и книга не увидели бы свет.

*А.В. Асосков,  
А.Н. Жильцов,  
Р.М. Ходыкин*





**The Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration (RAC)**, one of the first permanent arbitral institutions authorized to administer arbitration in Russia, was established in 2016. The Russian Arbitration Center was granted the authorization by Order of the Russian Government No. 799-r dated 27 April 2017 upon the recommendation of the Council for Development of Arbitration.

The Russian Arbitration Center ensures the impartial, professional and final resolution of disputes of any complexity in strict accordance with the arbitral procedure. By the beginning of 2020, the RAC has administered over 400 disputes, while the total amount of claims has reached 28 billion rubles. The offices of the Russian Arbitration Center are located in Moscow (head office), Vladivostok, Kaliningrad, Ekaterinburg, Petropavlovsk-Kamchatsky and Yuzhno-Sakhalinsk.

The RAC developed a high-tech online system for administration of disputes (**the Online System of Arbitration of the Russian Arbitration Center**), which enables users with a fast and convenient opportunity to initiate arbitration, follow its course, download and upload the necessary documents (including via smartphones).

For the purposes of mutually beneficial exchange of experience and demand to comply with high international standards, the RAC cooperates with highly authoritative arbitral institutions, namely, the Japan Association of Arbitrators (JAA), the Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), the Singapore International Arbitration Center (SIAC), and the Korean Commercial Arbitration Board (KCAB).



**Российский арбитражный центр при Российском институте современного арбитража (РАЦ)** создан в 2016 г. и является одним из первых постоянно действующих арбитражных учреждений, получивших право администрировать арбитраж. Право на осуществление деятельности было предоставлено РАЦ на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства распоряжением Правительства РФ от 27 апреля 2017 г. № 799-р.

Российский арбитражный центр обеспечивает беспристрастное, профессиональное и окончательное разрешение спора любой сложности в строгом соответствии с арбитражной процедурой. К началу 2020 г. в РАЦ было рассмотрено более 400 споров, а общая сумма требований составила более 28 млрд руб. Офисы Российского арбитражного центра открыты в шести городах России: Москве (главный офис), Владивостоке, Калининграде, Екатеринбурге, Петропавловске-Камчатском и Южно-Сахалинске.

Российским арбитражным центром разработана и используется высокотехнологичная электронная система администрирования (<https://my.centerarbitr.ru/>), которая предоставляет пользователям быструю и удобную возможность начать арбитраж, следить за ходом арбитража онлайн, в любой момент загружать и скачивать документы, в том числе с мобильных устройств.

В целях обмена опытом и соответствия высоким международным стандартам РАЦ сотрудничает с такими авторитетными арбитражными организациями, как Японская ассоциация арбитров (JAA), Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC), Гонконгский международный арбитражный центр (HKIAC) и Корейский коммерческий арбитражный совет (КСАВ).

In April 2018 Berwin Leighton Paisner and Bryan Cave merged to form **Bryan Cave Leighton Paisner**. By combining the practice experience, industry knowledge and market connections of more than 1,400 lawyers in North America, Europe, the Middle East and Asia, with our recognized leadership in applying legal service and technology innovation, we deliver commercial advantage to clients.

Our International Arbitration and Construction Disputes team of over 100 lawyers sits across the globe, based in our offices in Abu Dhabi, Dubai, Hong Kong, London, Miami, Moscow, New York, Paris and Singapore.

We focus on three key areas:

- international commercial arbitration;
- investment arbitration;
- and construction disputes.

The geographic reach of the international arbitration practice covers Latin America, Russia and the CIS, the Middle East, Africa, Southeast Asia, East Asia, South Asia and all other regions. Our combination strengthens our ability to work seamlessly between offices on disputes with mixed law, venue or language provisions, across all major sectors.

We have built one of the premier international arbitration and construction disputes teams in the world according to the annual ratings of Legal 500 and Chambers. As the Legal 500 edition notes, BCLP lawyers are “always aligned with clients’ commercial objectives”.

Facts about our team:

- **We have a Russian-speaking team** – for Russian clients, the undoubted additional advantage is the considerable experience of our arbitration experts with the participation of the parties from Russia and the CIS, as well as the presence of a Russian-speaking arbitration partner and Russian-speaking team in London. We also have an excellent arbitration team in the Moscow office which works seamlessly with other offices on CIS-related disputes.

- **We conduct our own advocacy** – we are one of the few teams in the English legal market, whose partners act independently in arbitration, most other firms are forced to hire external barristers whose services are paid separately. In addition, this allows us to gain a deeper understanding of the process and use this valuable experience, advising clients on various issues related to arbitration.
- **We have experience in 20 different arbitral rules** – including LCIA, SCC, ICC, UNCITRAL, ICSID, SCIA, DIAC, HKIAC, AAA and DIFC-LCIA.
- **We have in-house Forensic Accounting and Technology Services** – for the convenience of our clients, we offer in-house forensic accounting and technology services, which allows clients to conduct business more efficiently and to optimize arbitration expenses.
- **We can help with alternative ways of financing arbitration proceedings** – cooperating with various institutions, we help our clients minimize financial risks and use alternative ways of financing arbitration proceedings, by attracting investors for business and insurance to cover court expenses.

В апреле 2018 г. слились две юридические фирмы – “Berwin Leighton Paisner” и “Bryan Cave”, образовав “**Bryan Cave Leighton Paisner**”. Объединение практического опыта, отраслевых знаний и рыночных связей более 1400 юристов в Северной Америке, Европе, на Ближнем Востоке и в Азии наряду с признанным лидерством в сфере оказания юридических услуг и инновационных технологий дает нашим клиентам неоспоримые коммерческие преимущества.

Наша команда по международному арбитражу и строительным спорам насчитывает более 100 юристов по всему миру, работающих в офисах в Абу-Даби, Дубае, Гонконге, Лондоне, Майами, Москве, Нью-Йорке, Париже и Сингапуре.

Нашими ключевыми направлениями являются:

- международный коммерческий арбитраж;
- инвестиционный арбитраж;
- строительные споры.

География деятельности нашей международной арбитражной практики охватывает Латинскую Америку, Россию и страны СНГ, Ближний Восток, Африку, Юго-Восточную Азию, Восточную Азию, Южную Азию и остальные регионы. Комбинация двух фирм привела к усилению наших возможностей для слаженной работы различных офисов по делам, затрагивающим различные правовые системы, страны или языки, во всех основных сферах экономики.

Согласно ежегодным рейтингам, публикуемым Legal 500 и Chambers, мы создали одну из ведущих команд в мире в сфере международного арбитража и строительных споров. Как отмечает издание Legal 500, юристы BCLP «всегда понимают коммерческие цели клиентов».

Факты о нашей команде:

- **У нас есть русскоязычная команда** – несомненным дополнительным преимуществом для российских клиентов является значительный

опыт наших экспертов по арбитражу в спорах с участием сторон из России и стран СНГ, а также присутствие русскоязычного арбитражного партнера и русскоязычной команды в Лондоне. У нас также есть отличная команда по арбитражу в московском офисе, которая тесно сотрудничает с другими офисами по делам, связанным со странами СНГ.

- **Мы лично представляем интересы клиентов в арбитраже** — мы являемся одной из немногих команд на английском юридическом рынке, партнеры которой самостоятельно представляют интересы клиента при рассмотрении арбитражного спора, в то время как большинство других фирм вынуждены нанимать независимых барристеров, услуги которых оплачиваются отдельно. Подобная практика также позволяет нам глубже понять арбитражный процесс и использовать этот неоценимый опыт при консультировании клиентов по различным вопросам, связанным с арбитражем.
- **У нас есть опыт работы по 20 различным арбитражным регламентам**, включая LCIA, SCC, ICC, ЮНСИТРАЛ, ICSID, SCIA, DIAC, HKIAC, AAA и DIFC-LCIA.
- **У нас есть отдел судебной бухгалтерии и технического сопровождения.** Для удобства наших клиентов мы привлекаем своих специалистов по судебной бухгалтерии и техническому сопровождению, что, в свою очередь, позволяет нашим клиентам вести свои дела более эффективно, а также оптимизировать арбитражные расходы.
- **Мы можем помочь с альтернативными способами финансирования арбитражного разбирательства** — сотрудничая с различными учреждениями, мы помогаем нашим клиентам минимизировать финансовые риски и использовать альтернативные способы финансирования арбитражного разбирательства, привлекая для покрытия судебных расходов инвесторов и страховые компании.



[www.LFAcademy.ru](http://www.LFAcademy.ru)

**LF Academy** is an online educational resource for legal practitioners, which offers a wide range of professional and career development opportunities for:

- attorneys and legal advisors
- corporate lawyers
- representatives of public authorities and the judiciary
- teachers and students of law schools

The main advantage of LF Academy is an access to high-quality knowledge and unique content:

- over 1000 hours of lectures, courses, and professional development programs
- more than 200 lecturers – leading experts in the global legal community

**LF Академия** — это образовательный онлайн-ресурс для юристов, предоставляющий широкие возможности профессионального и карьерного роста для:

- адвокатов и юридических консультантов
- корпоративных юристов
- представителей органов государственной власти и судебной системы
- преподавателей и студентов юридических школ

Главное преимущество LF Академии — это доступ к качественным знаниям и уникальный контент:

- свыше 1000 часов лекций, курсов и программ повышения квалификации
- более 200 лекторов — ведущих экспертов мирового юридического сообщества



## INFORMATION ABOUT THE ACADEMIC EDITORS AND AUTHORS

### ACADEMIC EDITORS

**ANTON V. ASOSKOV** is a Professor in the Department of Civil Law at the Law Faculty of the Lomonosov Moscow State University, and Professor in the Department of International Private Law of the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation.

He is a member of the Presidium and Head of the Corporate Disputes Nominating Committee of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC / MKAS), as well as a member of the Arbitration Council of the Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) and German Arbitration Institute (DIS). He has acted as an arbitrator in various arbitration proceedings under the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), London Court of International Arbitration (LCIA), Vienna International Arbitral Centre (VIAC), Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), as well as under the UNCITRAL Arbitration Rules.

He is a member of the Scientific-Advisory Council at the Russian Supreme Court, a member of the Council for the Improvement of Arbitration at the Russian Ministry of Justice, and a member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCI Arb). Professor Asoskov frequently acts as an expert on Russian law in foreign courts and arbitrations. He has published 4 monographs and around 100 articles on private international law, international arbitration, civil and comparative law.

**ROMAN M. KHODYKIN** is a Partner in the London office of *Bryan Cave Leighton Paisner LLP*, has a Ph.D. in Law, is an Associate Professor and is a Solicitor of the Senior Courts of England and Wales.

Roman is an arbitration specialist with extensive experience in national and cross-border matters. In 2015–2018 he was an alternative member of the ICC Court of International Arbitration in Paris and was included in the list of

arbitrators of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC / MKAS).

In recent years he has advised on a multi-million dollar ICSID investment treaty arbitration against the Republic of Kazakhstan, and acted in LCIA, ICC, SCC, AAA and MKAS arbitrations. He has also represented athletes before the Ad Hoc Division of the Court of Arbitration for Sport.

Roman is a Visiting Professor in the Centre for Commercial Law Studies at Queen Mary University of London. He has also lectured at Clare College, Cambridge University, Université Paris-Saclay (Université de Versailles Saint-Quentin) and Exeter University. Until 2012 he was an Associate Professor at the Department of Private International and Civil Law at Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University).

He is also a member of the editorial board at The International Journal of Arbitration, Mediation and Disputes Management.

Roman also regularly writes on the subjects of arbitration, conflict of laws and civil procedure. His book “Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure” was published by *Juris Publishing* in New York in 2012. He is also the editor of the Russian edition of the Andrews on the System of English Civil Procedure (published by *Infotropic Media* in 2012). He has recently co-authored a book with Carol Mulcahy entitled “A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” (Consultant editor Nicholas Fletcher QC) (Oxford University Press, 2019).

For several years running, Roman has been highly recommended as one of the leading international arbitration lawyers, both in Russia and the UK, by Chambers & Partners and The Legal 500 Guides. In 2019, the Best Lawyers named Khodykin the “Lawyer of the Year” for work in International Arbitration.

**ALEXEY N. ZHILTSOV** is a distinguished lawyer of the Russian Federation, has a Ph.D. in Law, is Head of the Chair of Private International Law, is a Professor of the Russian Postgraduate School for Private Law, and is Head of the Department of Comparative and Private International Law of the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation.

He is a member of the Presidium and the Nomination Committee for International Commercial Disputes of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC / MKAS). He is included in the list of arbitrators of the Arbitration Court attached to the Economic Chamber and Agricultural Chamber of the Czech Republic, the Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), the Arbitration Court at the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs.

neurs, and the Maritime Arbitration Commission at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation. He has acted as arbitrator in arbitration proceedings under the ICAC Rules, the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC), the Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), the LCIA Rules, under the Swiss Rules and others.

He is a member of the Scientific-Consultative Council on International Law at the Ministry of Justice of the Russian Federation and a member of the Council for the Improvement of Arbitration at the Ministry of Justice of the Russian Federation.

Between the years of 2007 and 2018 Zhiltsov acted as Editor-in-Chief of the journals “International Commercial Arbitration” and “International Commercial Arbitration Review”. Since 2019 he has been the Editor-in-Chief of the journal “Commercial Arbitration”.

Professor Zhiltsov has been a member of working groups for the preparation and subsequent revision of Division VI “Private International Law” of the Russian Civil Code, for the preparation of Division VII “Private International Law” of the Model Civil Code of the Commonwealth of Independent States adopted by the Interparliamentary Assembly of the Member States of the Commonwealth of Independent States. He was also a member of the working group for the Russian Federation Ministry of Justice for the preparation of the following draft law for the development of arbitration in the Russian Federation: “On Amendments to the Federal Constitutional Law ‘On Arbitration Courts in the Russian Federation’”, the Arbitrazh Procedural Code, and the Law of the Russian Federation “On International Commercial Arbitration”. He has been a member of working groups for the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (RF CCI), for drafting the 2010 Rules of Impartiality and Independence of Arbitrators, for drafting ICAC Regulations on Organizational Principles of Activity at the RF CCI, and for drafting the ICAC Rules of Arbitration of International Commercial Disputes at the RF CCI.

Professor Zhiltsov is an author of around 100 academic publications in the areas of international commercial arbitration, private international law, international civil procedure and civil law.

## AUTHORS

**TIMUR Z. ABUSHAKHMANOV** is an Associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* Law Offices in their International Arbitration and Litigation Practice. He is admitted as an Advocate to the Moscow City Bar Association.

Timur holds an LL.M. degree in Comparative and International Dispute Resolution from Queen Mary University of London.

Timur has been involved in commercial arbitration proceedings conducted under the London Court of International Arbitration Rules (LCIA) and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) as well as under the Rules of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC / MKAS). He is experienced in coordinating multi-jurisdictional litigation proceedings in countries such as Cyprus, Belize, the Channel Islands, Panama, Luxembourg, *etc.*

**DMITRY A. ANDREEV** is an Attorney at *Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners* Law Firm (Moscow). He graduated from MGIMO University and Pepperdine University and is admitted to practice in Russia, USA and England. His area of expertise is disputes.

He is the Co-Chair of the Young International Modern Arbitration (Young IMA) and the Committee for Interaction with National Courts at the Russian Arbitration Center. He has written several publications about arbitration in Russia.

**STEPHANE BONIFASSI** is a Partner at *BONIFASSI Avocats* Law Firm in Paris, France. As an international litigator, Stephane directs actions in the areas of complex white-collar crime and asset recovery. Stephane has nearly 30 years' experience of representing individuals, corporations and states victimised by economic crimes in both criminal and civil proceedings, including complex recognition and enforcement of foreign judgments and arbitral awards.

Stephane is Co-Founder of the International Academy of Financial Crime Litigators. He is also a past President of the Criminal Law Commission of the Union Internationale des Avocats and a past Co-Chair of the Business Crime Committee and member of the International Bar Association.

Stephane is French-qualified lawyer (*Avocat*). He holds his Master's degree in Law from the Paris II Panthéon-Assas University and his Bachelor's degree in Political Science from Sciences Po. He speaks French and English.

**STAVROS BREKOULAKIS** is a Professor in International Arbitration, the Director of the School of International Arbitration at Queen Mary University of London and an Arbitrator at *3 Verulam Buildings* (Gray's Inn).

Professor Brekoulakis has been appointed in more than 45 arbitrations (commercial and investment), as chairman, sole arbitrator, co-arbitrator and

emergency arbitrator under the rules of the International Chamber of Commerce (ICC), London Court of International Arbitration (LCIA), Stockholm Chamber of Commerce (SCC), UNCITRAL Arbitration Rules, Abu Dhabi Commercial Conciliation Arbitration Centre, Danish Institute of Arbitration, as well as in *ad hoc* arbitrations. He is regularly listed in Who's Who Legal: Arbitration, Who's Who Legal: Construction, and has been named as a thought leader in Who's Who Legal: Thought Leader.

He serves in several public positions and commissions of trust including being a member of the LCIA Court, ICC Commission on Arbitration, Investment Expert Trade Advisory Group of the UK Department for International Trade, Steering Committee of the UNCITRAL Academic Forum on ISDS, Expert Committee of the Permanent Forum of China Construction Law, Co-Chair of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third Party Funding, an Assistant Rapporteur in the International Law Association Committee of International Commercial Arbitration. He is the Editor-in-Chief of CI Arb's International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, General Editor of the Journal of International Dispute Settlement, and Co-Editor of Kluwer's International Arbitration Law Library series.

**ELENA S. BUROVA** is a Senior Associate with the international arbitration practice at *Ivanyan & Partners* Law Firm (Moscow office). She specializes in international investment and commercial arbitration. Prior to joining *Ivanyan & Partners*, Elena was a Legal Counsel with the Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration, and has done an internship at the Arbitration Institute at the SCC.

Elena holds an LL.M. degree in Investment Treaty Arbitration from Uppsala University, Sweden. She also obtained a Master's degree in Private International and Civil Law and a Bachelor's Degree from Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University).

She is the Co-Chair of the Young Institute of Modern Arbitration (Young IMA) and a Member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCI Arb).

**SIMON CAMILLERI** is an Associate at *Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP* (London). He graduated from King's College, University of London (LLB (First Class Hons)) and University of Oxford (BCL) and is admitted to practice as a solicitor in England and Wales with higher rights of audience.

His areas of expertise are dispute resolution and conflict of laws. Simon represents both corporate clients and high-net-worth individuals in complex,

high-value, commercial litigation and international arbitration (ICSID, LCIA, LMAA). Such representations often include defending or substantiating claims of civil fraud. Simon is experienced in applying for the full range of injunctive relief in support of court and arbitration proceedings. Simon has published a number of articles on the subject of international litigation and arbitration.

Simon is a Member of the British Institute of International and Comparative Law and Associate of the Chartered Institute of Arbitrators (ACI Arb).

**NADIA DARWAZEH** is a Partner at *Clyde & Co* Law Firm in Paris, France. She has over 20 years of experience acting as counsel and sitting as arbitrator in commercial and investor-state arbitrations. Nadia also has deep ICC expertise, having led the Europe, Middle-East, and Africa team at the ICC for a period of three years, during which she oversaw more than 400 ICC arbitrations.

Nadia is a member of the ICC Commission on Arbitration, the ICC Taskforce on Maximizing the Probative Value of Witness Evidence and is one of three members of the German Arbitration Institute (DIS) Appointing Committee.

Nadia is dual-qualified in England & Wales (Solicitor-Advocate) and Germany (Rechtsanwältin). She earned her LLM in International Public Law from the University of Cambridge and her LLB from the University of Warwick. Nadia speaks French, German, English, Mandarin Chinese and Dutch.

**ELENA FEDOROVA** is an Associate at *BONIFASSI Avocats* Law Firm in Paris, France. Fedorova specializes in the recognition and enforcement of complex foreign judgments and the annulment of arbitral awards in France. Elena practices in the area of private international law and handles issues concerning cross-border cooperation in civil matters. Elena also specializes in civil fraud with an emphasis on asset recovery. She is active in criminal proceedings with an international reach, namely, those involving Commonwealth of Independent States (CIS) countries.

Elena is a member of Asset Recovery Next Gen network, Russian Arbitration Association, Young ICCA and Société de législation comparée.

Elena is dual-qualified in Russia (Advocate) and France (Avocat). She earned her Master's degree in Private International Law and International Trade Law from Paris 1 Panthéon-Sorbonne University and her Diploma in law with honours from the National Research University – Higher School of Economics (Moscow). Elena speaks Russian, French and English.

**SERGEY D. IVANOV** is a Paralegal in the Dispute Resolution Practice at *BGP Litigation* Law Firm. His particular focus is international arbitration and cross-border litigation. In 2019, Sergey obtained Master of Laws degree (with honours) at the Russian School of Private Law. He regularly publishes articles on questions of arbitration and enforcement of arbitral awards.

**NATALIA N. KISLIAKOVA** is an Associate in the international arbitration group at *KIAP Attorneys at Law*. Natalia specializes in commercial arbitration, sports arbitration, commercial litigation and private international law. Natalia also teaches sports law in two major Russian universities and works under her Ph.D. on issues of the Court of Arbitration for Sport.

She has experience of representing clients in trans-border disputes before different tribunals and courts in various jurisdictions (ICC, LCIA, CAS, VIAC, ICAC, HKIAC, ICJ, PCA, ECHR, DIS) as well as before Russian and foreign state courts. Natalia's arbitration and litigation practical experience spans a variety of sectors, including real estate, oil and gas, banking, sports, construction as well as general commercial disputes out of trans-border contracts. Previously Natalia was actively involved in public law interstate disputes on human rights.

Natalia is the head of the Young IMA Sports Arbitration Group at the Russian Arbitration Center and is an active participant of other youth arbitration groups, she is an author of several publications on sports arbitration.

**STEFAN KRÖLL** is an independent arbitrator in Cologne and Director of the Center for International Dispute Resolution at Bucerius Law School in Hamburg. He is one of the directors of the Willem C. Vis Arbitration Moot Court and Germany's national correspondent to UNCITRAL for arbitration. In addition, he is a Visiting Professor at the School of International Arbitration at CCLS (Queen Mary University of London) and has acted as an advisor and consultant for the relevant organisations of the German Government (GIZ, IRZ) and USAID in various countries. UNCITRAL has retained him as one of the three experts to prepare the Digest on the Model Law on International Commercial Arbitration.

Professor Kröll has acted as arbitrator or emergency arbitrator in over 85 cases and is regularly listed as one of the leading arbitrators in Germany (Band 1; Arbitration Practitioner of the year 2017). He has been a Visiting Fellow at NYU School of Law (3/12 and 09/18) and Cambridge University (academic year 2014/2015). Kröll has published widely in the field of international commercial arbitration and commercial law, including the books "Comparative International Commercial Arbitration" (co-authored with Lew

and Mistelis), “International Commercial Arbitration: A Transnational Perspective” (co-authored with Várady and Barceló), “Arbitration in Germany: The Model Law in Practice” (co-edited with Böckstiegel and Nacimiento) and “Conflict of Laws in International Arbitrations” (co-edited with Ferrari).

**TOBY LANDAU QC** is a barrister, advocate and arbitrator, and a member of the Bars of England & Wales, Singapore, New York, the BVI and Northern Ireland, and is registered in the DIFC. Toby practices in London from Essex Court Chambers, and in Singapore from Essex Court Chambers Duxton (Singapore Group Practice). He is the first QC to have been granted full rights of audience in Singapore.

As Counsel, he has a broad commercial and international practice in London and Singapore, and has argued hundreds of major international commercial, investor-state and inter-state arbitrations, as well as many groundbreaking cases in the highest courts of England, Singapore, Hong Kong, Pakistan and the Caribbean including, by way of example, *Dallah v. Pakistan*; *Jivraj v. Hashwani*; *Ust-Kamenogorsk v. AES*; *IPCO v. NNPC*; and *Halliburton v. Chubb* before the UK Supreme Court; *Minister of Finance / IMDB v. IPIC and Janah v. Benkharbouche* before the English Court of Appeal; *First Media v. Astro* in the Courts of Singapore and Hong Kong; and *Hubco v. Wapda* in the Pakistan Supreme Court. Since April 2012, he has served on the Panel of Advisers to the Attorney-General of Singapore.

As an arbitrator, he has extensive experience sitting as chairman, co-arbitrator and sole arbitrator in commercial and investor-state disputes under most of the world’s leading *ad hoc* and institutional rules. He is a member of various panels, including ICSID.

He is a Visiting Professor at Kings College London; a Court Member of the SIAC (and previously of the LCIA Court and the SCC); a Fellow (and past Trustee) of the CIArb and a Chartered Arbitrator; a UK delegate to the UNCITRAL Working Group on Arbitration (1994–2013); a draftsman of the English Arbitration Act 1996, the Pakistan Arbitration (International Investment Disputes) Ordinance 2006, the Mauritius International Arbitration Act 2008, as well as many institutional rules.

He holds a first-class law degree and a first class BCL from Oxford University (Eldon Scholar), and an LL.M. from Harvard Law School (Kennedy Scholar).

**DMITRY A. PENTSOV** is a Partner at the Geneva office of *FRORIEP Legal SA*. He heads the firm’s Russia and CIS practice group. Dmitry is actively involved in the firm’s dispute resolution practice, with a particular focus on



disputes related to Russia and other republics of the former USSR. He has represented parties before Swiss state courts and acted as counsel in international arbitration (ICC Rules, Swiss Rules of International Arbitration, and Vienna Rules, amongst others) in various disputes, arising out of the international sale of goods, joint venture agreements, agreements for the performance of work, service agreements, construction agreements, loan agreements and distribution agreements. He has also represented parties before the Court of Arbitration for Sport (CAS) and before the Swiss Federal Tribunal.

Dmitry graduated with honours from the Law Faculty of St. Petersburg State University, completed his post-graduate studies at the Department of Civil Law of the same faculty and defended his dissertation for the Candidate of Legal Sciences Degree on “The Concept of ‘Security’ under the Legislation of the United States of America”. He also holds an LL.M. Degree from the Georgetown University Law Center as well as the Bachelor of Law Degree, the Master of Law Degree and the Certificate of Advanced Studies in Legal Professions from the Law Faculty of the University of Geneva. He is a member of the New York State Bar Association, of the St Petersburg City Bar Association, and of the Geneva Bar (where he was ranked 2<sup>nd</sup> at the Geneva Bar Exam). He has authored and co-authored more than 60 publications, including 2 books.

**DAVID W. RIVKIN** is Co-Chair of *Debevoise & Plimpton’s* International Dispute Resolution Group and its Business Integrity Group, and he is a past President of the International Bar Association (IBA). David is consistently ranked as one of the top international dispute resolution practitioners and international lawyers in the world. He has handled international arbitrations throughout the world and before virtually every major arbitration institution, and he has won some of the largest investment treaty and commercial arbitration awards. Subjects of these arbitrations have included long-term energy and natural resources concessions, investment treaties, joint venture agreements, financial issues, insurance coverage, construction contracts, distribution agreements and intellectual property, among others, and they have involved common law, civil law, and Islamic law systems. He also represents companies in transnational litigation in the US, including the enforcement of arbitral awards and arbitration agreements. He was the first American to serve as IBA President in 25 years. He has authored many articles and has frequently spoken about international arbitration and litigation, and business and human rights. David has served in leadership roles in arbitration institutions on 5 continents, and he sits on many arbitration panels, including the Russian Arbitration Center, where he also serves on the Board. In 2012, the

American Lawyer's Am Law Litigation Daily named David is one of two "Global Lawyers of the Year". In 2011, the National Law Journal named him one of the country's "Most Influential Attorneys".

**DARIA K. SAKHNO** is a registered foreign lawyer at *Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP* (London). She graduated from the National Research University – Higher School of Economics (LLM (Distinction)) and Queen Mary, University of London (LLM (Merit)) and is admitted to practice in the Russian Federation as an Advokat.

Her areas of expertise are international arbitration, international commercial law and conflict of laws. Daria represents both corporate clients and high-net-worth individuals in complex, high-value, commercial litigation and international arbitration (ICSID, LCIA, oil and gas arbitrations). She has published a number of articles on the matters of international dispute resolution.

Daria is a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (FCIArb) and Member of the Working Group monitoring compliance with professional ethics by attorneys in arbitration (Russian Arbitration Association).

**ANTON V. SHAGALOV** is a Master of Private Law (Russian School of Private Law), a researcher in the Department of International Private Law of the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation, an editorial board member of the law journal "Commercial Arbitration", is currently enrolled in the Master's program on Private International Law and Law of International Trade of the University Paris 1 Pantheon Sorbonne, and has authored and co-authored a number of publications related to various issues of international arbitration.

**SCOTT VESEL** is a Partner at *Three Crowns LLP*, a global law firm specializing exclusively in international disputes. He has over a decade of experience handling complex international investment and commercial arbitrations in the oil and gas, construction, energy, technology, logistics, and agribusiness sectors. In addition to his private practice in international arbitration, he has served as an attorney-advisor at the U.S. Department of State and at an international organization.

Scott holds JD, MA and BA degrees from Yale University and an MPA degree from Princeton's Woodrow Wilson School. He has also studied at Moscow State University, the Sorbonne, and the University of Bonn. He is qualified as an attorney in New York and as a barrister in England and Wales. He speaks English, French, German, Russian, and basic Latvian.

## **ИНФОРМАЦИЯ О НАУЧНЫХ РЕДАКТОРАХ И АВТОРАХ**

### **НАУЧНЫЕ РЕДАКТОРЫ**

**АНТОН ВЛАДИМИРОВИЧ АСОСКОВ** – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

Он выступает членом Президиума и Председателем Комитета по назначениям арбитража корпоративных споров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ), членом Арбитражного совета Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC), Немецкой институции по арбитражному делу (DIS). Он также имеет опыт участия в качестве арбитра в разбирательствах по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (ICC), Лондонского международного третейского суда (LCIA), Венского международного арбитражного центра (VIAC), Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма (SCC), а также Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL).

Он имеет статус члена Научно-консультативного совета при Верховном Суде РФ, члена Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, а также члена Королевского института арбитров (MCIArb). Профессор Асосков часто выступает экспертом по российскому праву в зарубежных судах и арбитражах. Им опубликованы 4 монографии и около 100 статей по тематике международного частного права, международного арбитража, гражданского права и сравнительного правоведения.

**АЛЕКСЕЙ НИКОЛАЕВИЧ ЖИЛЬЦОВ** – заслуженный юрист Российской Федерации, кандидат юридических наук, заведующий

кафедрой международного частного права Российской школы частного права, начальник отдела сравнительного и международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

Он является членом Президиума и Комитета по назначениям арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ. Входит в рекомендованные списки арбитров Арбитражного суда при Экономической палате Чешской Республики и Аграрной палате Чешской Республики, Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC), Арбитражного центра при РСПП, МАК при ТПП РФ. Имеет опыт участия в качестве арбитра в разрешении споров по регламентам МКАС при ТПП РФ, Международного арбитражного суда МТП (ICC), Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC), Лондонского международного третейского суда (LCIA), по Швейцарскому регламенту (Swiss Rules) и др.

Он имеет статус члена Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, члена Научно-консультативного совета по вопросам международного права при Министерстве юстиции РФ.

С 2007 по 2018 г. являлся главным редактором журналов «Международный коммерческий арбитраж», «Вестник международного коммерческого арбитража», с 2019 г. — главный редактор журнала «Коммерческий арбитраж».

Являлся членом рабочих групп по подготовке ГК РФ (раздел VI), по внесению изменений в раздел VI ГК РФ, по подготовке раздела VII «Международное частное право» Модельного гражданского кодекса СНГ, по подготовке Концепции совершенствования ГК РФ; рабочих групп Министерства юстиции РФ по подготовке проекта федерального закона «О внесении изменений в федеральный конституционный закон «Об арбитражных судах в Российской Федерации»», АПК РФ и Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже», по разработке комплекса мер по развитию третейского судопроизводства в Российской Федерации. Также являлся участником рабочих групп ТПП РФ по подготовке Кодекса этики арбитров МКАС при ТПП РФ, Правил об организационных основах деятельности МКАС при ТПП РФ и Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ.

Автор около 100 научных публикаций по вопросам международного коммерческого арбитража, международного частного права, международного гражданского процесса, гражданского права.

**РОМАН МИХАЙЛОВИЧ ХОДЫКИН** — кандидат юридических наук, доцент, партнер лондонского офиса фирмы “Bryan Cave Leighton Paisner”, солиситор Высших судов Англии и Уэльса.

Роман является специалистом по сопровождению арбитражных разбирательств с огромным опытом ведения национальных и международных проектов. В 2015–2018 гг. он являлся замещающим членом (alternate member) Международного арбитражного суда Международной торговой палаты в Париже и включен в список арбитров МКАС при ТПП РФ.

В течение последних нескольких лет Роман выступал консультантом в рамках инициированного против Республики Казахстан инвестиционного арбитражного разбирательства в Международном центре по разрешению инвестиционных споров (Вашингтон), а также принимал участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), Международном арбитражном суде Международной торговой палаты (ICC), Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма (SCC), Американской арбитражной ассоциации (AAA) и МКАС при ТПП РФ. Он также представлял спортсменов в отделении *ad hoc* Спортивного арбитражного суда (CAS).

Роман является приглашенным профессором в Университете Королевы Марии в Лондоне (Queen Mary University of London), где он читает лекции по международному частному праву. Также в последние годы Роман читал лекции в Колледже Клэр Кембриджского университета, Университете Эксетера (Exeter University), а также выступал перед студентами юридической магистратуры Университета Париж-Сакле (Университет Версаль-Сен-Кантен). До 2012 г. Роман был доцентом кафедры международного частного и гражданского права МГИМО.

Роман также входит в редакционный совет журнала “The International Journal of Arbitration, Mediation and Disputes Management”.

Роман также является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного права и гражданского процесса. В январе 2012 г. Романом опубликована монография на английском языке “Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure” (NY: Juris Pub., 2012). Кроме того, Роман являлся редактором русского издания книги: *Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж* / Пер. с англ.; Под ред. Р.М. Ходыкина; Кембриджский ун-т. М.: Инфотропик Медиа, 2012. Недавно он в соавторстве с Кэрол Мулкэхи написал книгу “A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration” (под ред. Н. Флетчера (Nicholas Fletcher QC)) (опубликована в издательстве “Oxford University Press” в октябре 2019 г.).

---

В течение нескольких лет Роман рекомендуется в качестве ведущего юриста по международному арбитражу в России и Великобритании в рейтингах *Chambers & Partners* и *The Legal 500 Guides*. В 2019 г. рейтинг *Best Lawyers* признал Романа «Юристом года» в сфере международного арбитража.

## АВТОРЫ

**ТИМУР ЗИНФИРОВИЧ АБУШАХМАНОВ** — юрист практики по международным арбитражным и судебным спорам адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры». Он также является адвокатом Адвокатской палаты г. Москвы.

Тимур имеет степень магистра права (LL.M.) Лондонского университета королевы Марии (Великобритания) в области сравнительного и международного разрешения споров.

Тимур принимал участие в разрешении коммерческих арбитражных споров по правилам Лондонского международного третейского суда (LCIA) и Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC), а также по Регламенту Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ). Он имеет опыт координирования трансграничных судебных споров в таких странах, как Кипр, Белиз, Нормандские острова, Панама, Люксембург и др.

**АНДРЕЕВ ДМИТРИЙ АЛЕКСЕЕВИЧ** — адвокат коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры» (Москва). Окончил МГИМО и Университет Пеппердайн (Pepperdine). Допущен к практике в РФ, США и Англии. Практикует в сфере разрешения споров.

Сопредседатель Совета современного арбитража (Young IMA) и Комитета по взаимодействию арбитража и государственных судов при Российском арбитражном центре. Автор ряда публикаций по вопросам арбитража в России.

**СТЕФАН БОНИФАССИ** является партнером юридической фирмы «BONIFASSI Avocats» в Париже (Франция). Являясь специалистом по разрешению международных споров, Стефан выступает в сложных процессах, затрагивающих «беловоротничковую» преступность, а также поиск и возврат незаконно выведенных активов. Стефан обладает более чем 30-летним опытом в представлении интересов юридических и фи-

зических лиц, а также государств, ставших жертвами экономических преступлений, в рамках как гражданского, так и уголовного процесса, включая вопросы сложного признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений.

Стефан является сооснователем Международной академии специалистов по финансовым преступлениям (International Academy of Financial Crime Litigators), в прошлом он также был президентом Комиссии по уголовному праву Международного объединения адвокатов (Union Internationale des Avocats) и сопредседателем комитета по экономическим преступлениям Международной ассоциации юристов (IBA).

Стефан допущен к практике во Франции (Avocat). Он получил диплом магистра права Университета Париж II Пантеон-Ассас и диплом бакалавра политических наук Университета Сьянс По. Он владеет французским и английским языками.

**СТАВРОС БРЕКУЛАКИС** – профессор международного арбитражного и коммерческого права, директор Школы международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета, арбитр в “3 Verulam Buildings” (Gray’s Inn).

Профессор Брекулакис избирался в более чем 45 арбитражных разбирательствах (коммерческих и инвестиционных) в качестве председателя коллегии арбитров, единоличного арбитра, бокового арбитра и чрезвычайного арбитра по регламентам *ICC, LCIA, SCC, UNCITRAL, Abu Dhabi Commercial Conciliation Arbitration Centre, Danish Institute of Arbitration*, а также в арбитражах *ad hoc*. Профессор Брекулакис постоянно входит в рейтинги *Who’s Who Legal: Arbitration, Who’s Who Legal: Construction*, а также *Who’s Who Legal: Thought Leader*.

Профессор Брекулакис занимает несколько общественных должностей и участвует в работе ряда организаций. Так, он является членом Суда ЛМТС, Комиссии МТП по арбитражу, Группы советников по инвестициям и торговле Департамента международной торговли Великобритании, Организационного комитета Академического форума ЮНСИТРАЛ по разрешению споров между инвесторами и государствами, Экспертного совета Постоянного форума по строительному праву Китая, сопредседателем объединенной Рабочей группы Международного совета по арбитражу и Университета Королевы Марии по финансированию судебных расходов, содокладчиком Комитета Ассоциации международного права по международному коммерческому арбитражу.

Профессор Брекулакис является главным редактором журнала “The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management” (CIArb), титульным редактором журнала “Journal of International Dispute Settlement”, а также соредактором книжной серии по праву международного арбитража издательства “Wolters Kluwer”.

**ЕЛЕНА СЕРГЕЕВНА БУРОВА** – старший юрист практики международного арбитража адвокатского бюро «Иванян и партнеры» (Москва). Она специализируется на международном инвестиционном и коммерческом арбитраже. До присоединения к АБ «Иванян и партнеры» Елена была правовым советником Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража, а также стажировалась в Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма.

Елена получила степень LL.M. по инвестиционному арбитражу в Упсальском университете (Швеция). Она также окончила магистратуру по направлению «Международное частное и гражданское право» и бакалавриат МГИМО (У) МИД России.

Она является сопредседателем Совета современного арбитража (Young IMA) и членом Королевского института арбитраж (MCIArb).

**СКОТТ ВЕСЕЛ** является партнером “Three Crowns LLP”, международной юридической фирмы, специализирующейся исключительно на международных спорах. На протяжении более чем 10 лет он ведет сложные международные инвестиционные и коммерческие арбитражи в нефтегазовых, строительных, энергетических и технологических отраслях, а также в сфере логистики и агробизнеса. До начала его практики в международном арбитраже он был юридическим советником в Государственном департаменте США и в международной организации.

Скотт получил степени юриста, магистра и бакалавра в Йельском университете и магистра государственного управления в Школе общественных и международных отношений имени Вудро Вильсона при Принстонском университете. Кроме того, он также учился в МГУ, Сорбонне и Боннском университете. Он допущен к практике в Нью-Йорке и является английским барристером. Он говорит на английском, французском, немецком и русском языках, а также немного на латышском.

**НАДЯ ДАРВАЗЕ** является партнером юридической фирмы “Clyde & Co” в Париже (Франция). Она обладает более чем 20-летним опытом работы в качестве юриста и арбитра в коммерческом и инвести-



ционном арбитраже. Надя также имеет значительный опыт в рамках работы МТП (ИСС), где в течение трех лет она возглавляла команду по арбитражу в странах Европы, Ближнего Востока и Африки и таким образом контролировала более 400 арбитражных разбирательств.

Надя является членом Комиссии МТП по арбитражу, а также членом целевой группы МТП по максимизации доказательной силы свидетельских показаний и одним из трех членов Комитета по назначениям Немецкой институции по арбитражному делу.

Надя допущена к практике в Англии и Уэльсе (Solicitor) и Германии (Rechtsanwältin). Она получила диплом магистра по международному публичному праву Кэмбриджского университета и диплом бакалавра Университета Варвика. Она владеет французским, английским, немецким, голландским и китайским языками.

**СЕРГЕЙ ДМИТРИЕВИЧ ИВАНОВ** – помощник юриста в практике разрешения споров юридической фирмы “BGP Litigation”; специализируется в области международного арбитража и международных судебных споров. В 2019 г. окончил магистратуру Российской школы частного права (с отличием). Регулярно публикует научные статьи по вопросам третейского разбирательства и приведению в исполнение решений третейских судов.

**САЙМОН КАМИЛЛЕРИ** – юрист юридической фирмы “Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP” (Лондон). Окончил Королевский колледж Лондона (LLB (First Class Hons)) и Оксфордский университет (BCL), является солиситором Англии и Уэльса с правом выступать в суде.

Он специализируется на разрешении споров и международном частном праве. Саймон представляет интересы компаний, а также обеспеченных физических лиц в сложных коммерческих спорах с высокой ценой иска в государственных судах и в рамках международного арбитража (ICSID, LCIA, LMAA). Такие споры часто включают в себя защиту или, наоборот, подачу заявлений о мошенничестве. Саймон обладает опытом подачи заявлений на все виды английских обеспечительных мер для использования в государственных и третейских судах. Он также является автором ряда научных публикаций по вопросам разрешения международных споров.

Саймон является членом Британского института международного и сравнительного права, а также Королевского института арбитров (ACIArb).

**НАТАЛЬЯ НИКОЛАЕВНА КИСЛЯКОВА** – юрист практики международного арбитража адвокатского бюро «КИАП». Наталья специализируется в области международного коммерческого арбитража, спортивного арбитража, коммерческих споров и международного частного права. Наталья преподает спортивное право в двух ведущих российских университетах, а также работает над диссертацией, посвященной Спортивному арбитражному суду (CAS).

Наталья имеет опыт представления интересов клиентов в сложных трансграничных спорах, рассматривавшихся в международных судах и в рамках арбитража в различных юрисдикциях (ICC, LCIA, CAS, VIAC, ICAC, HKIAC, ICJ, PCA, ECHR, DIS) а также в российских и иностранных государственных судах. Ее опыт защиты интересов клиентов касается самых разнообразных секторов экономики, включая недвижимость, нефтегазовую отрасль, банковскую сферу, спорт, строительство, а также коммерческие споры из внешнеторговых договоров поставки. Ранее Наталья активно занималась публично-правовыми межгосударственными спорами, которые касались прав человека.

Наталья руководит Комитетом по спортивному арбитражу Совета современного арбитража (Young IMA) при Российском арбитражном центре и активно участвует в других группах молодых специалистов в сфере арбитража, является автором нескольких публикаций по тематике спортивного арбитража.

**ШТЕФАН КРЁЛЬ** является независимым арбитром из Кёльна, директором Центра международного разрешения споров в Школе права имени Буцериуса в Гамбурге. Он выступает одним из директоров Конкурса по арбитражу им. Виллема С. Виса и национальным корреспондентом Германии в ЮНСИТРАЛ по вопросам арбитража. Кроме того, он является приглашенным профессором в Школе международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета, выступал в качестве советника и консультанта организации при Правительстве Германии (GIZ, IRZ), а также *USAID* в различных странах. ЮНСИТРАЛ привлекла его в качестве одного из трех экспертов для подготовки Сборника практики применения Типового закона о международном торговом арбитраже. Штефан выступал в качестве арбитра или чрезвычайного арбитра в более чем 85 делах и регулярно указывается как один из ведущих арбитров Германии (Уровень 1; Практикующий арбитр года в 2017 г.). Он был приглашенным специалистом на юридическом факультете Нью-Йоркского университета (март 2012 г. и сентябрь 2018 г.) и Кембрид-

жского университета (учебный год 2014/2015). Штефан опубликовал большое количество работ в области международного коммерческого арбитража и коммерческого права, включая книги «Сравнительный международный коммерческий арбитраж» (в соавторстве с Лю и Мистелисом), «Международный коммерческий арбитраж: транснациональный подход» (в соавторстве с Варади и Барсело), «Арбитраж в Германии: Типовой закон в действии» (соредактор совместно с Бёкштигелем и Насимиенто) и «Коллизионное право в арбитраже» (соредактор совместно с Феррари).

**ТОБИ ЛАНДАУ** – королевский адвокат, барристер, адвокат и арбитр, член адвокатских палат Англии и Уэльса, Сингапура, Нью-Йорка, Британских Виргинских островов и Северной Ирландии; также зарегистрирован в качестве адвоката в Международном финансовом центре в Дубае. Тоби практикует в Лондоне, в “Essex Court Chambers”, и в Сингапуре, в “Essex Court Chambers Duxton” (сингапурская практика). Он первый королевский адвокат, который получил полные права допуска к юридическому представительству в судах Сингапура.

Он ведет обширную коммерческую и международную практику в Лондоне и Сингапуре в качестве адвоката, выступал в качестве адвоката в сотнях крупных международных коммерческих, арбитражных и межгосударственных арбитражей, а также во множестве новаторских дел в высших судах Англии, Сингапура, Гонконга, Пакистана и Карибских островов, например в *Dallah v. Pakistan*, *Jivraj v. Hashwani*, *Ust-Kamenogorsk v. AES*, *IPCO v. NNPC* и *Halliburton v. Chubb* перед Верховным судом Великобритании, *Minister of Finance / IMDB v. IPIC* и *Janah v. Benkharbouche* перед английским Апелляционным судом, *First Media v. Astro* в судах Сингапура и Гонконга, *Hubco v. Wapda* в Верховном суде Пакистана. С апреля 2012 г. он является членом группы советников Генерального прокурора Сингапура.

Как арбитр он имеет обширный опыт в качестве председателя, соарбитра и единоличного арбитра в разбирательствах по коммерческим спорам и спорам между инвесторами, проводившихся в соответствии с большинством ведущих мировых регламентов — *ad hoc* и международных институтов. Он член различных арбитражных панелей, включая МЦУИС.

Он является приглашенным профессором Королевского колледжа Лондона; членом Суда *SIAC* (а до этого Суда *LCIA* и *SCC*); почетным членом (и в прошлом попечителем) Королевского института арбитров (*FCIArb*) и дипломированным арбитром; делегатом Великобритании

в рабочей группе по арбитражу ЮНСИТРАЛ (1994–2013 г.); автором проекта английского Закона об арбитраже 1996 г., Ордонанса об арбитраже (международных инвестиционных спорах) Пакистана 2006 г. Закона о международном арбитраже Маврикия от 2008 г., а также многих регламентов арбитражных институтов.

Он получил диплом бакалавра гражданского права с отличием в Оксфордском университете (Eldon Scholar) и диплом магистра права в Гарвардской школе права (Kennedy Scholar).

**ДМИТРИЙ АНАТОЛЬЕВИЧ ПЕНЦОВ** – партнер женевского офиса юридической фирмы “FRORIER Legal SA”. Он возглавляет группу практики фирмы по России и СНГ. Дмитрий принимает активное участие в практике фирмы в области разрешения споров, уделяя особое внимание спорам, относящимся к России и другим республикам бывшего СССР. Он выступал в качестве представителя сторон в государственных судах Швейцарии и в международном арбитраже (включая разбирательства по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты, Швейцарскому регламенту международного арбитража и Венским правилам) в различных спорах, возникающих из договоров о совместных предприятиях, строительства, подряда, договоров об оказании услуг, договоров займа и дистрибьюторских соглашений. Он также представлял стороны в Спортивном арбитражном суде (CAS) и в Федеральном трибунале Швейцарии.

Дмитрий окончил с отличием юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета и аспирантуру кафедры гражданского права того же факультета, защитив диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Понятие “security” по законодательству Соединенных Штатов Америки». Имеет диплом магистра права (LL.M.) юридического факультета Джорджтаунского университета (Вашингтон, федеральный округ Колумбия), а также дипломы бакалавра права, магистра права и сертификат специализации в области адвокатуры юридического факультета Женевского университета. Член Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов (Российская Федерация) и коллегии адвокатов штата Нью-Йорк (США), адвокат (Женева, Швейцария) (второе место на адвокатском экзамене кантона Женева). Дмитрий является автором и соавтором более 60 публикаций, включая две книги.

**ДЭВИД У. РИВКИН** является сопредседателем группы по разрешению международных споров юридической фирмы “Debevoise

& Plimpton LLP” и группы по деловой этике, а ранее также занимал пост президента Международной ассоциации юристов (IBA). Дэвид неизменно входит по версии рейтингов в число лучших в мире юристов, практикующих в области разрешения международных споров. Он принимает участие в международных арбитражных разбирательствах по всему миру и практически во всех крупных арбитражных институтах, одерживал победы в крупнейших инвестиционных и коммерческих спорах. Предмет спора в данных арбитражных разбирательствах составляли, помимо прочего, долгосрочные энергетические концессии и концессии для добычи природных ресурсов, инвестиционные соглашения, соглашения о совместной деятельности, финансовые вопросы, страховое возмещение, договоры строительного подряда, дистрибьюторские соглашения и права на результаты интеллектуальной деятельности, которые регулировались общим правом, континентальным правом и правом исламской правовой системы. Дэвид также представляет интересы компаний в рамках международных судебных процессов в США, в том числе при приведении в исполнение арбитражных решений и арбитражных соглашений. Он стал первым за последние 25 лет американцем, занимавшим пост президента Международной ассоциации юристов (IBA). Дэвид является автором многочисленных статей, а также регулярно выступает в качестве спикера по вопросам международного арбитража, судебных разбирательствах, защиты прав корпораций и человека. Он также занимал ведущие посты в арбитражных институтах пяти континентов, входит во многие рекомендованные списки арбитров, включая Российский арбитражный центр, где он также является членом Президиума. В 2012 г. издание “American Lawyer’s Am Law Litigation Daily” назвало Дэвида одним из двух «международных юристов года». В 2011 г. издание “National Law Journal” включило Дэвида в число «самых влиятельных юристов» страны.

**ДАРЬЯ КОНСТАНТИНОВНА САХНО** – зарегистрированный иностранный юрист юридической фирмы “Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP” (Лондон). Окончила с отличием Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», а также магистратуру Университета королевы Марии в Лондоне. Является адвокатом.

Специализируется на международном арбитраже, международном коммерческом праве и вопросах международного частного права. Дарья представляет интересы компаний, а также обеспеченных физических

лиц в сложных коммерческих спорах с высокой ценой иска в государственных судах и в рамках международного арбитража (*ICSID*, *LCIA*, нефтегазовые арбитражи). Является автором ряда научных публикаций по вопросам разрешения международных споров.

Дарья является почетным членом Королевского института арбитров (*FCI Arb*), а также участником Рабочей группы по мониторингу соблюдения профессиональной этики адвокатов в сфере третейского разбирательства (Российская Арбитражная Ассоциация).

**ЕЛЕНА ПЕТРОВНА ФЕДОРОВА** является адвокатом юридической фирмы “*BONIFASSI Avocats*” в Париж (Франция). Елена специализируется на вопросах признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений во Франции. Она практикует в области международного частного права и занимается вопросами транснационального сотрудничества по гражданским делам. Елена также специализируется на гражданско-правовом мошенничестве (*fraud*) с фокусом на поиске и взыскании незаконно выведенных активов, в том числе с использованием уголовного процесса с международными элементами, затрагивающими, в частности, страны СНГ.

Елена является членом молодежного профессионального сообщества адвокатов по взысканию активов (*Asset Recovery Next Gen network*), Российской Арбитражной Ассоциации, молодежного Международного совета по коммерческому арбитражу (*Young ICCA*) и Общества сравнительного законодательства (*Société de législation comparée*).

Елена допущена к практике в России (адвокат) и во Франции (*Avocat*). Она получила диплом магистра международного частного и торгового права Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна и диплом специалиста гражданского права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (Москва). Она владеет русским, французским и английским языками.

**АНТОН ВЛАДИМИРОВИЧ ШАГАЛОВ** – магистр частного права (РШЧП), специалист кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ, член редакционной коллегии журнала «Коммерческий арбитраж», участник магистерской программы «Международное частное право и право международной торговли» Университета Париж 1 Пантеон-Сорбонна, автор ряда публикаций по различным аспектам международного арбитража.

**Section 1**  
**GENERAL ISSUES**  
**IN ARBITRATION**

---

**Раздел 1**  
**ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА**

## TRANSNATIONAL PUBLIC POLICY IN INTERNATIONAL ARBITRATION<sup>1</sup>

STAVROS BREKOULAKIS,

Professor in International Arbitration, Director of the School  
of International Arbitration at Queen Mary University of London,  
Associate Member of 3 Verulam Buildings (Gray's Inn)

*This article examines the concept and legal function of transnational public policy in international arbitration. Adopting a range of methods of inquiry, including historical, theoretical and doctrinal, this article challenges the predominant view in scholarship and in arbitral case law that transnational public policy is a fluid concept that accords arbitrators wide discretion to decide on the basis of non-legal standards such as “morals”, “values” or “principles of universal justice”. By contrast, it is suggested, transnational public policy is a legal doctrine which cannot include anything other than legal norms, in the form of either legal rules or legal principles. As is argued, under a conception of transnational public policy that includes non-legal standards, judicial function is dangerously conflated with legislative function and international arbitrators assume the role of the “regulators of society”, which runs counter to fundamental principles of constitutional organisation. While a number of arbitral awards have promulgated a range of public policies of transnational order, only a limited number of rules and principles of transnational public policy can safely be identified in relation to only some aspects of international commercial and trade law, such as the transnational policy prohibiting contracts of bribery and contracts arising out of bribery and the principle of good faith.*

*Keywords: transnational public policy; bribery and corruption; judicial function; decision-making; judicial discretion.*



---

<sup>1</sup> This article draws on previous works of the author on transnational public policy.



*В настоящей статье исследуются концепция и правовая функция транснационального публичного порядка в международном арбитраже. Используя такие методы исследования, как исторический, теоретический и доктринальный, автор данной статьи оспаривает доминирующую в настоящее время в юридической науке и арбитражной практике точку зрения, в соответствии с которой транснациональный публичный порядок рассматривается как гибкая концепция, наделяющая арбитров широкой степенью свободы разрешать споры с использованием таких внеправовых стандартов, как принципы морали, общечеловеческие ценности или принципы универсальной справедливости. В отличие от указанного подхода, в статье аргументируется, что транснациональный публичный порядок является правовой доктриной, которая не может в себя включать ничего иного, кроме правовых правил, принимающих форму либо норм, либо правовых принципов. По мнению автора, концепция транснационального публичного порядка, основанная на включении в него внеправовых стандартов, приводит к тому, что функция по разрешению споров начинает опасно совмещаться с функцией законодателя, и при этом международные арбитры оказываются в роли «регуляторов общества», что идет вразрез с фундаментальными конституционными принципами. Несмотря на то что в некоторых арбитражных решениях был провозглашен целый ряд принципов, составляющих транснациональный публичный порядок, автор приходит к выводу, что лишь ограниченное число правил и принципов может квалифицироваться как относящиеся к действительно международному публичному порядку и лишь в отношении отдельных аспектов международного торгового права, таких как транснациональная политика по запрету договоров, направленных на осуществление коррупционных действий или основанных на коррупции, а также принцип добросовестности.*

*Ключевые слова: транснациональный публичный порядок; коррупция; функция по разрешению споров; функция по отправлению правосудия; усмотрение арбитров; судебное усмотрение.*



## 1. Introduction

Public policy is a key concept for international arbitration, being important for the work of both arbitration practitioners and scholars. It is important for scholars because it has provided the underpinning foundations for the

development of theories on transnational autonomy of arbitration. It is important for practitioners because it is enshrined in the 1958 New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards as well as almost all national laws as a ground to resist enforcement of arbitral awards.

It is perhaps because of its theoretical complexity and dynamic nature that the public policy exception “has been interpreted erratically by the courts and is probably the most misused ground of all [in the New York Convention]”<sup>1</sup>. Equally, arbitration literature on public policy seems to be informed more by conventional wisdom than critical examination. It is interesting to see that the majority of arbitration literature as well as all the main textbooks in international arbitration offer broadly the same, if equivocal, definition of public policy, as a general principle associated with “basic notions of morality and justice”<sup>2</sup>. It is also amusing to note that almost all papers on public policy cannot resist reiterating Burrough J’s famous (and by now commonplace) description from almost two centuries ago of public policy as an unruly horse<sup>3</sup>, a phrase which apparently highlights the open-ended, unpredictable and constantly evolving nature of the doctrine.

Has the discussion on public policy in international arbitration settled? I submit not. In fact, I suggest that there are a number of areas related to the doctrine of transnational public policy (or *ordre public international*) that must be revisited, including its very concept, its function and limitations. As is explained in the sections below, I submit that the doctrine of transnational public policy, which is currently adopted by legal discourse in international arbitration is conceptually and methodologically confusing. There is usually no explanation about how the content and norms of transnational public policy are ascertained or whether the doctrine functions as a legal principle or a set of legal rules.

The article is divided in three parts. After a brief overview of the historical evolution of transnational public policy in first part, second part examines the legal function of transnational public policy. In this part, the article challenges the predominant view in scholarship and in arbitral case law that transnational public policy is a fluid concept that accords arbitrators wide discretion to decide on the basis of non-legal standards such as “morals”, “values” or

---

<sup>1</sup> Paulsson, *The New York Convention in International Practice – Problems of Assimilation*, in *The New York Convention of 1958* 100, 113 (ASA Special Series No. 9 1996).

<sup>2</sup> Lew, Mistelis and Kroell, *Comparative and International Commercial Arbitration*, (Kluwer 2003) at 26–114. See also International Law Association, *Final Report on Public Policy*, New Delhi Conference (2002).

<sup>3</sup> In *Richardson v Mellish* (1824) 2 Bing. 229 at 252.

“principles of universal justice”. By contrast, it is suggested, transnational public policy is a legal doctrine which cannot include anything other than *legal* norms, in the form of either legal rules or legal principles.

As is explained, the clear distinction between legal and non-legal conceptions of transnational public policy matters because it has important implications on the judicial function of tribunals in international arbitration. Under a conception of transnational public policy that includes non-legal standards, judicial function is dangerously conflated with legislative function and international arbitrators assume the role of the “regulators of society”, which runs counter to the way our world is politically organised today.

In third part, the article sets out to identify the rules and principle of transnational public policy. As is submitted, only a limited number of rules and principles of transnational public policy have developed in relation to only some aspects of international commercial and trade law, such as the transnational policy prohibiting contracts of bribery and contracts arising out of bribery and the principle of good faith. The article submits that a transnational rule on public policy can emerge only if a clear policy is evidenced in a wide number of international legal documents, including arbitral awards and court decisions, as well as international conventions and legal instruments promulgated by international or intergovernmental organisations. As is explained, substituting normative views for transnational public policy, as some tribunals have felt empowered to do, is methodologically unjustified and eventually counterproductive.

More generally, the article suggests that contrary to what some scholars have suggested<sup>1</sup>, transnational public policy is not a principle that permeates transnational law. In a world where policy contestations persist in a wide number of areas, including important areas such tax law, environmental law and even competition law, transnational public policy, for better or worse, cannot be used as the legal construct to regulate international business law towards a liberal end.

## 2. Historical Development of Public Policy

Traditionally linked with the broader project of *lex mercatoria*<sup>2</sup>, transnational public policy was the birth child of liberal – mainly continental –

---

<sup>1</sup> Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’ in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007) pp. 857–870.

<sup>2</sup> See Jan Kleinheisterkamp, ‘The Myth of Transnational Public Policy’ (working paper).

arbitration lawyers, such as Fouchard, Goldman and Lalive. Having lived, studied and worked in a number of different countries, these international lawyers developed a strong cosmopolitan outlook and a unique appreciation of different legal cultures and traditions. Sustaining a strong belief in the reformist power of international law, transnationalist lawyers conceptualised transnational public policy as the underpinning legal justification for the construction of a transnational legal order, which transcends national boundaries and legal traditions.

According to Lalive, the arbitration theorist and practitioner, who widely introduced the concept of transnational public policy in the 1980s, “the international arbitrator does have, and is bound by, a private international law, but... such private international law can only be a ‘transnational’ one, constituted as it is by a number of general principles, either common to all the parties (including States) concerned by a given case, or universal”<sup>1</sup>.

More importantly, perhaps, for many transnationalist arbitration scholars and lawyers, transnational public policy has been used as a moral and normative framework that embeds rules, values and objectives of constitutional nature. It has been conceived as the main organisational principle that sustains the integrity of the system of international arbitration, as well as a potent principled defence against claims that arbitration is often employed as the vehicle for power corporate interests to escape national regulation<sup>2</sup>. In that sense, transnational public policy provides international tribunals with a legal and moral obligation to refuse to enforce repugnant contracts *ex officio*, irrespective of whether a contract was illegal under its governing law<sup>3</sup>. Such a constitutional conception of transnational public policy assumes a shift in the duty of international arbitrators from assisting the parties in

---

<sup>1</sup> See Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987) at 301. More recently, Emmanuel Gaillard with his treatise on the *Legal Theory of International Arbitration* (Martinus Nijhoff Publishers 2010) further developed the concept of substantive transnational public policy, whereas Julian Lew in his article Julian D M Lew, ‘Achieving the Dream: Autonomous Arbitration’ 22 *Arb Int’l* 179 (2006) has theorised on transnational procedural public policy.

<sup>2</sup> See A. Claire Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy* (Cambridge University Press 2003).

<sup>3</sup> See Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (Martinus Nijhoff Publishers 2010), pp. 126-130; Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987) at 258.

dealing with their dispute to rendering justice, including if necessary taking account of *wider social interests* or *interests of the public*<sup>1</sup>. Thus, transnational public policy has been mainly conceived as a liberal project which allows international lawyers, acting as arbitrators, to complement, or occasionally substitute, positive law with their perceptions (which are typically more liberal than those of national judges) of what is good for the public.

Despite its normative purpose, the liberal project of transnational public policy has been met with fierce opposition. For many legal positivists, international law is exclusively structured around the idea of nation-state, which is seen as the indispensable framework of legal order<sup>2</sup>. Only rules that are derived from a formal source – typically sovereignty – and developed through formal processes are accepted as law<sup>3</sup>. Transnational public policy, therefore, cannot exist because no valid legal norm exists beyond and outside the hierarchy of the State; at best, transnational public policy is nothing more than “a statement of practical policy”, an ideal that we should aspire to<sup>4</sup>.

The objections to transnational law and transnational public policy are well documented in legal literature and there is little point to rehearse them here, not least because the discussion about transnational law has moved in the last thirty years in particular. Today, the existence of informal legal norms by non-state actors has been increasingly recognized by a number of international law scholars under either analytical jurisprudence<sup>5</sup>, or social-legal lines

<sup>1</sup> See Alec Stone Sweet and Florian Grisel, ‘The Evolution of International Arbitration: Delegation, Judicialization, Governance’, in Walter Mattli & Thomas Dietz (eds) *International Arbitration and Global Governance: Contending Theories and Evidence* (Oxford University Press 2014), at 36.

<sup>2</sup> See Paul Lagarde, ‘Approach Critique de la Lex Mercatoria’, in Philippe Fouchard et al. (eds) *Law Of International Economic Relations – A Study Offered To Berthold Goldman* (Litec 1982).

<sup>3</sup> See Francis A. Mann, ‘The UNCITRAL Model Law — Lex Facit Arbitrum’, in Pieter Sanders (ed.) *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, reprinted in 2 *Arb. Int’l* 241 (1986), at 241–242 (noting that only recently has arbitration been released from the strictures of formal law).

<sup>4</sup> See Lord Justice Mustill, ‘The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years’, 4 *Arb. Int’l* 86 (1988), at 90.

<sup>5</sup> See John Linarelli, ‘Analytical Jurisprudence and the Concept of Commercial Law’, 114 *Penn St. L. Rev.* 119 (2009), at 193 (employing analytical methods to develop a framework for international law); Cralf-Peter Calliess and Peer Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code*, (Hart Publishing 2010), at 56 (relying on the method of “rough consensus and running code” to develop an analytical framework of transnational law); Ross Cranston, ‘Theorizing Transnational Commercial Law’, 42 *Tex. Int’l L. J.* 597 (2007), at 602.

of inquiry<sup>1</sup>. While views favouring formalism and the exclusivity of state law still persist in international legal scholarship<sup>2</sup>, our understanding of law has irrevocably shifted from the Austinian thesis that law can only be rules backed by threats to a more inclusive and pluralistic concept of law that accepts both state legal rules<sup>3</sup> and a-national or transnational legal standards, in the form of principles, norms and policies, including transnational public policy<sup>4</sup>.

More crucially, it is not only transnational lawyers and scholars who accept that transnational public policy is a valid legal construct rather than an aspiring ideal. A number of national courts, such as the Paris Cour d'appel<sup>5</sup>, the French Cour de cassation<sup>6</sup>, the Swiss Federal Tribunal<sup>7</sup> and the UK

<sup>1</sup> See here legal pluralism. See Roger Cotterrell, 'Transnational Communities and the Concept of Law', 21 *Ration Juris* 1 (2008), at 5-6; Francois Ost & Michel Van De Kerchove, *De La Pyramid Au Réseau? Pour Une Théorie Dialectique Du Droit* [From The Pyramid To The Network? For A Dialectical Theory Of The Law] (Publications Fac. St Louis 2002), at 14 (speaking about networks); Robert Wai, 'The Interlegality of Transnational Private Law', 71 *L. & Contemp. Probs.* 107 (2008), at 110.

<sup>2</sup> See, e.g., Martti Koskenniemi, *The Politics Of International Law* (Hart Publishing 2011), at 214 (arguing in favor of formalism in international law); Jean D'aspromont, *Formalism And The Sources Of International Law – A Theory Of The Ascertainment Of Legal Rules* (Oxford University Press 2011) (arguing that a formal theory of sources remains instrumental in ascertaining rules of international law); Thomas Schultz, 'Some Critical Comments on the Juridicity of Lex Mercatoria', 10 *Y.B. of Priv. Int'l L.* 667 (2008) (arguing that *lex mercatoria* lacks the formal requirements which are essential features of a legal system).

<sup>3</sup> See John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (Weidenfeld & Nicolson 1954), at 13–16.

<sup>4</sup> See Roger Cotterrell, 'Transnational Communities and the Concept of Law', 21 *Ration Juris* 1 (2008), at 4–5. Even Hart was open to the idea of international law. See H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 235 (2d ed. Clarendon Law Series 1994) (observing that there is no need to search for a basic law (a Grundnorm) in international law, and while we can resign to the idea that international law may not be a system of legal rules, it can well qualify as a set of legal rules.) There is no need to look for analogies between international law and municipal law in terms of form (because the analogies are too thin), but he accepts that there are important analogies in terms of function and content: "the analogies of content consist in the range of principles, concepts, and methods which are common to both municipal and international law, and make the lawyers' technique freely transferable from the one to the other".

<sup>5</sup> See *European Gas Turbines SA v Westman International Ltd.* 30 September 1993, (1994) *Rev. Arb.* 350 note by D. Bureau, and *Fougerolle v. Procofrance*, 25 May 1990, (1992) *Rev. crit. DIP* 1990.

<sup>6</sup> See Cour de cassation 1<sup>st</sup> Civ 23 March 1994, *Société Hilmarton Ltd v. société Omnium de traitement et de valorization (OTV)* JDI 1994 p. 701.

<sup>7</sup> See *Emirats Arabes Unis, Royaume d'Arabie Saoudite and others v. Westland Helicopters Limited*, 12 *ASA Bulletin* 52 (1994); and *State agency A and State owned bank B v. Consultant X*, Tribunal Fédéral [Supreme Court], First Civil Chamber, 4P 115/1994, 30 December 1994 in

House of Lords, have referred with approval to the concept of transnational public policy<sup>1</sup>.

Today, the main opposition to transnational public policy appears to be more ideological than legal, namely that it reflects a laissez-faire conception of economic liberalism which allows parties to settle their disputes in the shadow of the law<sup>2</sup>. While this discussion is interesting, it goes beyond the scope of this article. Departing from the assumption that a form of transnational public policy does exist, this article is mainly concerned with the legal function as well as the content of transnational public policy. Despite the important role that transnational public policy has played for the construction of the concept of international arbitration, both of these questions, especially the former, remain largely under-theorised.

### 3. Nature and Legal Function

Theorists who developed the basic conceptual foundations of transnational public policy and many international arbitration tribunals have always assumed that transnational public policy affords arbitrators a wide range of discretion as to how to address a legal question. Under this conception of transnational public policy, international arbitration tribunals can find that a contract is void as against public policy even if such contract is not illegal under its governing law.

For transnationalist lawyers, transnational public policy is a concept of equitable nature, a statement of predominately moral purpose that includes a number of divergent, if vague, ideas such as “fundamental rules of natural law”, “principles of universal justice”, “*jus cogens*” and “general principles of morality accepted by what are referred to as ‘civilized nations’”<sup>3</sup>. The prevail-

---

Albert Jan van den Berg (ed), XXI Yearbook Commercial Arbitration 172 (1996), pp. 172–180; and also see Swiss Supreme Court, 4P.278/2005, 8 March 2006, 24 ASA Bulletin 550 (2006).

<sup>1</sup> See *Kuwait Airways Corp v Iraqi Airways Co* (No.6) [2002] UKHL 19; [2002] 2 A.C. 883 (HL); Adeline Chong, ‘Transnational Public Policy in Civil and Commercial Matters’, 128 LQR 88 (2012).

<sup>2</sup> See for example A. Claire Cutler, *Private Power and Global Authority: Transnational Merchant Law in the Global Political Economy* (Cambridge University Press 2003).

<sup>3</sup> Martin Hunter and Gui Conde De Silva, ‘Transnational Public Policy and Its Application in Investment Arbitrations’ 4(3) *Journal of World Investment* 367, 370 (2003); International Law Association, ‘Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’, (2002), Recommendation 1(d) about international public policy and 2(b) about transnational public policy.

ing understanding of transnational public policy in international arbitration is that of a fluid concept whose content is difficult, if not unnecessary, to identify in advance, because it largely depends on the circumstances of the dispute as well as the values of the decision maker. Lalive, for example, refers to transnational public policy as allowing the incorporation in arbitration of “the *new needs and ideas* of the international community”<sup>1</sup> and observes that “a great deal if not everything” about transnational public policy “is a question of *personal feeling or sensitiveness*” (emphasis added)<sup>2</sup>.

However, it is questionable whether this account of transnational public policy *is or ought* to be accurate. Guidance from national concepts of public policy may be instructive here. Judicial function of public policy varies in different jurisdictions. The banal generalisation about the distinct legal approaches taken by common and civil law jurisdictions applies in full force in relation to public policy. Common law courts, especially in England, have kept public policy confined in certain areas of law and have developed clear and well-defined public policy *rules* to the point that the modern concept of public policy has been criticized as inflexible and unjust<sup>3</sup>.

For example, in the field of illegal contracts English courts have developed the *ex turpi causa* rule of public policy whereby “no court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act”<sup>4</sup>. Even under the latest decision of the UK Supreme Court in *Patel v Mirza*<sup>5</sup>, which adopts a more flexible test for illegality on the basis of a number of public policy considerations, arguably allowing some degree of discretion to English judges, the boundaries of the public policy rule are jurisprudentially defined.

By contrast in most civil law jurisdictions, public policy is conceived of as a *legal principle* or a *set of legal principles* which, laid down in civil codes,

<sup>1</sup> See Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987) at 316.

<sup>2</sup> Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987) at 310.

<sup>3</sup> See John Shand, ‘Unblinking the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract’ 30 *The Cambridge Law Journal* 144, 165 (1972), “for the judges have themselves reacted from the broad and vaporous concept of public policy and reduced it to a set of rules whose operation is predictable and whose application is obligatory and not a matter of discretion”.

<sup>4</sup> See Lord Mansfield’s well-known dictum in *Holman v Johnson* (1775) 1 Cowp. 341 at 343: “The principle of public policy is this; *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act”.

<sup>5</sup> See *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42.



allow judges discretion to ascertain the content of public policy. In France for example, principles of public interest, including principles of morality, play a greater part in the courts' decision to refuse to enforce an agreement as contrary to French public policy<sup>1</sup>.

However, while the nature of public policy and judicial function may vary under civil and common law, public policy is a *legal* doctrine under both legal traditions. While non-legal considerations, such as “morals” or “values”, appear in civil codes and court judgements, the legal nature of public policy does not change. Judges in neither civil nor common law rely on morality, in and of itself, to invalidate contracts as being against public policy. Rather, they rely on legal principles of public policy *underpinned* by moral and ethical considerations, such as the principle of good faith or the *ex turpi causa*.

Even in civil law jurisdictions, public policy is largely conceived of by reference to fundamental *legal* and *judicial* principles. French courts, for example, have defined public policy as including “the entirety of the *rules...* of fundamental importance which the French legal system requires to be respected even in situations of an international character”<sup>2</sup>.

In Switzerland, the Federal Tribunal has stated that “[t]he substantive adjudication of a dispute violates public policy only when it disregards some fundamental *legal principles* and consequently becomes completely inconsistent with the important, generally recognized values, which according to dominant opinions in Switzerland should be the basis of any legal order”<sup>3</sup> (emphasis added).

In both jurisdictions, public policy encompasses *legal* principles which form part of their legal order, including such principles as *pacta sunt servanda*, the prohibition of abuse of rights, the principle of good faith, the prohibition of expropriation without compensation, the principles of economic freedom; the prohibition of discrimination, the prohibition of corruption and the protection of personal property<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> See Dennis Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law* (Gaunt 1953), at 5; also Morals are enshrined in Art. 6 of the French Civil Code which provides that “statutes relating to public policy and morals may not be derogated from by private agreements”. Art. 1133: “A cause is unlawful where it is prohibited by legislation, where it is contrary to public morals or to public policy.”.

<sup>2</sup> See Paris Court of Appeal, Judgment of 27 October 1994, Rev. Arb. 1994, 709.

<sup>3</sup> 4A\_558/20111 Judgment of March 27, 2012.

<sup>4</sup> See further in Switzerland, Andreas Bucher, ‘L’Ordre Public et le But Social Des Lois en Droit International Privé’, 239 *Recueil Des Cours* (1993), at 19; Elliott Geisinger and Alexandre Mazuranc, ‘Challenge and Revision of the Award’ in Elliott Geisinger and Nathalie Voser (eds), *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners*, (Second

The difference, thus, in the judicial function of public policy between civil and common law jurisdictions is a matter of *degree*, not *kind*. In other words, while civil and common law jurisdictions allow different amount of discretion to national courts to ascertain public policy in the form of a legal rule (in common law) or a legal principle (in civil law), they both require judges to decide public policy on the basis of legal, not extra-legal considerations. While in non-legal fields, public policy is generally defined as encompassing “the common sense and common conscience of the citizens as a whole” as well as the “changing economic needs, social customs, and moral aspirations of the people”<sup>1</sup>, the legal concept of public policy, including that of transnational public policy, cannot include anything other than *legal* norms, in the form of either legal rules or legal principles<sup>2</sup>.

The clear distinction between legal and non-legal conceptions of public policy matters because it has important implications on the judicial function of tribunals in international arbitration. Indeed, under a conception of transnational public policy that includes non-legal standards such as “morals”, “needs”, “ideas”, “personal feeling or sensitiveness”, judicial function is dangerously conflated with legislature function. However, transnational public policy should not operate as a gateway for judges and arbitrators to substitute legal reasoning with political expedience and decide on the basis of their personal sense or what they think “good morals” means for the public. The suggestion of some transnationalist lawyers, such as Kessedjian, that the “role of the judge or the arbitrator [today is] an essential one for *the regulation of society*” runs counter to fundamental principles of political organisation and democratic governance of the majority of States today.

---

Edition), (Kluwer Law International 2013), at 249; Gabrielle Kaufmann-Kohler and Antonio Rigozzi, *International Arbitration: Law and Practice in Switzerland*, (Third Edition), (Oxford University Press 2015), at 499. The same in Poland, see Johannes Koepf and Agnieszka Ason ‘An Anti-Enforcement Bias? The Application of the Substantive Public Policy Exception in Polish Annulment Proceedings’ in *Liber Amicorum Wojciech Popiołek*; Polish Court of Civil Procedure, at Art. 1206 § 2(2): “An arbitral award shall also be set aside if the court finds that... the arbitral award is contrary to fundamental principles of the legal order of the Republic of Poland (public order clause)”.

<sup>1</sup> See Jeffrey Lehman and Shirelle Phelps, *West's Encyclopedia of American Law*, (Second Edition), (Volume 8), (Thomson/Gale 2005), at 173.

<sup>2</sup> See Christopher S. Gibson ‘Arbitration, Civilization and Public Policy: Seeking Counterpoise between Arbitral Autonomy and the Public Policy Defence in View of Foreign Mandatory Public Law’, 113 *Penn State Law Review* 1227, 1234 (2009), not accurately states that “it is useful to consider the concept of public policy in arbitration as not only reflecting principles fundamental to the dispute resolution method itself, but also as an “interface of exchange” with a larger civilization outside of arbitration”.

Even if one accepted that transnational law *is* a legal system, and transnational public policy *does* reflect the fundamental policies of that legal system, the mandate of international arbitrators is to identify the rules and principles of transnational public policy by reference to legal doctrine rather than principles of moral theory, sociology and political economy. As Reisman observes, for a judge or an arbitrator the “use of policy is a highly disciplined teleological exercise. [I]t is the policy of the legal system which governs the dispute and not an artifactual policy created by the arbitrators for that particular case”<sup>1</sup>.

The above analysis does not mean that public policy should be equated to the law. The scope of public policy is wider than that of a statute, and courts may render an agreement null and void as being contrary to public policy, even if it is not against the law<sup>2</sup>. Equally, it does not mean that public policy operates only as a set of inflexible legal rules which allow no discretion. In applying public policy, judges and arbitrators may enjoy some degree of discretion in two circumstances in particular: first, when a dispute gives rise to a novel legal issue. In such rare nowadays circumstance, public policy will largely operate as a general principle of law that permits a judge to introduce new legal rules in order to determine whether the novel situation is contrary to the public interest<sup>3</sup>. The determination of a public policy rule and its application to a novel issue, inevitably, necessitates a value judgment by the judge or arbitrator. But this value judgment has defined parameters and involves a balancing exercise on the basis of existing policies and principles of law. In addressing a novel legal issue, judges are not free to arrive at novel legal policies, or substitute their personal policies with the existing policies of the law in a certain legal system.

The second circumstance when judges and arbitrators enjoy some degree of discretion is when the application of a public policy rule is too rigid to capture competing public interests in certain circumstances. This is for example the case in the field of restraint of trade, which involves situations where an employer or a professional association exercises power over an employee or an individual member. Restraint of trade agreements require

---

<sup>1</sup> See W. Michael Reisman, ‘Law, International Public Policy (So-called) and Arbitral Choice in International Commercial Arbitration’ in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, (ICCA Congress Series No. 13), (Kluwer Law International 2007), at 849.

<sup>2</sup> See for example, in France René David & Henry P. De Vries, *The French Legal System: An Introduction To Civil Law Systems*, (Oceana 1958), at 134.

<sup>3</sup> See John Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions* (Oxford University Press 1983), at 157.

judges to resolve the tension between the right of a professional association to lay down rules for its members on the one hand, and the interests of the individual member in the free exercise of her trade, on the other hand. To resolve the tension, judges rely on public policy principles, which allow for judicial discretion in deciding whether an agreement that purports to restrain the freedom of an employee or an individual member of a professional association is contrary to the public policy. However, even when courts are called to exercise discretion under general principles of public policy, judicial function is not unrestrained. Under both common and civil law, national courts have developed certain *tests* to guide, and therefore constrain, the exercise of judicial discretion under public policy. In English law, for example, whether an agreement aiming to restrain trade is contrary to public policy depends on the *test of reasonableness*, which allows English Courts to perform a balancing exercise after taking account of the interests of the parties concerned and the interests of the public<sup>1</sup>. Similarly, under Swiss law the test as to whether the power, which a professional association exercises over its members, is against public policy is whether it constitutes an *obvious and grave violation of privacy*, including the right of the member to professional development<sup>2</sup>. While the balancing exercise which the courts have to perform in order to resolve conflicting public interests allows for a value judgement, it does not give national courts unbounded discretion to decide whether public policy is violated on the basis of “opinions of men of the world”<sup>3</sup>.

Overall, the judicial function under public policy entails that a judge or an arbitrator identifies the public policy rule or ascertains a public policy principle on the basis of “opinions based on legal learning”<sup>4</sup>. How judges and arbitrators carry out their judicial task and ascertain fundamental policies of the law is not always straightforward, not least because the policy of the law is constantly, albeit slowly, evolving in time. In all cases, however, they have to rely on legal reasoning and analysis, including review of statutes, judicial precedent, legal doctrine, general principles of law or even soft law<sup>5</sup>. But

---

<sup>1</sup> Per Lord Macnaghten in *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition*, which remains binding authority [1894] C 535, 565.

<sup>2</sup> See Swiss Federal Tribunal Judgment of 27 March 2012, 4A\_558/2011 and also judgment 4A\_458/2009 of 10 June 2010.

<sup>3</sup> Lord Haldane in *Rodriguez v. Speyer Bros.*, [1919] A.C. 59.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> See Dennis Lloyd, *Public Policy: A Comparative Study in English and French Law* (Gaunt 1953), at 2. Even in France where the concept of *ordre public* is broader than that of public

the judicial function of judges and arbitrators in ascertaining fundamental policies of the law does not entail surveying the “changing economic needs, social customs and moral aspirations of the people”<sup>1</sup>. This is the task of the legislator, whose duty is to pass law that reflects contemporary moral standards and social norms.

However, as already mentioned, the prevailing view on transnational public policy in international arbitration betrays confusion about its legal function, with some international arbitral tribunals employing public policy to arrive at decisions on the basis of non-legal considerations.

For example, in ICC Case No 15300 of 2011, the respondent, a trading company in East Europe was bidding for a public construction contract in a West Asian state and entered into an agency agreement with the claimant, a company from West Asia, whereby the latter would act as the agent of the former in the procurement process. The respondent won the contract, parts of which were to be performed by a third company. When a dispute arose over the payment of commission under the agency agreement, it became apparent that the parties had in fact entered into two agency agreements. Under the first agreement the parties had agreed on a commission of 4% of the contract price with respect to delivery or service performed in East Europe, and a commission of 3% of the contract price with respect to deliveries or services performed outside East Europe. Under the second agreement, the parties had agreed on a commission of 5% irrespective of where the deliveries or services were performed. The sole arbitrator, sitting in Paris, found that the agreement for 5% commission was a scheme for reverse payments (“kick-backs”) with an aim to deceive the third company into paying a commission of 5% to the claimant which would then pay the excess over the 4% and 3% commission to the respondent. While, as is discussed in second part, bribery and corruption is against transnational public policy, reverse payments are prohibited by neither transnational public policy nor the public policy of

---

policy in common law countries, allowing courts to depart from strict law to protect social policies by reason of public policy, courts are only able to rely on legal principles of public policy which are derived from written law and general principles of law, and rules which are fundamental to France. See, e.g., Jean-Louis Delvové et al., *French Arbitration Law And Practice: A Dynamic Civil Law Approach To International Arbitration*, (Second Edition), (Kluwer Law International 2009), pp. 155-157 and 254-260. Cf the US Supreme Court which observed that public policy must be “well defined and dominant” and based not on “general considerations of supposed public interests” but on “laws and legal precedents”: *United Paperworkers v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29 (1987), at 30.

<sup>1</sup> See Jeffrey Lehman and Shirelle Phelps, *West's Encyclopedia of American Law*, (Second Edition), (Volume 8), (Thomson/Gale 2005), at 173.

Swiss or French law (the law governing the contract and the law of the seat of the arbitration respectively)<sup>1</sup>.

However, the tribunal substituted “standards of basic morality” for law and public policy and rendered the parties’ agreement void, holding as follows: “International commercial relationships must meet standards of basic morality in order to be able to claim enforcement of the obligations contracted for. The Sole arbitrator is aware that he is not confronted with issues such as bribery, money laundering, deviation of embargo provisions, violation of competition laws or similar acts for which international treaty instruments would be governing. Nevertheless, the Sole Arbitrator is of the conviction that an international agency agreement which is entered into for the sole purposes to deceive a third party, and thus violates such third party’s contractual rights in a manner which is “particularly offensive”, cannot crave for enforcement with the help of the arbitral system, irrespective of whether and under which legal system such act is or would be considered as a criminal offence and without the Sole Arbitrator having to determine the specific legal ramifications of such act in general... In the Sole Arbitrator’s conviction, it would not be compatible with fundamental values of international commerce, necessary to allow business being conducted in a loyal surrounding, to lend a helping hand to such agreements”<sup>2</sup>.

Similar approaches have been taken by other arbitration tribunals, for example in ICC case no. 3916 of 1982<sup>3</sup>, and in ICC Case no. 3913 of 1981, where the tribunal annulled a consultancy agreement between a French Contractor and a British company as being effectively a reverse payment scheme, which, according to the tribunal was immoral under the “concept of international public policy as recognised by most nations”<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> For e.g., see Swiss Federal Tribunal, 4C.432/2005 of 22 March 2006, BGE/ATF 132 III 460.

<sup>2</sup> Also see ICC Award 6248 of 1990 in Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains and Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*, (ICC Publishing 1997), at 239, and also published in XIX Yearbook Commercial Arbitration 124 (1994).

<sup>3</sup> See ICC Case No. 3916 of 1982, in Sigvard Jarvin and Yves Derains (eds), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, (Kluwer Law International 1994), at 51, where the tribunal annulled a consultancy contract on the basis that the claimant was engaged in activities of exercising influence over public officials of a foreign government (although it was not proved that the intention of the parties was for such purpose) as being against “a legal principle generally recognized by civilized nations according to which agreements that are in serious violation of moral standards or international public policy are null and void or at least cannot be performed”.

<sup>4</sup> See ICC Case No. 3913 of 1981, in Sigvard Jarvin and Yves Derains (eds), *Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985*, (Kluwer Law International 1994), at 497, where the tribunal an-

It is worrying to see that some tribunals feel empowered under a misplaced concept of transnational public policy to render decisions on the basis of what they consider to be basic standards of morality, no matter how lofty such standards may be. “Loyalty” (or “loyal surrounding” according to the arbitrator in the ICC case No 15300 of 2011 above) is, arguably, a desirable value in international business. However, it is not a fundamental policy protected in law, unlike for example the policy whereby contracting parties ought to be kept to their agreements<sup>1</sup>. Invalidating an agreement, which is not illegal under its governing law or the law of the seat of the arbitration on the basis that it runs counter to the value of loyalty is not the kind of legal reasoning and judicial function which is expected of arbitrators under the legal doctrine of transnational public policy.

While morals, values and other non-legal considerations can serve as an underpinning justification of public policy, they cannot be a distinct ground of public policy. Under transnational public policy, arbitration tribunals are constrained in the exercise of their judicial function, and not generally free to take account of equities. Once an arbitration tribunal identifies a transnational public policy rule, the arbitrator should apply this rule irrespective of whether other overriding moral considerations might suggest that the rule should not apply in the circumstances of the case, or that the application of this rule should be moderated. Conceived as a legal doctrine, transnational public policy does not accord arbitrators discretion to refuse its application in order to give effect to a competing policy or to correct a harsh outcome or the perceived imbalances of merits between the parties in a particular dispute<sup>2</sup>. Administration of justice is not part of the judicial function of international arbitral tribunals under transnational public policy.

Again, some tribunals have confused the scope of their judicial function taking equities into consideration under transnational public policy. In the celebrated ICC case No. 1110 of 1963, for example, a British company engaged an intermediary to secure a public works contract in Argentina in return of a commission of fee amounting to 10% of the value of the contract. When the

---

nulled a consultancy agreement between a French Contractor and a British company as being effectively a reverse payment scheme, which is immoral under the “concept of international public policy as recognised by most nations”.

<sup>1</sup> See John Shand, ‘Unblinking the Unruly Horse: Public Policy in the Law of Contract’ 30 *The Cambridge Law Journal* 144, 147 (1972); Gerard Brennan, ‘Commercial Law and Morality’ 17 *Melb. U. L. Rev.* 100 (1989–1990).

<sup>2</sup> See *Les Laboratoires Servier & Another v. Apotex Inc. & Others*, [2014] UKSC 55 (Lord Sumption), at 440.

intermediary brought an arbitration claim, Judge Lagergren, as sole arbitrator, declined jurisdiction to hear the case on the basis that the agreement in question would “seriously violate *bonos mores* or international public policy” because, as he found *ex officio*, the parties had entered into the contract with an intention for the intermediary to bribe Argentinian officials.

Judge Lagergren first stated the international public policy rule prohibiting corruption, and he then went on to examine whether the application of this public policy rule might cause injustice in the factual circumstances of the case. Citing “the interest of due administrating of justice”, he observed that “before invoking good morals and public policy as barring parties from recourse to judicial or arbitral instances in settling their disputes care must be taken to see that one party is not thereby enabled to reap the fruits of his own dishonest conduct by enriching himself at the expense of the other”<sup>1</sup>.

Thankfully, not all tribunals confuse their judicial role and function under transnational public policy. In *WDF v Kenya*, the tribunal carefully reviewed a wide number of international awards and national judgments, as well as international legal instruments, including international conventions and declaration of the General Assembly of the United Nations against Corruption and Bribery in International Commercial Transactions, before concluding that a transnational public policy rule against bribery and corruption exists. Avoiding reference to broader non-legal considerations, such as morality, *bonos mores* or principles of universal justice, the tribunal stated: “In light of domestic laws and international conventions relating to corruption, and in light of the decisions taken in this matter by courts and arbitral tribunals, this Tribunal is convinced that bribery is contrary to the international public policy of most, if not all, States or, to use another formula, to transnational public policy”<sup>2</sup>.

The tribunal also rightly found that the application of a transnational public policy rule is not amenable to equitable corrections<sup>3</sup>. While it acknowledged that the claimant had been solicited to offer a bribe by the Kenyan President himself, and that for that reason the claimant was possibly justified

---

<sup>1</sup> See ICC Case No. 1110 of 1963, in Albert Jan van den Berg (ed.), XXI Yearbook Commercial Arbitration 47 (Kluwer Law International 1996) at para. 21. Judge Lagergren was eventually satisfied that the application of transnational public policy would not lead to injustice on this occasion and concluded that he should decline jurisdiction.

<sup>2</sup> See *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 157.

<sup>3</sup> Although note that this was decided before the decision of the English Supreme Court in the case of *Patel v Mirza* [2016] UKSC 42.



to “feel strongly the unfairness of the legal case now advanced by Kenya”<sup>1</sup>, the tribunal noted that “as regards public policy... the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world”<sup>2</sup>.

This observation was echoed by arbitration award in the ICSID Case No. ARB/10/3, where the investment treaty tribunal dismissed the claimant’s claims on the basis that the contract under which the claims were made was procured by bribery. While the tribunal acknowledged that the outcome in cases of corruption often appear to challenge perceptions of fairness and justice, it pointed out that the main justification of the public policy defence is to promote “the rule of law” rather than “to punish one party at the cost of the other”<sup>3</sup>.

In conclusion, contrary to what transnationalist lawyers seem to believe<sup>4</sup>, transnational public policy is not a legal vehicle to promote liberal values and good morals. It is not a gateway whereby arbitrators and judges can incorporate public discourse on current social, economic and political affairs in the law.

Transnational public policy is not a fluid concept allowing arbitrators unbounded judicial discretion either. While originally, in the 16<sup>th</sup> century, public policy was an amorphous and vague idea (a “Weltanschauung”)<sup>5</sup>, positive law and jurisprudence became increasingly denser both at a national and international level and have now covered most of the legal ground which was previously occupied by abstract legal concepts such as reason and

---

<sup>1</sup> *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, para. 180.

<sup>2</sup> *Ibid.*, para. 181.

<sup>3</sup> See *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, para. 389: “While reaching the conclusion that the claims are barred as a result of corruption, the Tribunal is sensitive to the ongoing debate that findings on corruption often come down heavily on claimants, while possibly exonerating defendants that may have themselves been involved in the corrupt acts. It is true that the outcome in cases of corruption often appears unsatisfactory because, at first sight at least, it seems to give an unfair advantage to the defendant party. The idea, however, is not to punish one party at the cost of the other, but rather to ensure the promotion of the rule of law, which entails that a court or tribunal cannot grant assistance to a party that has engaged in a corrupt act”.

<sup>4</sup> See Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987).

<sup>5</sup> See Jan Kleinheisterkamp, ‘The Myth of Transnational Public Policy’ (working paper), where he traces the intellectual origins of transnational public policy in the development of *lex mercatoria*.

convenience. As a result, public policy including transnational public policy has nowadays acquired a more precise meaning in the form of legal rules or legal principles<sup>1</sup>.

With these observations on judicial function and nature of transnational public policy in mind, the following sections sets out to identify the rules and principles of transnational public policy.

## 4. Content of Transnational Public Policy

### 4.1. *Prohibition of Bribery and Corruption*

As already suggested, the identification of rules and principles of transnational public policy involves a disciplined doctrinal exercise that includes review of international legal instruments as well as analysis of arbitral and judicial precedent. While some scholars have suggested that transnational public policy permeates transnational law<sup>2</sup>, only a limited number of rules and principles of transnational public policy have developed in relation to only some aspects of international commercial and trade law.

The clearest manifestation of transnational public policy is the prohibition of contract with an illegal subject matter. The illustrative list of illegal contracts offered by transnational theorists typically includes contracts relating to the facilitation or promotion of drug trafficking, terrorist acts, prostitution, child abuse and slavery<sup>3</sup>. Undoubtedly contracts concerning such kind of reprehensible activities would be contrary to established policies of most, if not all, national laws and international law. In commercial reality, though, the illegality question typically arises in relation to contracts about bribery and corruption.

The public policy rule on prohibition of bribery and corruption is narrower than what some arbitral awards have suggested<sup>4</sup>, and it mainly includes contracts whereby two parties effectively agree to use illegal means,

---

<sup>1</sup> See Percy Winfield, 'Public Policy in the English Common Law' 42 Harv. L. Rev. 76 (1928–1929).

<sup>2</sup> Catherine Kessedjian, 'Transnational Public Policy' in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007) pp. 857–870.

<sup>3</sup> Pierre Lalive, 'Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration' in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987); International Law Association, 'Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards' (2002).

<sup>4</sup> See ICC Case No. 15300 of 2011, ICC Dispute Resolution Bulletin, (Issue 1), (2016), pp. 81–84.

including illegal payments, in order to assist one of the parties to secure a public contract award. While such agreements may take the form of various contracts such as broker, sponsoring, agency and consultancy contracts<sup>1</sup>, in essence these contracts are vehicles of bribery and corruption, and therefore, the offensive nature and purpose of this type of contracts render them void *ab initio*<sup>2</sup>.

In addition to contracts with a corrupt subject matter (contracts of bribery), transnational public policy prohibits claims arising out of contracts that have been procured by bribery, on the ground of the general principle *ex turpi causa non oritur actio* (contracts arising out of bribery). Unlike, however, contracts with a corrupt subject matter which are void *ab initio*, contracts procured by corruption are only voidable. Any claim arising out of such contract will be dismissed only if the innocent party elects to avoid the contract. For example, the investment treaty tribunal in *World Duty Free v. The Republic of Kenya*<sup>3</sup> dismissed the Claimant's claims in their entirety on the basis that the contract under which the claims were brought was procured by the payment of a cash bribe, in the form of a "personal donation" to the then President of the Republic of Kenya. The Tribunal was satisfied that the Respondent had avoided the contract "unequivocally and timeously"<sup>4</sup>.

The condemnation and prohibition of bribery and corruption is enshrined in a wide number of international conventions<sup>5</sup>. First and foremost, there is the Organisation of Economic Cooperation and Development (OECD) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transaction<sup>6</sup>, which as the International Law Association Report on Public Policy observed, reflects "the mounting international concern about the prevalence of corrupt trading practices" and arguably enshrines

---

<sup>1</sup> See Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), p. 63

<sup>2</sup> See *ibid.*

<sup>3</sup> See *World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7.

<sup>4</sup> See *ibid.*, para. 183. The same conclusion in *Metal-Tech -v- Uzbekistan* ICSID Case No. ARB/10/3.

<sup>5</sup> See more on this in Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at 76 et seq.

<sup>6</sup> Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions of 1997, signed on 17 December 1997, and came into effect on 15 February 1999, available at: [http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery\\_ENG.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/ConvCombatBribery_ENG.pdf) (accessed on 10 January 2017).

“an international consensus that corruption and bribery are contrary to international public policy”<sup>1</sup>. The OECD Convention against bribery has been the catalyst for the development of a number of important international and regional conventions aiming to address issues of bribery and corruption in international transactions, such as the Inter-American Convention against Corruption<sup>2</sup>, the European Union Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities or Officials of Member States<sup>3</sup>, the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption<sup>4</sup>, the Council of Europe Civil Law Convention on Corruption<sup>5</sup>, the African Union Convention on Preventing and Combating Corruption<sup>6</sup>, and the United Nations Convention against Corruption<sup>7</sup>.

All these international and regional conventions prohibit bribery and corruption of public officials in the clearest manner. For example, Article 15(a) of the UN Convention provides that each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence “when committed intentionally, the promise, offering or giving to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself

---

<sup>1</sup> International Law Association, ‘Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’ (2000), p. 22.

<sup>2</sup> Inter-American Convention Against Corruption, signed on 29 March 1996, available at: [http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter\\_american\\_treaties\\_B-58\\_against\\_Corruption.pdf](http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_B-58_against_Corruption.pdf) (accessed 10 January 2017).

<sup>3</sup> Convention on the Fight Against Corruption Involving Officials of the European Communities, adopted by the Council of the European Union, Council Act of 26 May 1997, signed on 26 May 1997, and entered into force on 28 September 2005.

<sup>4</sup> Criminal Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, European Treaty Series No. 173, opened for signature on 27 January 1999 and entered into force on 1 July 2002, available at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f5> (accessed 10 January 2017).

<sup>5</sup> Civil Law Convention on Corruption, adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe, European Treaty Series No. 174, opened for signature on 4 November 1999, entered into force on 1 November 2003, available at: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168007f3f6> (accessed 10 January 2017).

<sup>6</sup> African Union Convention on Preventing and Combating Corruption (2003), adopted by the Heads of State and Government of the African Union, signed on 11 July 2003, available at: [http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7786-file-african\\_union\\_convention\\_preventing\\_combating\\_corruption.pdf](http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7786-file-african_union_convention_preventing_combating_corruption.pdf) (accessed 10 January 2017).

<sup>7</sup> 24 December 2012 which has 140 Signatories and 165 States parties.

or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties”<sup>1</sup>.

The plethora of international, regional and national legal instruments on bribery and corruption leave little doubt that a fundamental legal policy transcending national boundaries has developed in the form of a legal rule prohibiting contracts of and contracts arising out of bribery and corruption. The existence of a transnational public policy rule against corrupted contracts is widely accepted by commentators<sup>2</sup>, and confirmed by a substantial body of authority, including decisions of national courts<sup>3</sup> and arbitral tribunals<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> See also Art. 1(1) of the OECD Anti-Bribery Convention.

<sup>2</sup> International Law Association, ‘Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’ (2002); Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013); Bernardo M. Cremades and David J. A. Cairns, ‘Trans-national Public Policy in International Arbitral Decisionmaking: The Cases of Bribery, Money Laundering and Fraud’ in Andrew Berkeley and Kristine Karsten (eds), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 1 (Kluwer Law International 2003), pp. 65–91; Antonio Crivellaro, ‘Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence’, in Andrew Berkeley and Kristine Karsten (eds), *Arbitration: Money Laundering, Corruption and Fraud*, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 1 (Kluwer Law International 2003) pp. 109–147.

<sup>3</sup> For France, see *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd*, 30 September 1993, (1994) Rev. Arb. 359, reported in XX Yearbook Commercial Arbitration 198 (1995); for England see *Fiona Trust v. Yuri Privalov* [2010] EWHC 3199 (Comm) and *Honeywell International Middle East Ltd v Meydan Group* [2014] EWHC 1344 (TCC).

<sup>4</sup> See for example the ICC 1110 of 1963, Award partially published in Julian Lew, “*Applicable Law in International Commercial Arbitration*” (New York 1978), at 553 et seq. (where the sole arbitrator held that the agreement between a British company and an Argentine intermediary was effectively a vehicle for bribery and corruption. The Sole arbitrator rejected jurisdiction on the basis that the contract under which the claims were made, and therefore the arbitration agreement in that contract, was void *ab initio*) and the award in ICC Case no 6497 of 1994, in XXIV Yearbook Commercial Arbitration 71, (1999), annulling an agreement as being the vehicle for bribery as contrary to Swiss public policy See also cases *Westacre v Jugoinport*, ICC Case No. 7047 of 1994, 13 ASA Bulletin 301, 339 (1995), which while have not found that the contract in question was concluded with an intention to bribe, they have confirmed the public policy principle that such a contract would be void *ab initio*. For contracts arising out of bribery, see ICC Case No. 7664, 31 July 1996 “bribery of public officials for the sale of certain French naval frigates to the Republic of Taiwan by the French Thomson CSF through a Swiss “intermediary””, and also ICC Case No. 3916 of 1982 in Journal Droit International 1984 p. 930, and referred to and translated in ICC Case No. 5622 of 1988, in 19 Yearbook Commercial Arbitration 105, 119–120 (1994); ICC Case No. 8891 of 1998 published in Journal Droit International, 2000, pp. 1076–1080, see also ICC case No. 6497 of 1994 in XXIV Yearbook Commercial Arbitration 71 (1999), which however on

The majority of the international and regional conventions prohibiting bribery and corruption involve illicit payments to a public official. In recent years, however, there is a noticeable international trend towards prohibition of private commercial bribery (“influence peddling”)<sup>1</sup>, which involves a corrupt dealing not with a governmental official, but with agents or employees of prospective commercial partners, typically, to secure an advantage over business competitors<sup>2</sup>. The European Council Criminal Law Convention on Corruption for example<sup>3</sup> provides that signatory parties to the Convention shall “adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offences under its domestic law” the request or receipt by any persons who work for private sector entities of any undue advantage or the promise thereof for themselves or for anyone else, or the acceptance of an offer or a promise of such an advantage, to act or refrain from acting in breach of their duties<sup>4</sup>. To the same effect, the 2003 United Nations Convention against Transnational Organised Crime requires that signatory parties shall<sup>5</sup> “consider establishing non-governmental corruption as a criminal offense”<sup>6</sup>. Similar provisions prohibiting and, under certain circumstances, criminalising bribery in the private sector can now be found under many national laws, including in the UK<sup>7</sup> and China<sup>8</sup>. Arguably, thus, a public policy against private commercial bribery is currently emerging, as this public policy is further reflected in the decisions of international tribunals and the

---

the facts found that bribery was not demonstrated; same in ICC Case No. 7047 of 1994, 13 ASA Bulletin 301 (1995) pp. 301–357; and ICC 6248 of 1990 in Albert Jan van den Berg (ed), XIX Yearbook Commercial Arbitration 124, (1994), pp. 124–140.

<sup>1</sup> Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at 63.

<sup>2</sup> Black’s Law Dictionary, (Tenth Edition), (Thomson West 2014).

<sup>3</sup> See Art. (8) of the Criminal Law Convention on Corruption.

<sup>4</sup> See Art. (8) of the Criminal Law Convention on Corruption.

<sup>5</sup> Art. (8) of United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto (2003).

<sup>6</sup> See Articles (15)–(21) of the United Nations Convention against Corruption (2005), encouraging member states to criminalize both public and private commercial bribery.

<sup>7</sup> The UK Bribery Act of 2010 covers bribery in both the public and private sector, see guidance to the Bribery Act, para 18, available at: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (accessed 11 January 2017).

<sup>8</sup> See Art. (8) of the Anti-unfair Competition Law of the People’s Republic of China; Art. (164) of the Criminal Law of the People’s Republic of China.

national law and international instruments of an increasing number of states and intergovernmental organisations<sup>1</sup>.

However, no transnational public policy rule exists prohibiting international commercial agreements that fall short of contracts of bribery or contracts arising out of bribery, even if an agreement involves commercial activities which are controversial and prohibited by some national laws.

For example, there are notably diverging approaches taken by national laws towards facilitation payments (namely, payments made with the purpose of expediting or facilitating the provision of services or routine government action which an official is normally obliged to perform) and intermediary agreements (namely agreements to attempt to influence the actions, policies or decisions of officials in a government albeit without the use of illegal means such as bribes)<sup>2</sup>. While facilitation payments are prohibited under some national laws, notably the UK Bribery Act<sup>3</sup>, they are not specifically prohibited under the OECD Bribery Convention, and indeed, under certain conditions they are expressly permitted in some countries, such as Australia, New Zealand and the United States<sup>4</sup>. Similarly, whereas intermediary or lobbying agreements are expressly prohibited by a number of national laws<sup>5</sup>, they are not illegal or against public policy under other laws, such as the US or Swiss law<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Antonio Argandoña, 'Private-to-Private Corruption' 47 *Journal of Business Ethics* 253, 255 (2003).

<sup>2</sup> See Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), p. 92 et seq.

<sup>3</sup> Facilitation agreements can trigger the offence under either section 6 of the UK Bribery Act of 2010 or section 1 and 7. See guidance to the Bribery Act, para 44, available at: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf> (accessed 11 January 2017).

<sup>4</sup> See for example, Art. (105C) of the New Zealand Crimes Act of 1961 and 15 USC § 78dd-1 (b). See in more detail, Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at p. 93 et seq.

<sup>5</sup> See for example, Egyptian law which generally prohibits the activity of intermediaries unless the intermediary is a registered consultant firm (Articles (105)–(108) of the Egyptian Penal Code No. 58 of 1937 (as amended by Law No. 95 of 2003); Report of the Economic Co-operation and Development (2009), pp. 18, 43, and 75, available at: <https://www.oecd.org/globalrelations/46341460.pdf> (accessed 12 January 2017)) and Algerian law, Abdulhay Sayed, *Corruption in International Trade and Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 2004), pp. 192–193; ICC Case No. 5622 of 1988, in Albert Jan van den Berg (ed), *XIX Yearbook Commercial Arbitration* 105 (Kluwer Law International 1995), paras. 24–26.

<sup>6</sup> See for example, ICC Case No. 7047 of 1994, 13(2) *ASA Bulletin* 301 (1995), pp. 301–357; also see ICC Case No. 9333 of 1998, in 19 *ASA Bulletin* 757 (2001).

In the well-documented ICC Case No. 7047<sup>1</sup>, Westacre, a Panamanian company, and Jugoinport, formerly the Federal Directorate of Supply and Procurement of the Federal Secretariat of National Defence of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia (the “Directorate”) entered into a contract, whereby Westacre would provide consultancy services to the Directorate for the procurement of contracts for the sale of military equipment to Kuwait. The contract was governed by Swiss law, and provided for settlement of disputes under the ICC Arbitration Rules. The Directorate was awarded the public contract, Westacre claimed the fee under the consultancy contract, and the dispute was referred to arbitration in Geneva. At the arbitration, Jugoinport contended that the intermediary contract with Westacre was against public policy because the consultancy contract was in effect an intermediary agreement that was illegal under Swiss law, as the law governing the contract. Jugoinport further argued that the consultancy contract *was actually performed* by Westacre in a way that was corrupt, including bribing Kuwaiti governmental officials. The tribunal found that the bribery allegations had not been established and issued an award in favour of Westacre. As regards Jugoinport’s claim that the intermediary agreement was invalid under Swiss law, the Tribunal noted: “Lobbying as such is not an illegal activity. Lobbying by private entities to obtain contracts in third countries is frequently carried on with active support from the state... [Having] good contracts with people making decisions for [Yugoslavia] was probably why [the Directorate] secured Claimant’s services”<sup>2</sup>.

The Swiss Federal Tribunal and a number of arbitration tribunals have confirmed that unless the parties intended to use the intermediary agreement as a vehicle for bribery and corruption, intermediary agreements under Swiss law are not illegal<sup>3</sup>.

The decisions of arbitration tribunals, giving effect to intermediary contracts, have been criticised by some commentators as “the ultimate in either naivety or short-sightedness or both”, on the basis that intermediary agree-

---

<sup>1</sup> See *Westacre v. Jugoinport*, ICC Case No. 7047 of 1994, 13(2) ASA Bulletin 301 (1995), at p. 339.

<sup>2</sup> See also ICC Case No 4145 of 1984, XII Yearbook Commercial Arbitration (1987), para. 48, also discussed in Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at 101, which also found that intermediary agreements are valid under Swiss law.

<sup>3</sup> See for example, ICC Case No. 7047 of 1994, 13(2) ASA Bulletin 301 (1995), pp. 301–357; also see ICC Case No. 9333 of 1998, in 19 ASA Bulletin 757 (2001) and in more detail Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at 101.



ments are often corrupt contracts in reality<sup>1</sup>. According to this view, the best course of action for international tribunals would be to refuse to enforce intermediary agreements on the basis that they are against transnational public policy. The problem with this view is that, given the lack of international instruments and the diverging approaches of national laws on intermediary and lobbying agreements, it is rather questionable whether a transnational public policy rule prohibiting such agreements exists.

It might be, indeed, possible that some arbitral awards, giving effect to intermediary contracts, have perhaps naively condoned activities which may have led to bribery<sup>2</sup>, albeit evidence for bribery in intermediary agreements is typically circumstantial or lacking<sup>3</sup>. However, if the broader question is whether arbitration tribunals can or ought to disregard the clear position of the governing law, which does not include a policy prohibiting intermediary contracts, and render these contracts void on the basis of a *desirable* transnational public policy, the answer must be in the negative.

As demonstrated above, the approach of arbitrators to transnational public policy can only be doctrinal, not normative. Arbitrators cannot substitute positive state law with their views on what *ought* to be against public policy. A transnational rule on public policy can emerge only if a clear policy is enshrined in a wide number of international legal instruments, including international conventions and national laws. If no such international legal instrument exists and the position of national laws on the legality of intermediary contracts varies, transnational public policy will not engage, and the question of whether an intermediate contract is void will depend on the governing municipal law.

Substituting normative views for transnational public policy is not only unjustified as a matter of methodology; it can also be counterproductive, not least because an award based on what public policy ought to be rather than on what it actually is may eventually be annulled. For example, in the ICC case 5622 of 1988<sup>4</sup>, the parties entered into a brokerage agreement governed by Swiss law whereby the claimant would provide advisory services for the respondent to secure a public contract with Algerian public authorities.

<sup>1</sup> Richard Kreindler, *Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements*, (Hague Academy of International Law 2013), at 102.

<sup>2</sup> *Ibid.*, at 101.

<sup>3</sup> See Matthias Scherer, 'Circumstantial Evidence in Corruption Before International Arbitral Tribunals', 5(2) *International Arbitration Law Review* 29 (2002).

<sup>4</sup> See ICC Case No. 5622 of 1988, in Albert Jan van den Berg (ed), *XIX Yearbook Commercial Arbitration* 105, (1994), pp. 105–123.

The respondent eventually obtained the contract, but it refused to pay the full amount of the agreed commission to the claimant. When the claimant initiated arbitration proceedings, the respondent alleged that the claimant had violated Algerian mandatory law prohibiting the use of intermediaries, and possibly paid bribes to secure the contract for the respondent. The tribunal found no sufficient evidence of bribery and held that, while trading in influence is prohibited under Algerian mandatory law, such activities are not expressly prohibited under Swiss law. Notwithstanding its finding that trading in influence is legal under Swiss law, the tribunal held that such activity is contrary to transnational conceptions of *bonos mores*, and on that basis it rendered the brokerage agreement null and void. Intriguingly, the tribunal's reasoning that trading in influence under brokerage agreements is contrary to *bonos mores* drew almost exclusively on a number of selective US decisions which had held that trading in influence agreements were void, concluding that rendering the brokerage agreement null and void in this case "is in keeping with the wish expressed by the US courts to stop activities which are contrary to public policy"<sup>1</sup>. Noting that there is a "real political will to moralize commercial transactions and to ban traffic in influence from commercial life", the Tribunal found that "[t]he Law of Algeria does not have the sole aim of serving the interest of Algeria... but it aims at guaranteeing healthy and fair commercial practices and at fighting against corruption in general. In fact, the Law of Algeria lays down a general principle which must be respected by all legal systems wishing to fight corruption"<sup>2</sup>.

Unsurprisingly, the award was annulled by the Swiss Federal Tribunal which held that under Swiss law, trading in influence is neither prohibited in law nor against public policy<sup>3</sup>. The Swiss court stated that the Algerian prohibition of intermediaries, even in the absence of bribes is "too broad and protectionist, aimed at guaranteeing a State monopoly on foreign trade". Pointing out to the different hierarchy of policies under Algerian

---

<sup>1</sup> The tribunal relied, for example, on the US decisions of *Northrop Corporation v. Triad International Marketing SA*, 595 F. Supp. 928 (1984); *Mohamed Habib and Middle East Services v. Raytheon Company and Raytheon Services Company*, 616 F.2d 1204 (1980); *Lockheed Aircraft Corporation v. Ora E. Gaines*, 645 F.2d 761 (1981). There was no mention or justification by the tribunal of the relevance of US jurisprudence in an arbitration taking place in Switzerland under Swiss law.

<sup>2</sup> See ICC Case No. 5622 of 1988, in Albert Jan van den Berg (ed), XIX Yearbook Commercial Arbitration 105, (1994), para. 35 and para. 45.

<sup>3</sup> See *Omnium de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton*, Swiss Federal Tribunal, 17 April 1990, in XIX Yearbook Commercial Arbitration 214, 222 (1994).

and Swiss law, the Court noted that such a provision is a “serious attack on the parties’ contractual freedom and cannot prevail, on the ethical level, over the general and fundamental principles of contractual freedom, in the absence of activities which would also be considered as doubtful under Swiss law”<sup>1</sup>.

It follows that while some commentators and indeed some national laws may condemn intermediary agreements, not all national legal systems do. Crucially, there is no international policy enshrined in international convention or soft law against intermediary agreements and lobbying. Arbitrators thus, cannot artificially ascertain policy consensus or ethical common ground in the name of transnational public policy, where such consensus is lacking or where a rule of public policy is enshrined in only some national laws and court decisions<sup>2</sup>.

#### **4.2. Abuse of Rights or Principle of Good Faith**

Good faith is generally considered by a number of international arbitration tribunals<sup>3</sup> and commentators<sup>4</sup>, including the Reports of the International Law Association<sup>5</sup>, as a public policy principle of transnational nature.

While it is not part of certain common law legal systems, notably English law, the principle of good faith is a manifestation of the broader legal principle of abuse of rights<sup>6</sup>, recognised in both common and civil law

---

<sup>1</sup> See *Omniun de Traitement et de Valorisation – OTV v. Hilmarton*, Swiss Federal Tribunal, 17 April 1990, in XIX Yearbook Commercial Arbitration 214 (1994), para. 25.

<sup>2</sup> Other tribunals have taken a different approach holding that the use of intermediaries is not forbidden under Swiss law, notwithstanding the fact that it is prohibited by mandatory laws of the place of performance of the contract, e.g. CCIG award of 23 February 1988; and the same in Ad Hoc award of 1989, in 9 ASA Bulletin 239 (1991), discussed in Matthias Scherer, ‘Circumstantial Evidence in Corruption Before International Arbitral Tribunals’, 5(2) International Arbitration Law Review 29 (2002).

<sup>3</sup> For example, see ICC Case No. 10947 of 2002, 22 ASA Bulletin 308 (2004), pp. 308–332; ICC Case No. 6474 of 1992, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, in Albert Jan van den Berg (ed), XXV Yearbook Commercial Arbitration 279 (2000), pp. 279–311.

<sup>4</sup> For example, see Robert Kolb, ‘Principles as Sources of International Law: With Special Reference to Good Faith’, 53 Netherlands International Law Review 1, 13–14 (2006); Robert S. Summers, ‘Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code’, 54 Virginia Law Review 195 (1968).

<sup>5</sup> See International Law Association, ‘Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards’, (2002), Recommendation 1(e).

<sup>6</sup> See Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, (Cambridge University Press 2006), at 121; Ahmed M. El Far, *Abuse of Rights in*

jurisdictions<sup>1</sup>, under different terms and legal constructs, such as *abus de droit*, estoppel, reliance and *non venire contra factum proprium*<sup>2</sup>.

The public policy justification of the principle of good faith reflects the fundamental equitable proposition that a party in a commercial transaction cannot contradict its previous conduct, especially when its counterparty has justifiably relied on it. Its equitable nature allows the principle of good faith to apply in a variety of factual circumstances in international commercial and trade law. A growing body of arbitration awards, however, suggests that the principle of good faith has acquired a more specific meaning, arguably in the form of an emerging rule of transnational public policy, to deny spurious objections to the jurisdiction of international tribunals. This emerging rule, akin to the doctrines of competence-competence and separability, has been relied upon by international arbitration tribunals in different circumstances.

For a start, a number of commercial<sup>3</sup> and investment<sup>4</sup> tribunals as well as national courts<sup>5</sup> have prevented a party, who has signed an arbitration agree-

---

*International Arbitration* (Doctoral Thesis), (Queen Mary University of London, forthcoming); Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, (Second Edition), (Kluwer Law International 2014), at pp. 1425-1426: "This doctrine rests in part on principles of contract law and good faith, aimed at objectively identifying the parties to a contract, but also on notions akin to estoppel and abuse of right, which operate independently from principles of consent".

<sup>1</sup> In England see Roderick Munday, *Agency: Law and Principles*, (Oxford University Press, 2010) chapter 4; in France the rule has been established since the 19th century in the case of the Cour de Cassation, 16 January 1861, *Lizardi v. Chaize*, Sirey, Pt I, at 305 (1861); in the US see Restatement (Third) Agency Section 2.03 (2006). See also Art. 2.2.5(2) of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2004) which provides that "where the principal causes the third party reasonably to believe that the agent has authority to act on behalf of the principal and that the agent is acting within the scope of that authority, the principal may not invoke against the third party the lack of authority of the agent".

<sup>2</sup> See the decision of the Swiss Federal Tribunal, BGE 129 III 727 (2003) and 22 ASA Bulletin 364 (2004).

<sup>3</sup> See for example, ICC Case No. 1939 [1973] Rev. Arb. 145; and *Himpurna California Energy Ltd v. PT. PLN (Persero)*, ad hoc arbitration under UNCITRAL rules, Final award of 4 May 1999, XXV Yearbook Commercial Arbitration (2000), pp. 13-108.

<sup>4</sup> See for example *Millicom and Sentel v Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB-08-20, which states (in para. 103(b)): "The principle today is firmly established in international arbitration that a State is prohibited from invoking its own domestic law in order to avoid arbitration and its capacity to enter into arbitration clauses. Such an attitude would violate the principles of good faith and of 'international public policy'".

<sup>5</sup> For example, *Cour d'Appel de Paris, 1ère chambre*, 17 December 1991; *Cour d'Appel de Paris, 1ère chambre*, 24 February 1994, *Ministère tunisien de l'Équipement v. société Bec Frères* [1995] Rev. Arb. 275.

ment, to subsequently rely on *its own municipal law* to avoid arbitration<sup>1</sup>. For example, in ICC Case No. 10947 of 2002<sup>2</sup> a state relied on its own national law (Ecuador), prohibiting public entities to enter into an arbitration agreement, to argue that an ICC arbitral tribunal sitting in Switzerland had no jurisdiction to determine a dispute between the public entity and a contractor. The tribunal reviewed a number of scholarly writings, decisions of arbitral tribunals and the law of the seat of arbitration and found that the arbitration agreement signed by the public entity was valid and binding upon this public entity. It stated that the rule whereby a State is bound by an arbitration agreement it has signed notwithstanding any contrary provision of its national law, is a “material rule of international private law” or even a “new component of international or transnational public policy” or part of the general principle “*venire contra factum proprium*”<sup>3</sup>.

In other cases, tribunals have prevented a party, who has signed an arbitration agreement, to subsequently rely on *public international law* to avoid arbitration. For example, in the ICC Case No. 6474 of 1992<sup>4</sup>, a supplier entered into a number of contracts, governed by Swiss law, with the Republic of X. When the supplier initiated ICC arbitration in Zurich, the Republic X alleged that the tribunal was lacking jurisdiction because Republic X was not recognised as a state by the international community and therefore the arbitration agreement which it had originally signed was invalid. The tribunal rejected the Respondent’s jurisdictional objection stating that the general principle of good faith or the concept of ‘estoppel’ would prohibit a party from relying on its own non-recognition by the international community in order to avoid or annul its previous undertaking to arbitrate under the contracts<sup>5</sup>. Such a denial

<sup>1</sup> See also Andreas Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, (Helbing & Lichtenhahn 1988), pp. 105-107, who points out that the rule of good faith preventing a state entity from raising a defence based on the impossibility to submit to arbitration under its own national law has been upheld consistently enough to have become a principle of transnational public policy; and see Jan Paulsson, ‘May a State Invoke its Internal Law to Repudiate Consent to International Commercial Arbitration? Reflections on the Benteler v. Belgium Preliminary Award’, 2 *Arbitration International* 90 (1986).

<sup>2</sup> See ICC Case No. 10947 of 2002, 22 *ASA Bulletin* 308 (2004), pp. 308–332.

<sup>3</sup> ICC Case No. 10947 of 2002, 22 *ASA Bulletin* 308 (2004), at para. 30.

<sup>4</sup> See ICC Case No. 6474 of 1992, *Supplier v. Republic of X, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility*, in Albert Jan van den Berg (ed), *XXV Yearbook Commercial Arbitration* 279 (2000).

<sup>5</sup> ICC Case No. 6474 of 1992, *Supplier v. Republic of X, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility*, in Albert Jan van den Berg (ed), *XXV Yearbook Commercial Arbitration* 279 (2000), para. 12.

of jurisdiction, the tribunal held, “would be contrary to the clear principle of transnational public policy which is the principle of good faith”<sup>1</sup>.

The underpinning justification for the public policy rule of good faith protecting the jurisdiction of international arbitration tribunals from spurious challenges is two-fold: first, the fundamental policy of commercial law that “protects reasonable expectations”<sup>2</sup>. It is unfair for a party to rely on a contract including an arbitration agreement when it works to its advantage, and try to repudiate it when it works to its disadvantage<sup>3</sup>. Second, the policy favouring international arbitration, as a neutral means of settling disputes arising out of international transactions. The policy favouring international arbitration is enshrined in the 1958 New York Convention for the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, signed by 156 states worldwide, as well as in the national laws of a wide number of states<sup>4</sup>. Overall, it is generally accepted that promoting international arbitration and protecting reasonable expectations are fundamental policies for the proper functioning of international trade<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> ICC Case No. 6474 of 1992, *Supplier v. Republic of X*, Partial Award on Jurisdiction and Admissibility, in Albert Jan van den Berg (ed), *XXV Yearbook Commercial Arbitration* 279 (2000), para. 36.

<sup>2</sup> See Ahmed M. El Far, *Abuse of Rights in International Arbitration*, (Doctoral Thesis), (Queen Mary University of London, forthcoming); Bernardo M. Cremades, ‘Good Faith in International Arbitration’, 27 *Am. U. Int’l L. Rev.* 761, 767–768 (2012); Lord Steyn, ‘Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men’, 113 *Law Quarterly Review* 433, 439 (1997).

<sup>3</sup> See *American Bankers Insurance Group v. Richard Long, Lillie Long*, 453 F.3d 623, at 627 (2006).

<sup>4</sup> Notably in English law, French law, Swiss, law and US law. That effect, see Stephen Jagusch and Epaminontas Triantafyllou, ‘London’, in Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman, *Choice of Venue in International Arbitration*, (Oxford University Press 2014), pp. 242–243; Carole Malinvaud and Christian Camboulive, ‘Paris’, in Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman, *Choice of Venue in International Arbitration*, (Oxford University Press 2014), pp. 322–324; Dominique Brown-Berset and Diane Grisel, ‘Switzerland’, in Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman, *Choice of Venue in International Arbitration*, (Oxford University Press 2014), pp. 418–420; and John Fellas and Hagit Elul, ‘United States (New York, Miami, Houston)’, in Michael Ostrove, Claudia T. Salomon and Bette Shifman, *Choice of Venue in International Arbitration*, (Oxford University Press 2014), pp. 470–477.

<sup>5</sup> See Pierre Lalive, ‘Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration’ in Pieter Sanders (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA Congress Series No. 3 (1987), pp. 305–306.

### 4.3. Public Policy and Jurisdiction of Investment Treaty Tribunals

In the context of jurisdiction of international arbitration tribunals, a further wrinkle is the use of international public policy by investment treaty tribunals to both accept and decline jurisdiction.

In some cases, investment treaty tribunals have declined jurisdiction relying on “considerations of international public policy” in circumstances where the investment was not made in accordance with the host State law<sup>1</sup>, or where the claimant has attempted to circumvent the requirement of nationality under Article 25 of the ICSID Convention. The underlying public policy here is to prevent parties from abusing the system of investment arbitration.

For example, in *Banko American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema SARL v Democratic Republic of Congo*<sup>2</sup>, the tribunal declined jurisdiction on the basis that the original Canadian investor transferred a claim to its US subsidiary for it to bring an ICSID claim against the Democratic Republic of Congo. Unlike the US, Canada was not at the time a signatory to the ICSID Convention. The tribunal stated that international public policy considerations prohibited an investor to abuse the system of investor-state dispute settlement, by seeking to benefit from the “diplomatic protection by its home State, while another subsidiary of the group possesses the nationality of a Contracting State to the Convention and therefore has standing before an ICSID tribunal”<sup>3</sup>.

In other cases, investment treaty tribunals have employed international public policy to give effect to *most favoured nation* clauses, which are included in a wide number of bilateral investment treaties (BITs). In *Maffezini v King-*

---

<sup>1</sup> See for example, the *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, para. 248, where the Tribunal found that the claimant had obtained the concession by defrauding the state at the public procurement process by misrepresenting its qualifications and submitting false financial statements. The Tribunal stated that had it assumed jurisdiction over this dispute, it would have violated international public policy because “respect for the law is a matter of public policy not only in El Salvador, but in any civilized country”. According to the Tribunal, international public policy is a “meta-positive provision that prohibits attributing effects to an act done illegally” citing the public policy maxim *ex dolo malo non oritur actio*. See also *Phoenix Action v Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, para. 111, citing *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 2 August 2006, para. 230, and *Plama Consortium Limited v. Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award of 27 August 2008, paras. 143–144.

<sup>2</sup> See *Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/98/7, Award of 1 September 2000.

<sup>3</sup> See *ibid.*, para. 24.



*dom of Spain*<sup>1</sup>, the tribunal had to decide whether the most favoured nation clause under the Argentine-Spain BIT extended to the dispute resolution arrangements under the Chile-Spain BIT. The tribunal observed that there are circumstances where “public policy considerations” would limit the operation of the most favoured nation clause. According to the tribunal, one such consideration is the policy to avoid “disruptive treaty-shopping that would play havoc with the policy objectives of underlying specific treaty provisions”<sup>2</sup>. On that basis, the tribunal distinguished between dispute resolution provisions in BITs whose underlying purpose is to exclude treaty shopping, such as “fork in the road” provisions, and those which do not have such purpose. In the former provisions, the tribunal observed, international public policy does not allow the extension of a most favoured nation provision to dispute resolution arrangements in other BITs. By contrast, the tribunal found that the Argentine-Spain BIT did not exclude treaty shopping and therefore no public policy considerations existed that precluded the extension of the most favoured nation clause in the dispute resolution arrangements under the Chile-Spain BIT to the Argentine-Spain BIT.

While the ruling in *Maffezini* has been followed by other investment treaty tribunals, including for example in *Siemens AG v Argentine Republic*<sup>3</sup>, the use of public policy as a principle of treaty interpretation is not without problems<sup>4</sup>. For a start, as the tribunal in *Plama Consortium* noted it is unclear what is the origin of these “public policy considerations” which, according to the *Maffezini* ruling purport to limit the operation of most favoured nation clauses<sup>5</sup>. The tribunal in *Maffezini* did not explain how it ascertained the

---

<sup>1</sup> See *Emilio Augustin Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7.

<sup>2</sup> See *ibid.*, para. 63.

<sup>3</sup> See *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction dated 3 August 2004, para. 120: “there may be public policy considerations that limit the benefits that may be claimed by the operation of an MFN clause, but those pleaded by the Respondent have not been considered by the Tribunal to be applicable in this case”.

<sup>4</sup> See e.g. *Wintershall Aktiengesellschaft v Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award dated 8 December 2008, para. 182, noting that “the precautions mentioned by the authors of the decision in *Maffezini* have proved difficult of application, resulting in much uncertainty, as to how to distinguish in a given case between ‘the legitimate extension of rights and benefits by means of the operation of the MFN clause’ on the one hand and how to avoid the use of the MFN clause for purposes plainly of ‘disruptive treaty shopping’ on the other hand”.

<sup>5</sup> See *Plama Consortium Lt v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, dated 8 February 2005, para. 221, referring to *Maffezini*: “The present Tribunal was puzzled as to what the origin of these “public policy considerations” is. <...>



policy for avoiding treaty shopping, and which specific BIT policy objectives are undermined by treaty shopping. It is further questionable whether public policy allows a tribunal to read important qualifications and implicit policy objectives in international treaties<sup>1</sup>. Neither Article 31 nor Article 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (the “Vienna Convention”) includes public policy as a primary or supplementary means for interpreting treaties. Was public policy used as the equivalent of the principle of good faith, referred to in Article 31 of the Vienna Convention to assist the interpretation of a term in accordance with its ordinary meaning? If yes, the award in *Maffezini* failed to explain this.

Public policy is not a mode of legal reasoning that allows tribunals to take a purposive interpretation to international or national law rules. As was discussed above, public policy functions either as a legal principle or a legal rule which itself is subject to interpretation and application. Using public policy as a principle of interpretation, rather than as a legal principle or a legal rule, the *Maffezini* ruling has resulted in much uncertainty as regards the function of public policy in assisting investment treaty tribunals to address jurisdictional challenges under most favoured nation clauses<sup>2</sup>.

#### **4.4. Public Policy as a Principle Permeating International Law?**

Transnational public policy is often conceived not only as a moral framework of international law and arbitration; but also as a general principle that *permeates* international law and gives rise to rights and duties in every field of international commercial, trade and economic law.

Under this normative approach, transnational public policy is often employed by parties to argue that they are entitled to a wide range of rights and remedies that go beyond positive law. For example, in an ICC arbitration seated in Switzerland between two Turkish parties<sup>3</sup>, the arbitrators had to decide a number of procedural issues including the language of the arbitration. Since the contract was silent on this matter, the respondent felt empowered to argue that international public policy can fill in this gap. Specifically, it

---

It seems that the effect of the “public policy considerations” is that they take away much of the breadth of the preceding observations made by the tribunal in *Maffezini*”.

<sup>1</sup> See *Telenor Mobile Communications v. Republic of Hungary*, ICSID Case ARB/04/15, Award dated 13 September 2006, para. 87, where the award notes *Maffezini* but questions whether public policy can be the source of such qualifications.

<sup>2</sup> E.g. *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentina*, ICSID Case No. ARB/04/14, Award dated 8 December 2008, para. 182.

<sup>3</sup> ICC Case No. 12575 of 2004, in ICC Dispute Resolution Bulletin (First Issue), (2016), p. 76.

argued that the language of the arbitration should be Turkish, as a matter of international public policy which, according to the respondent, mandates that a dispute which arises out of a contract between two Turkish corporations concluded in Turkey, should be decided in Turkish even if the seat of the arbitration is outside Turkey.

Similarly, tribunals have felt empowered to apply “public policy” rules to address diverse legal questions in different fields of law. In ICC case no 10947 of 2002<sup>1</sup>, the tribunal relied on international public policy to reject the respondent’s request to stay its proceedings until a related matter was first decided by Ecuadorian courts. The tribunal stated that staying its proceedings would entail international arbitration being of a “second rank status”, which would be against international public policy<sup>2</sup>. Similarly, in ICC case no 14053 of 2009<sup>3</sup>, the tribunal decided that, under international public policy, it had the power to unilaterally extend the duration of the arbitration proceedings, notwithstanding an express provision in the parties’ contract providing that an arbitral award shall be issued within three months from the constitution of the tribunal. Other tribunals and national courts have arrived at the opposite conclusion, ironically on grounds of international public policy too. For example, the French Cour de Cassation held that in unilaterally extending the time limits of the arbitration beyond the six-month timeframe agreed upon by the parties, an *ad hoc* tribunal did violate a core principle of international public policy, namely party autonomy<sup>4</sup>.

Under the view that transnational public policy is a principle permeating international commercial and trade law, some commentators claim that transnational public policy covers and regulates as diverse fields of law, and indeed human life, as that of social corporate responsibility, tax evasion, the protection of environment, health, protection of cultural heritage, human dignity and social justice<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> See ICC Case No. 10947 of 2002, 22 ASA Bulletin 308, (2004), pp. 308–332.

<sup>2</sup> ICC Case No. 10947 of 2002, 22 ASA Bulletin 308, (2004), para. 50.

<sup>3</sup> See ICC Case No. 14053 of 2009, ICC Dispute Resolution Bulletin (First Issue), (2016), p. 78.

<sup>4</sup> Cour de Cassation Civ. Ire, 15 June 1994, *Communauté urbaine de Casablanca v. Société Degrémont*, (1995) Rev. Arb. 88, Note Gaillard; see also decision of Cour d’Appel de Paris, 22 September 1995, *Société Dubois et Vanderwalle v. Boots Frites BV*, with comment by Emmanuel Gaillard, and published in XXIV Yearbook Commercial Arbitration 640 (1999), pp. 640–642.

<sup>5</sup> See Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’ in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007), at 869; Frank Hoffmeister & Thomas Kleinlein, ‘International Public

However, there is a fundamental problem with the account of transnational public policy as a ubiquitous principle of law. As explained above, public policy can assist national courts and tribunals in addressing either existing and well-known legal issues, such as bribery and corruption, or novel legal issues. In both cases, public policy will assist under two conditions. First, if a judge or an arbitrator is unable to identify a rule of positive or customary law to address the legal question before her. Where there is law, policy (even a fundamental one) will not come into play<sup>1</sup>. Second, and more important, if there is a certain degree of policy consensus as to how a legal issue must be addressed. The requirement for policy consensus gives rise to difficult issues. For a start, the required degree of policy consensus is contested. Some authorities have held that for a transnational public policy rule universal consensus is required<sup>2</sup>, while others have taken a majoritarian approach suggesting that consensus must be found in the “majority of the states composing the international community”<sup>3</sup> or an elitist, if exclusive, approach suggesting that consensus should be located in the community of “civilized nations”<sup>4</sup>, or “in the part of the world where the country [which is closely connected with the dispute in hand] is located”<sup>5</sup>. More fundamentally though, policy consensus tends to exist only in very limited areas of law and in relation to very limited questions of law, bribery and corruption being one rare example.

---

Order’, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, paras. 13–20, observing that transnational public policy includes peace and security; freedom and equality; economic, social, and cultural development; and respect for nature and shared responsibility.

<sup>1</sup> Unless the public policy reflects peremptory norms of *jus cogens*, a circumstance which raises issues that go beyond the scope of this article. See more details in Nartnirun Junngam, ‘Public Policy in International Investment Law: The Confluence of the Three Unruly Horses’, 51 *Tex. Int’l L. J.* 45 (2016).

<sup>2</sup> Swiss Federal Supreme Court, 19 April 1994, *Westland Helicopter Ltd ATF 120 II 155*.

<sup>3</sup> Paris court of appeal, 30 September 1993, *European Gas Turbines SA v. Westman International Ltd*, (1994) *Rev. Arb.* 359, note by D. Bureau.

<sup>4</sup> See ICC Case No. 1110 of 1963, Award partially published in Julian Lew, “*Applicable Law in International Commercial Arbitration*” (New York 1978), at 553 et seq, and in in Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains and Dominique Hascher, “*Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000*”, (Kluwer Law International 2003), at 2.

<sup>5</sup> See The Swiss Federal Tribunal, 4P.278/2005, 8 March 2006, para. 2.2.2. cf Emmanuel Gaillard, *Legal Theory of International Arbitration* (Martinus Nijhoff Publishers 2010), who notes that the content of truly international public policy is to be determined on the basis of a “comparative law approach and on the existence of international instruments adopted with respect to specific matters and which reflect a broad consensus among the community of states”.

Policy consensus should be understood not in the form of commonplace statements to the effect that public health or the environment ought to be protected or that “transnational public policy is about human dignity and fundamental principles without which our society would be tantamount to a nightmare”<sup>1</sup>. Such statements are too broad to provide evidence of a concrete cause of policy action, and by extension of the existence of a transnational public policy norm. As explained above, the ascertainment of policy consensus requires the review of a wide number of international legal documents, including arbitral awards and court decisions, as well as international conventions and legal instruments promulgated by international or intergovernmental organisations.

Even if some form of broad consensus as to which values are worth protecting in law were possible, such as social justice for example, it would still be difficult to identify transnational consensus as to what exactly social justice entails (does it demand equal distribution of social goods or does it involve matching resources with basic needs or merits), how the demands of social justice should translate in legal rights or whether it should prevail over other equally worthwhile values such as liberty and party autonomy<sup>2</sup>. Similar difficulties arise if we are looking for evidence of transnational policy consensus that could form the basis of a legal rule with regard to tax evasion, health, the protection of cultural heritage and the environment.

Even with regard to legal fields, such as competition, where one might expect that policy consensus would be easier to identify nowadays, contestations persist. A number of seminal court decisions, including the decision of the Court of Justice of the European Union<sup>3</sup>, have held that competition law is of mandatory nature<sup>4</sup>. Further, some commentators have remarked that “a market economy without competition is an oxymoron”, and there-

---

<sup>1</sup> See Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’ in Albert Jan van den Berg (ed), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007), at 868.

<sup>2</sup> See for example, John Gray, *Gray’s Anatomy: Selected Writings* (Penguin, 2010), p. 34.

<sup>3</sup> See the decision of the Court of Justice of the European Union, 1 June 1999, in the case of *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, Case C-126/97; Paris Court of Appeal decision in *SA Thales Air Defence v. GIE Euromissile and SA EADS France* (1er Ch., sect. C, 18 November 2004) and French *Cour de cassation* in *Sté SNF v. Sté Cytec Industries BV* (1er Ch. civ., 4 June 2008).

<sup>4</sup> See Decision of the Court of Justice of the European Union in *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*, Case C-126/97; *SA Thales Air Defence v. GIE Euromissile and SA EADS France*, (1er Ch., sect. C, 18 November 2004).

fore competition law must be considered as part of a universal concept of public policy<sup>1</sup>.

However, while the policy prohibiting agreements or practices that restrict competition between companies is enshrined in the law of a wide number of States<sup>2</sup>, whose economies are organised around principles of free market, whether the same conceptions of free market and fair competition are shared in large parts of the world, including China, Russia, the Middle East, Africa and South America, is open to question. Even if one was ready to accept that the general policy to promote market competition was a universal one<sup>3</sup>, it is not clear what rules might exactly ensue from this policy. National and regional competition laws and jurisprudence tend to be detailed, if often complex, to ensure that the law corresponds to sophisticated modern commercial practices purporting to restrict competition. As the Swiss Federal Tribunal stated, in a decision rendered in 2006<sup>4</sup>, “the differences between the various laws on competition are too acute – especially between Switzerland and the European Union – to allow a finding that a transnational or international rule of public policy would have to be found there”<sup>5</sup>.

Overall, contrary to what transnationalist lawyers seem to believe, transnational public policy is not the cure for all malaises and inefficiencies of international law. For better or worse, it is not a tool of global governance, which can regulate international business law towards a liberal end. Transnational public policy can only be understood as a legal concept that is confined to a few only legal questions, where concrete evidence of policy consensus exists. Normative accounts of transnational public policy where arbitrators can project their moral values onto law confuse decision making with legislative function and lack basic democratic legitimacy.

---

<sup>1</sup> See Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’ in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007), at 863.

<sup>2</sup> Also see European law, e.g. Art. 101(1) of the Treaty of Lisbon which prohibits anti-competitive agreements, including price-fixing, which pursuant to Art. 101(2) are void. Art. 102 prohibits the abuse of dominant position.

<sup>3</sup> See Catherine Kessedjian, ‘Transnational Public Policy’ in Albert Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ICCA Congress Series No. 13 (Kluwer Law International 2007), at 868.

<sup>4</sup> See Swiss Supreme Court, 4P.278/2005, 8 March 2006, 24 ASA Bulletin 550 (2006).

<sup>5</sup> See *ibid.*, at 557 (2006).

## 5. Conclusion

In the current political environment, where liberal values and traditions are challenged, transnational public policy has been seen (possibly understandably) by transnationalist lawyers as the legal construct to foster liberal causes, including social corporate responsibility, the protection of environment and social justice, through international law and international arbitration. Appealing as this normative account of transnational public policy may be, it must be resisted because it dangerously conflated judicial function and legislative function, and substitutes legal reasoning with political expediency. As this article suggests, transnational public policy is a legal doctrine which includes legal norms, in the form of either legal rules or legal principles. Non-legal standards such as morals and values may underpin some of the rules and principles of transnational public policy but they are not distinct public policy grounds. The article further suggests that a transnational rule on public policy can emerge only if a clear policy is evidenced in a wide number of international legal documents, including arbitral awards and court decisions, as well as international conventions and legal instruments promulgated by international or intergovernmental organisations. From this standpoint, transnational public policy does not permeate international law. Rather, a limited only number of rules and principles of transnational public policy can be identified in relation to only some aspects of international commercial and trade law, notably the transnational policy prohibiting contracts of, and arising out of, bribery and the principle of good faith in the form of specific rules to deny spurious objections to the jurisdiction of international tribunals.

## НОВЫЙ ДОГОВОР МЕЖДУ АРБИТРАМИ И СТОРОНАМИ\*

Дэвид У. Ривкин,  
партнер, сопредседатель группы по  
разрешению международных споров  
юридической фирмы “Debevoise & Plimpton LLP”<sup>1</sup>

*Для того чтобы сделать арбитражную процедуру более эффективной, способствовать применению техник, направленных на экономию времени и расходов, соответствовать разумным ожиданиям конечных пользователей, автор предлагает в каждом деле согласовывать и заключать письменный договор напрямую между арбитрами и сторонами. В статье описываются наиболее важные обязанности арбитров, которые следует включать в такой договор. Этот новый договор между арбитрами и сторонами будет способствовать практическому решению большинства серьезных проблем, с которыми сталкивается современная арбитражная система.*

*Ключевые слова: обязанности арбитра; полномочия арбитра; эффективная процедура, направленная на снижение расходов; контроль над временем и расходами в арбитраже.*



\* Предыдущая редакция настоящей статьи была опубликована на английском языке в журнале “Asian Dispute Review” (см.: *Rivkin D.W. A New Contract between Arbitrators and Parties // Asian Dispute Review. 2016. Vol. 18. Issue 1. P. 4–15*). С любезного разрешения указанного издания в настоящем сборнике публикуется перевод ее переработанной редакции на русский язык.

<sup>1</sup> Автор выражает благодарность Саманте Сингх (Samantha Singh), юристу фирмы “Debevoise & Plimpton LLP”, за помощь в подготовке настоящей публикации.

## **A NEW CONTRACT BETWEEN ARBITRATORS AND PARTIES**

**DAVID W. RIVKIN,**

Partner and Co-Chair of International Dispute Resolution Group,  
*Debevoise & Plimpton LLP*

*In order to make the arbitration procedure more efficient, to promote the techniques that help to save time and costs, to meet the reasonable expectations of the end-users, the author proposes a written contract to be agreed and entered into directly between arbitrators and parties in each case. The article describes the most important commitments by arbitrators that should be included in such contract. This new contract between arbitrators and parties would foster the practical resolution of most of the serious problems the current arbitration system is facing.*

*Keywords: arbitrator's obligations; arbitrator's powers; efficient and cost-effective procedure; controlling time and costs in arbitration.*



### **1. Введение**

Всем известно, с каким проблемами сталкивается арбитраж сегодня: стороны жалуются на сроки и расходы. Высказывается обеспокоенность в отношении раскрытия арбитрами сведений и конфликта интересов, а также поведения сторон, злоупотребляющих своими правами. До настоящего времени обсуждение проблем и критика по большей части не выходили за пределы арбитражного сообщества. Мы провели множество конференций, где обсуждались эти проблемы и предлагались пути их решения. Некоторые из них помогают, другие – нет. Некоторыми решениями пользуются многие, другие остаются без внимания.



Однако в последнее время критика все чаще высказывалась публично и обострялась, а также приобрела явно выраженный политический характер. Как мы знаем, громкие заявления с критикой процедуры международного арбитража прозвучали в ходе переговоров по различным инвестиционным соглашениям<sup>1</sup>. В то время как Международная ассоциация юристов (International Bar Association (далее – МАЮ)) и другие ведут работу по опровержению многих не соответствующих действительности замечаний оппонентов инвестиционного арбитража, дискуссия относительно международного арбитража в целом теперь стала гораздо более публичной. Вместе с тем стороны, имевшие опыт участия в международном арбитраже, продолжают высказывать свою озабоченность, как показало недавнее исследование юридической фирмы “White & Case” и Школы международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета<sup>2</sup>.

В прошлом я предлагал различные пути устранения данных опасений; многие из них опираются на мое убеждение в том, что проблемы, с которыми мы сталкиваемся, лучше всего решать с помощью возврата к основам. В своей модели «городского старейшины» (Town Elder Model)<sup>3</sup> я призываю арбитров и стороны начинать каждое дело с чистого листа и, исходя из своего прошлого опыта проведения международного арбитража, применять только такую процедуру, которая является необходимой и подходящей для данного дела. В своей лекции в Сеуле по вопросам этики в арбитраже<sup>4</sup> я отметил,

<sup>1</sup> См., например: *Ikenson D.* Eight Reasons to Purge Investor-State Dispute Settlement from Trade Agreements (4 March 2014) (<https://www.forbes.com/sites/danikenson/2014/03/04/eight-reasons-to-purge-investor-state-dispute-settlement-from-trade-agreements/#50eb092d1899>); *Hill J.* TPP’s Clauses That Let Australia Be Sued Are Weapons of Legal Destruction, Says Lawyer (9 November 2015) (<https://www.theguardian.com/business/2015/nov/10/tpps-clauses-that-let-australia-be-sued-are-weapons-of-legal-destruction-says-lawyer>); *Warren E.* The Trans-Pacific Partnership Clause Everyone Should Oppose (25 February 2015) ([https://www.washingtonpost.com/opinions/kill-the-dispute-settlement-language-in-the-trans-pacific-partnership/2015/02/25/ec7705a2-bd1e-11e4-b274-e5209a3bc9a9\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/opinions/kill-the-dispute-settlement-language-in-the-trans-pacific-partnership/2015/02/25/ec7705a2-bd1e-11e4-b274-e5209a3bc9a9_story.html)).

<sup>2</sup> 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration / Queen Mary University of London; White & Case (<https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>).

<sup>3</sup> *Rivkin D.W.* Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited // Arbitration International. 2008. Vol. 24. Issue 3. P. 378. <https://doi.org/10.1093/arbitration/24.3.375>

<sup>4</sup> Debevoise Partner David W. Rivkin Gives 2nd Annual Seoul Arbitration Lecture (9 December 2014) (<https://www.debevoise.com/news/2014/12/david-rivkin-seoul-arbitration-lecture>).

что стороны и их представители отличают хорошее от плохого и что базовые этические принципы разнообразных правовых систем очень сходны и не дают оснований, например, для представления ложных заявлений о фактических обстоятельствах дела, искажения смысла судебной практики или утаивания документов, указанных в запросе об их раскрытии, без сообщения об этом другой стороне или третейскому суду.

## 2. Договор между арбитрами и сторонами

В настоящей статье исповедуется и отстаивается та же самая философия, но в другом контексте. Я считаю, что многие вопросы, вызывающие озабоченность в сфере международного арбитража, можно разрешить, уделив большее внимание тому, что стороны и представители ожидают от третейского суда и что третейский суд ожидает от сторон и их представителей. Нужен новый договор между арбитрами и сторонами, изначально формулирующий данные ожидания. В нем должны быть установлены фундаментальные принципы, на основании которых могут быть предприняты более конкретные действия. Моя цель состоит в том, чтобы описать многие из принципов и условий, которые должны быть включены в подобный договор. Я надеюсь, что, основываясь на них, арбитражное сообщество — такие учреждения, как Российский арбитражный центр, такие ключевые игроки, как Арбитражный комитет МАЮ, сообщество корпоративных юристов и ведущие консультанты — смогут разработать данный договор, устанавливающий условия привлечения арбитров к разрешению спора, который может подписываться на практике в начале рассмотрения каждого дела. Он также может быть взаимным: в нем могут быть установлены обязанности не только арбитров, но и сторон. В настоящей статье я уделяю основное внимание части, относящейся к арбитрам, а в конце кратко останавливаюсь на тех обязанностях, которые они хотели бы установить в подобном договоре для сторон и их представителей. Очевидно, что для успешного проведения арбитража обе стороны договора должны действовать разумно и исполнять свои обязанности перед другой стороной.

Прежде всего я обращусь к доводу, который считаю по большей части теоретическим упражнением. Много было написано о том, привлекают ли арбитров стороны или арбитражное учреждение (за исключением, конечно же, арбитража *ad hoc*). Не может быть сомнений в том, что в конечном итоге арбитры имеют обязанности

перед сторонами, которые их привлекли, — как непосредственно, так и через арбитражное учреждение. Мое предложение отражает это обстоятельство и делает данный довод неактуальным в силу заключения договора напрямую между арбитрами и сторонами. Такой договор может существовать отдельно от условий назначения (*terms of appointment*), которые многие арбитражные учреждения предлагают подписать своим арбитрам, или он может включать эти условия, но также и содержать более конкретные обязанности арбитров перед самими сторонами.

Он может быть относительно простым и состоять из описания того, что стороны ожидают от арбитров. Они привлечены для эффективного разрешения спора между сторонами. Для достижения данной цели:

- арбитры должны быть, конечно же, независимыми и беспристрастными и полностью раскрыть все факты, которые могут иметь отношение к определению этого;
  - арбитры должны детально ознакомиться с фактическими обстоятельствами дела, применимыми правовыми нормами и судебной практикой;
  - они должны на основании своего опыта предложить и затем применить процедуры, подходящие для рассмотрения дела, позволяющие обеспечить его разрешение с минимальными расходами и как можно более эффективно;
  - они должны тщательно рассматривать процессуальные вопросы по мере их возникновения и оперативно реагировать на них исходя из своего знания обстоятельств дела;
  - они должны внимательно проводить слушания и удостовериться в том, что представленные доказательства и доводы будут способствовать как можно более эффективному принятию ими решения;
  - они должны своевременно вынести решение, отвечающее ожиданиям сторон и разрешающее вопросы, поставленные перед ними.
- В конце концов именно для этого они и были привлечены.

Я полагаю, не возникает сомнений, что именно в этом состоят базовые ожидания сторон. Я считаю, что подразумеваемый договор с такими условиями существует и сейчас, но оформление этих и прочих обязанностей в виде письменных условий привлечения (*terms of engagement*) позволит заострить на них внимание, необходимое для обеспечения их исполнения.

К сожалению, слишком часто опыт сторон не отвечает данным ожиданиям, и арбитры нарушают эти обязанности. Давайте более подробно рассмотрим ряд регулярно возникающих проблем.

### **3. Арбитры должны детально ознакомиться с фактическими обстоятельствами дела, применимыми правовыми нормами и судебной практикой**

Слишком часто у сторон складывается впечатление, что арбитры не демонстрируют достаточного знания дела, когда требуется принять решение по процессуальным вопросам, таким как представление документов, разделение процесса на несколько стадий или проведение слушания по предварительному вопросу. Возможно, арбитры откладывают ознакомление с письменными материалами до момента проведения слушаний, или, может быть, стороны еще не предоставили им достаточной информации. По похожим причинам арбитры часто не проявляют твердости при рассмотрении вопросов, связанных с нарушением графика, таких как слишком позднее обращение с запросом о продлении срока, слишком позднее представление доказательств и запрошенных документов, представление не предусмотренных графиком письменных материалов. Конечно же, это проблемы, вызванные действиями сторон, но арбитры должны быть готовы эффективно их решать.

Даже во время слушаний арбитры также часто показывают недостаточное знание обстоятельств дела. Как адвокат, я терпеть не могу выступать со вступительным словом перед трибуналом, который не задает вопросов. Если арбитры внимательно ознакомились с нашими материалами и материалами наших оппонентов, то у них должны возникнуть вопросы по изложенным в них аспектам или по тому, как соотносятся различные доводы и заявления о фактических обстоятельствах, сделанные процессуальными оппонентами. Более того, неуверенное знание дела часто лишает трибунал возможности контролировать ход проведения слушания посредством исключения доказательств, не имеющих отношения к делу, или указания представителям на то, что их заявления по фактическим или правовым обстоятельствам являются неточными. Это также не позволяет трибуналу выработать рекомендации в отношении того, пояснения по каким вопросам и доказательствам ему прежде всего требуется заслушать (см. подробнее ниже).

**4. Арбитры должны на основании своего опыта предложить и затем применить процедуры, подходящие для рассмотрения дела, позволяющие обеспечить его разрешение с минимальными расходами и как можно более эффективно. Они должны тщательно рассматривать процессуальные вопросы по мере их возникновения и реагировать исходя из своего знания обстоятельств дела**

Арбитры слишком часто просто следуют графику, установленному в вынесенном ими постановлении по процессуальным вопросам № 1. Или они слепо следуют графику, предложенному представителями сторон, который может отражать или не отражать реальные потребности последних. Арбитры также не думают о последствиях своих решений с точки зрения расходов. Трибуналу легче дать сторонам то, что они просят, а затем уже на слушании или даже позднее разбираться, что является важным. Ходатайства о представлении документов удовлетворяются без тщательного рассмотрения вопроса о том, соответствует ли такой запрос стандартам Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже или иным применимым стандартам, каковы будут затраты на их представление — особенно теперь, в век раскрытия доказательств в электронной форме, — и имеются ли способы ограничения объемов представляемых документов для достижения той же самой цели. Арбитры часто просят еще раз сделать копии объемных приложений и предоставить их на слушаниях, чтобы им не пришлось везти их с собой, а потом мы видим, что к ним почти не притрагиваются или почти не делают пометок по ним в ходе слушания.

Аналогичным образом арбитры редко учитывают стоимость составления письменных заявлений по итогам слушаний (post-hearing briefs). Если им не удалось прийти к определенным выводам по итогам ознакомления с большим объемом письменных материалов и присутствия на слушаниях в течение одной или двух недель, то они были недостаточно внимательны. Они не подготовились к слушаниям и не задали нужных вопросов сторонам и свидетелям во время слушаний. Тем не менее они просят стороны на этом этапе подготовить письменные заявления по итогам слушаний по всем вопросам дела, что может обойтись в сотни тысяч долларов. Делается это с тем, чтобы стороны фактически выполнили работу трибунала — взяли соответствующие доказательства и представили их в форме, в которой их легко можно вставить в арбитражное решение.

## **5. Арбитры должны внимательно проводить слушания и удостовериться в том, что представленные доказательства и доводы будут способствовать как можно более эффективному принятию ими решения**

Хорошо подготовленный трибунал способен это сделать и, как будет показано чуть позже, дать указания сторонам в отношении тех вопросов и доказательств, которым должно быть уделено основное внимание на слушаниях. Как уже было отмечено, хорошо подготовленный трибунал также будет проявлять больше уверенности при исключении не имеющих отношения к делу и несущественных доказательств. Страх, испытываемый многими арбитрами, что решение будет отменено, поскольку трибунал осуществлял соответствующий контроль, безоснователен. Суды ясно дали понять, что стороны надеются на трибунал полномочиями по осуществлению данного контроля<sup>1</sup>, и регламенты многих арбитражных учреждений были значительно изменены в последние годы, чтобы четко установить, что стороны передают это право посредством заключения соглашения о проведении арбитража по соответствующему регламенту<sup>2</sup>.

## **6. Арбитры должны своевременно вынести решение, отвечающее ожиданиям сторон и разрешающее вопросы, поставленные перед ними**

Эту задачу, лежащую в основе обязанностей трибунала, — ту самую, ради которой стороны привлекли арбитров, — к сожалению, чаще всего арбитры и не выполняют. Возникает впечатление, что слишком многие из них просто считают, что могут сколь угодно долго готовить арбитражное решение; кажется, что они занимаются им,

---

<sup>1</sup> См. например: *Annulment of Arbitral Awards by State Court: Review of National Case Law with Respect to the Conduct of the Arbitral Process: A Report by the IBA Arbitration Committee* (October 2018) (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=b4b532bb-90e1-40ab-ab3d-f730c19984fb>).

<sup>2</sup> См., например, ст. 14 Арбитражного регламента Лондонского международного арбитражного суда (ЛМТС) (London Court of International Arbitration (LCIA)) 2014 г. (<https://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=410>); ст. 20 Регламента международного арбитража Международного центра по урегулированию споров (МЦУС) (International Centre for Dispute Resolution (ICDR)) 2014 г. ([https://www.icdr.org/sites/default/files/document\\_repository/ICDR\\_Rules.pdf](https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf)).

только когда в их календаре нет других дел. К сожалению, слишком частым явлением стало вынесение арбитрами решения более чем через год, а иногда и через несколько лет после завершения последнего слушания или представления заявлений. В последнем исследовании юридической фирмы “White & Case” и Школы международного арбитража при Колледже королевы Марии Лондонского университета отсутствие оперативности указывалось в качестве одного из главных обстоятельств, изменения которых участники хотели бы видеть в арбитраже<sup>1</sup>.

Более того, если арбитры даже не приступают к обсуждению проекта решения в течение многих месяцев после завершения слушания, как вообще они могут вспомнить материалы дела так же хорошо, как они их знали во время слушания? Когда арбитр готовит проект решения через год и более после слушания, он или тратит много времени впустую, восстанавливая в памяти обстоятельства дела, или просто обращает на них меньше внимания. Ни один из этих вариантов не несет в себе ничего хорошего.

\* \* \*

Так как же можно вылечить многие из этих болезней? Я считаю, что новый договор между арбитрами и участниками спора, основанный на взаимном доверии, профессиональной добросовестности и стремлении разрешить спор как можно более эффективно, позволит обеим сторонам сконцентрироваться на достижении своих задач и послужит укреплению системы международного арбитража. Далее я изложу некоторые из ключевых обязанностей арбитров в таком договоре и кратко коснусь вопроса исполнения ими этих обязанностей.

Как я уже сказал, в данный договор следует также включать обязанности сторон спора, но в настоящей статье я уделю основное внимание той части, которая относится к арбитрам.

Самое главное, арбитры должны подтвердить, что в их рабочем графике достаточно времени для эффективного проведения разбирательства по делу и — это ключевой момент — что в будущем они не будут настолько плотно загружать свой рабочий график, что у них

<sup>1</sup> 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration / Queen Mary University of London; White & Case. P. 5, 8, 37.

не останется времени для выполнения работы по делу. Это предполагает не только возможность изыскать время для проведения слушаний в течение одной недели и, возможно, совещания по процессуальным вопросам вскоре после назначения. Это означает наличие достаточного времени для ознакомления со всеми документами сторон незамедлительно после их представления, чтобы в случае возникновения процессуальных вопросов они могли быть разрешены на основании фактической осведомленности об обстоятельствах дела на текущий момент. Это означает наличие достаточного времени для проведения некоторого количества совещаний арбитров до слушаний, чтобы на самих слушаниях можно было сконцентрироваться на вопросах, которые действительно имеют отношение к вынесению решения. Это означает наличие и *выделение в рабочем графике* достаточного времени после слушаний для обсуждения и составления арбитражного решения. Честно говоря, слишком многие арбитры составляют столь плотный график, что переезжают с одних слушаний на другие неделя за неделей и не оставляют времени для исполнения своих прочих обязанностей (ознакомления с документами и особенно обсуждения и составления арбитражного решения). Сейчас арбитры берут на себя обязанность сидеть на своем стуле во время слушаний, но они также должны взять на себя обязательство сидеть на стуле в офисе или ином месте, где они предпочитают работать, чтобы после этого написать решение. Обсуждение и составление решения нельзя просто оставить на свободное время и выходные, которые случаются между слушаниями по другим делам.

Я считаю, что арбитры, ведущие десятки дел, просто не могут разумно обещать, что у них есть время для того, чтобы уделить достаточное внимание каждому делу, и они должны отказываться от новых назначений, когда так происходит. Чтобы оправдать то обстоятельство, что они берутся за новые дела при слишком большой занятости, арбитры часто говорят, что отказ от назначения лишит сторону — или арбитражное учреждение — возможности выбора арбитров. Я категорически не согласен с подобными утверждениями. После назначения у каждого арбитра возникает обязанность перед обеими сторонами, а также перед учреждением, администрирующим разбирательство, и если он или она не в состоянии исполнять свои обязанности, то должны вежливо отказаться от назначения. Я поступал так не один раз. В качестве оправдания для принятия новых дел чрезмерно занятые арбитры также ссылаются на то, что некоторые дела разрешаются



путем примирения сторон. Конечно же, это так, но на случай примирения сторон можно предусмотреть взискание соответствующего дополнительного сбора (cancellation fees); оно не должно оправдывать участие в новом деле, которое повлияет на возможности арбитра исполнять свои обязанности по уже имеющемуся делу.

В соответствии с условиями назначения и формами раскрытия информации многих арбитражных учреждений, арбитры теперь должны подтвердить, что у них имеется достаточно времени для работы по новому делу. Эти меры должны быть еще больше усилены за счет установления в рамках нового договора требования о раскрытии каждым потенциальным арбитром сведений о днях или неделях следующего года или двух, которые уже расписаны по другим делам или иным обязательствам, что делает невозможным их привлечение в рамках данного арбитража. Тем не менее текущие условия назначения обычно не предусматривают в равной степени важной обязанности арбитра не принимать в будущем новые назначения, которые входят в противоречие с его обязанностями по делу, для рассмотрения которого он назначен. *Оба* этих положения важны для нового договора.

Данные общие обязанности могут быть подкреплены конкретными обещаниями, сосредоточенными на ключевых ожиданиях, описанных мною выше.

## **7. Арбитры должны детально ознакомиться с фактическими обстоятельствами дела, применимыми правовыми нормами и судебной практикой (2)**

Хотя это должно быть понятно и без лишних слов, в рассматриваемый договор следует включить положение о том, что арбитр будет внимательно знакомиться с каждым письменным заявлением сразу после его представления. Откладывание ознакомления с документами и прочтение их незадолго до слушаний ведет к невозможности разрешения процессуальных вопросов по мере их возникновения. При институциональном арбитраже стороны могут подумать над тем, чтобы просить арбитров представлять сведения об отработанном времени на более регулярной основе, дабы учреждение могло определить, действительно ли арбитр в курсе развития событий в деле по мере представления письменных материалов.

**8. Арбитры должны на основании своего опыта предложить и затем применить процедуры, подходящие для рассмотрения дела, позволяющие обеспечить его разрешение с минимальными расходами и как можно более эффективно.**

**Они должны тщательно рассматривать процессуальные вопросы по мере их возникновения и реагировать исходя из своего знания обстоятельств дела (2)**

Многие из этих обязанностей можно проще всего исполнить за счет тщательно продуманного и более подробного процессуального графика, утвержденного в самом начале рассмотрения дела.

- Арбитр должен взять на себя обязанность провести совещание по процессуальным вопросам вскоре после формирования третейского суда. На этом совещании трибунал должен удостовериться в том, что у него достаточно информации для принятия решения по делу. Если письменные объяснения поверхностны, он может попросить стороны более подробно представить свои позиции по делу, чтобы было возможно надлежащим образом обсудить подходящие эффективные процедуры для рассмотрения дела.

- Арбитры могут взять на себя обязанность по составлению на совещании по процессуальным вопросам процессуального графика, где основное внимание будет уделено эффективности и будут установлены все процессуальные шаги, включая все даты проведения слушаний. После его составления трибуналу следует придерживаться данного графика.

- Этот график может потенциально включать рассмотрение предварительных вопросов, которые могли бы быть разрешены в ходе ограниченного по времени слушания, чтобы разрешить часть спорных вопросов или весь спор. Трибуналы стали более активно использовать данный прием, но его применение все еще встречается недостаточно часто. Стороне не следует, например, представлять доказательства возможных убытков, которые могут быть весьма обширными и часто требуют показаний экспертов, если у нее имелись действительные договорные или законные основания избежать подобных убытков. Одно из наших преимуществ перед государственными судами состоит в том, что суд может вынести решение в упрощенном порядке только при отсутствии разногласий по вопросам факта. Мы можем вынести решение по предварительному вопросу и разрешить часть спорных вопросов или весь спор даже при наличии вопроса факта, который может быть решен в рамках менее продолжительного слушания, чем

в случае изучения всех доказательств. А при возникновении исключительно вопроса права или толкования договора слушание может вообще не потребоваться.

- Арбитрам не следует бояться возражать против графика, предложенного сторонами, если арбитры считают, что он не является подходящим — в силу наличия предварительного вопроса или просто по причине его чрезмерной обширности. Если трибунал требует присутствия на совещании по процессуальным вопросам самих сторон, а не только их представителей, зачастую добиться изменений можно намного легче.

- Как указано ниже, процессуальный график должен включать сроки проведения совещания трибунала как до, так и после слушания.

- Арбитр должен также взять на себя обязанность по оказанию содействия сторонам при их желании в изучении альтернативных способов разрешения их спора<sup>1</sup>.

### **9. Арбитры должны внимательно проводить слушания и удостовериться в том, что представленные доказательства и доводы будут способствовать как можно более эффективному принятию ими решения (2)**

В целях исполнения данной обязанности рассматриваемый договор может предусматривать включение в процессуальный график конкретных дат совещаний арбитров в течение всего разбирательства по делу, в том числе до слушаний. Арбитрам следует приступить к обсуждению дела после получения первоначальных письменных заявлений сторон. В случае двух раундов представления заявлений до слушания совещание между ними (обычно с помощью конференц-звонка) может помочь сторонам определить, на что обратить внимание в следующем раунде представления документов, и убедиться, что вопросы, которые трибунал считает важными, достаточным образом освещены в следующем раунде. Еще одно совещание (личное или, с большей вероятностью, по телефону или видеосвязи) должно быть запланировано на период между завершением представления заключительных заявлений и слушанием, чтобы трибунал мог обсудить изученные материалы, свою точку зрения по различным

---

<sup>1</sup> См. об этих и прочих процессуальных мерах по повышению эффективности международного арбитража: Debevoise Efficiency Protocol (2018) ([https://www.debevoise.com/-/media/files/insights/publications/2018/01/debevoise\\_efficiency\\_protocol\\_2018.pdf](https://www.debevoise.com/-/media/files/insights/publications/2018/01/debevoise_efficiency_protocol_2018.pdf)).

вопросам, а также те вопросы и доказательства, на которых следует сконцентрироваться во время слушаний. По возможности данное совещание следует провести заблаговременно до слушания, чтобы трибунал мог дать рекомендации сторонам в отношении того, на что обратить основное внимание на слушаниях. В самом крайнем случае трибуналу следует запланировать встречу за день до слушания для подробного обсуждения дела. Не хочу показаться настроенным слишком скептически, но данные совещания перед слушанием не только способствуют определению приоритетов на нем, но и позволяют просто убедиться, что каждый арбитр в полном объеме ознакомился и проработал объяснения сторон до слушания.

Арбитры часто проявляют излишнюю осторожность в отношении предоставления рекомендаций сторонам до вынесения своего решения: они беспокоятся, что любые замечания будут восприняты как предрешение спора и могут стать основанием для отмены арбитражного решения. Этот страх необоснован. Государственные суды просто не приходили к таким выводам. Более того, согласие сторон с процессуальным графиком делает невозможным заявление данного довода позднее. В любом случае это не предрешение результатов рассмотрения дела, поскольку стороны уже в большой степени представили свою позицию по делу до слушания. Таким образом, совершенно обоснованно определение трибуналом на основании предварительного представления о материалах, с которыми он ознакомился, тех вопросов, на которые сторонам следует обратить основное внимание на слушании. (Один федеральный судья в моем родном округе в Нью-Йорке формулирует предварительные выводы до судебного слушания, проводимого без участия присяжных, после получения письменных заявлений сторон, аналогичных тем, которые мы обычно представляем в рамках арбитража. Как адвокат, я хотел бы видеть применение данного порядка в арбитраже. Если я проигрываю в деле, то хотел бы знать, что мне надо сделать, чтобы изменить мнение трибунала; если я выигрываю — что мне следует сделать, чтобы укрепить свою позицию. В любом случае это позволяет сосредоточить слушание на том, что трибунал считает важным.)

В отношении самих слушаний каждый арбитр должен взять на себя обязанность:

- полностью посвящать им все свое внимание, а не переписке по электронной почте, судуку или иным отвлекающим занятиям;
- вести предметный диалог с представителями сторон и свидетелями;

- пресекать ненадлежащее поведение представителей во время допроса свидетелей и выступлений, в том числе не имеющие отношения к делу вопросы и доводы, не подтвержденные материалами дела или судебной практикой;
- проявлять уважение и поддерживать нейтралитет при допросе экспертов и свидетелей;
- обеспечивать соблюдение соответствующих лимитов времени, установленных для сторон, в случае согласования таковых.

### **10. Арбитры должны своевременно вынести решение, отвечающее ожиданиям сторон и разрешающее вопросы, поставленные перед ними (2)**

Как я уже указал, пожалуй, это самая важная обязанность и одна из тех, которая нарушается чаще всего. Для ее исполнения в договоре с арбитрами следует указать на их обязанность в начале рассмотрения дела предусмотреть в графике как срок, к которому должно быть вынесено решение, так и точное указание времени проведения совещания арбитров после слушания для вынесения решения к данному сроку. В фирме “Debevoise & Plimpton” нам удалось добиться определенного успеха в побуждении трибуналов к включению подобных положений в свое исходное постановление по процессуальным вопросам. Оставление подобного планирования на период после слушания (как обычно это происходит в настоящее время) неизбежно ведет к затягиванию сроков совещания из-за несовпадений в графиках арбитров и других обязательств, которые каждый арбитр успел принять на себя за это время. Более того, резервирование определенных дат затем облегчит исполнение арбитром общей обязанности, упомянутой ранее, — не принимать к рассмотрению новых дел, которые могут привести к его неспособности исполнять свои обязанности по настоящему делу.

В самом начале рассмотрения дела арбитрам также следует определить, какого рода решение стороны хотят получить. Например, они могут предпочесть, чтобы описание, часто пространное, порядка рассмотрения дела и доводов сторон (которые уже известны сторонам) было дано в более сжатом изложении.

Крайне важно, чтобы график проведения совещаний включал как минимум день или два, в зависимости от объема дела, непосредственно после завершения слушания. Даже если предусмотрена подача письменных заявлений после слушаний (post-hearing submissions), совещание затем позволит трибуналу свести данные письменные документы

только к тому, что необходимо для содействия в вынесении решения. (По причинам, указанным выше, определенно нет оснований для опасений, что высказывание предварительных мнений или предоставление рекомендаций на данном этапе может быть сочтено предрешением спора.) Слишком часто арбитры улетают сразу после слушаний, что делает невозможным проведение совещания в ближайшее время и лишает возможности воспользоваться преимуществом нахождения всех арбитров в одном месте, пока все доказательства свежи в их памяти. Представитель, который провел фантастический перекрестный допрос или дал обстоятельные и убедительные ответы на доводы оппонента, хочет, чтобы воспоминания об этом были свежи в памяти арбитров, когда они проводят совещание; это просто невозможно, если совещание проводится несколько недель или месяцев спустя.

Кроме совещания на следующий день после слушания, следует предусматривать в графике, например, второе совещание через несколько недель (или вскоре после подачи письменных заявлений после слушаний) для проверки, не изменилось ли мнение арбитров после дальнейших размышлений и рассмотрения материалов дела, еще одно совещание в фиксированный день для рассмотрения первого проекта арбитражного решения (его польза также заключается в обеспечении того, что председатель или другие арбитры, составляющие часть решения, выделяют время для его подготовки до указанной даты) и заключительное совещание в случае необходимости для подтверждения согласия с окончательным решением до согласованного срока его вынесения. Как уже было упомянуто, все эти сроки следует встроить в исходный процессуальный график и зафиксировать там, чтобы арбитры не планировали противоречащих друг другу обязательств, и стороны могли быть уверены в том, когда решение будет вынесено.

Несколько арбитров брали на себя обязанность при исполнении функций председателя всегда оставлять неделю после слушаний свободной, чтобы немедленно начать писать решение, пока материалы дела, доказательства и доводы сторон свежи в памяти. Подобное требование может иметь смысл при составлении договора, подписываемого с председателем трибунала.

В случае возникновения вопроса о компетенции или иного предварительного вопроса в график следует аналогичным образом включать проведение совещания и вынесение решения по данному вопросу. Что касается компетенции, сторонам и арбитрам следует рассмотреть вопрос о применении метода, которым мы успешно пользуемся в фирме

“Debevoise & Plimpton”: трибунал обязуется к определенному сроку огласить решение «за» или «против», при этом устанавливая процессуальный график по оставшимся вопросам уже с самого начала. В случае принятия решения об отсутствии компетенции трибунал может готовить окончательное постановление сколь угодно долго. В случае принятия трибуналом решения о наличии компетенции в кратком заявлении соответствующего содержания стороны будут проинформированы о необходимости далее следовать установленному графику, а основания для такого решения могут быть приведены трибуналом позднее.

Кто-то может сказать, что для трибунала является нереальной задачей по установлению срока вынесения решения в начале рассмотрения дела, когда арбитры не имеют достаточных знаний о том, как стороны будут обосновывать свою позицию, и о ключевых вопросах, подлежащих разрешению. Эту проблему часто можно решить, обратившись к сторонам с просьбой предоставить более подробные разъяснения по делу на первом слушании по процессуальным вопросам. Более того, установление срока может придать арбитрам больше решительности, чтобы справляться с проблемами, вызванными тактикой сторон по затягиванию разбирательства, в целях соблюдения данного срока.

Как отмечено выше, разумные ожидания сторон в отношении арбитров состоят в том, что они должны быть независимыми и беспристрастными, а также должны раскрыть любую информацию, имеющую к этому отношение. Поскольку по данной теме уже много написано, и все регламенты содержат подробные положения по указанному вопросу, а также поскольку условия назначения (*terms of appointment*) арбитражных учреждений уже заостряют внимание на нем, я не обсуждаю это в настоящей статье. Тем не менее положения о подобном раскрытии информации и обязанностях по соблюдению нейтральности, естественно, следует включать в любой договор между сторонами и арбитрами. Аналогичным образом, если такой договор включает обязанности сторон, в нем следует предусматривать обязанность не заявлять безосновательный или повторный отвод арбитрам.

Настоящая статья посвящена поведению арбитров, которое слишком часто не соответствует ожиданиям сторон или должно быть урегулировано в соглашении со сторонами в самом начале рассмотрения дела. Я часто выступал по вопросам поведения сторон и необходимости для них и их представителей обращать особое внимание на более эффективные процедуры и свои обязанности перед арбитрами и ар-

битражной системой. Поэтому в настоящей статье я не затрагиваю положения, регулирующие поведение сторон и представителей, которые могут быть включены в договор с арбитрами. Тем не менее, если упомянуть только некоторые из них, сторонам следует взять на себя обязательство:

- придерживаться согласованного и утвержденного процессуального графика;
- представлять только те доказательства и доводы, которые необходимы для конечного разрешения дела;
- не представлять доводы, не основанные на материалах дела или судебной практике, и не искажать доказательства;
- не заявлять необоснованные отводы арбитрам;
- придерживаться Руководящих принципов МАЮ относительно представительства сторон в международном арбитраже, в котором разрешены многие процессуальные аспекты.

\* \* \*

В заключение следует отметить, что нельзя считать само собой разумеющимся, что действующая система международного арбитража сохранится. Если мы будем так думать, то она исчезнет с появлением других альтернатив. Дискуссия вокруг инвестиционных соглашений это отчетливо показала. Национальные суды, такие как Международный коммерческий суд Сингапура (Singapore International Commercial Court (SICC)), создают новые механизмы для привлечения международных споров. Будет расти популярность медиации как способа быстрого и ориентированного на бизнес разрешения споров.

Таким образом, нам необходимо действовать творчески и активно прямо сейчас в целях совершенствования системы международного арбитража и обеспечения удовлетворения потребностей прибегающих к нему сторон. Я надеюсь, что мое предложение о заключении письменного договора между сторонами и арбитрами будет содействовать полезной дискуссии для обеспечения соответствия данным ожиданиям в каждом деле.



## БУДУЩЕЕ ТРАСТОВОГО АРБИТРАЖА В РОССИИ

Д.А. Пенцов,  
кандидат юридических наук,  
партнер юридической фирмы “FRORIEP Legal SA” (Женева)

*Разрешение связанных с трастами споров в порядке арбитража, или, иначе говоря, трастовый арбитраж, быстро развивается за рубежом с конца 2010-х гг. Учитывая значительный интерес российских клиентов к трастам и их возможное нежелание передавать возникающие в связи с ними споры на рассмотрение судов в «далеких» островных юрисдикциях, можно предположить, что появление трастового арбитража в России является вопросом ближайшего будущего. В статье рассматривается вопрос о том, как проблемы трастового арбитража, проявившиеся в процессе разрешения споров, связанных с трастами, за рубежом, могут решаться в Российской Федерации. К таким проблемам, в частности, относятся: (i) арбитрабельность различных категорий трастовых споров; (ii) действительность арбитражного соглашения, содержащегося в документах об учреждении траста; (iii) исполнение арбитражных решений по трастовым спорам на основании Нью-Йоркской конвенции 1958 г.; (iv) представительство в арбитражном разбирательстве специальных категорий бенефициаров траста. Автор делает вывод об отсутствии принципиальных препятствий на пути развития этого способа разрешения связанных с трастами споров в России и формулирует предложения по внесению изменений в действующее российское законодательство с учетом позитивного зарубежного опыта.*

*Ключевые слова: понятие траста; юридическая природа траста; офшорные трасты; категории трастовых споров; арбитрабельность; арбитражное соглашение; теория «подразумеваемого согласия»; теория «условной передачи»; эстоппель, основанный на праве справедливости; Нью-Йоркская конвенция 1958 г.; Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (с изменениями, принятыми в 2006 г.); представительство в арбитражном разбирательстве; Американская арбитражная ассоциация (AAA); Международная торговая палата (МТП).*

## FUTURE OF TRUST ARBITRATION IN RUSSIA

DMITRY PENTSOV,

Candidate of Legal Sciences,  
Partner at *FRORIEP Legal SA* Law Firm (Geneva)

*The resolution of trust-related disputes by means of arbitration, or, in other words, trust arbitration, has been rapidly developing abroad since late 2010. Given the significant interest of Russian clients in trusts, and their possible reluctance to refer disputes to the courts in “distant” island jurisdictions, it can be assumed that the appearance of trust arbitration in Russia is a matter of the near future. The article examines how the problems of trust arbitration, revealed in the process of resolving disputes related to trusts abroad can be solved in the Russian Federation, in particular: (i) the arbitrability of various categories of trust disputes; (ii) the validity of the arbitration agreement contained in the trust documents; (iii) the enforcement of arbitration trust arbitration award under the New York Convention of 1958; (iv) the representation in the arbitration proceedings of special categories of trust beneficiaries. The author concludes that there are no fundamental obstacles to the development of this method of resolving trust-related disputes in Russia, and formulates proposals to amend the current Russian legislation, taking into account the positive foreign experience.*

*Keywords: meaning of trust; legal nature of trust; offshore trusts; categories of trust disputes; arbitrability; arbitration agreement; theory of “deemed acquiescence”; theory of “conditional transfer”; equitable estoppel; New York Convention of 1958; UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments as adopted in 2006); representation in arbitration proceedings; American Arbitration Association (AAA); International Chamber of Commerce (ICC).*



## 1. Введение

Подобно трастам общего права<sup>1</sup>, арбитраж как способ разрешения коммерческих споров независимыми третьими лицами, назначаемыми сторонами<sup>2</sup>, также имеет многовековую историю<sup>3</sup>. Вместе с тем до середины 2000-х гг. эти две сферы профессиональной активности фактически не пересекались<sup>4</sup>. Подобное разделение прежде всего было связано с тем, что создание трастов и управление ими со временем оформилось в узкоспециализированную область юридической практики<sup>5</sup>. Успешное осуществление данной деятельности требовало

<sup>1</sup> *Bogert G.T.* Trusts. 6<sup>th</sup> ed. West Pub. Co., 1987. P. 5–8; *Oakley A.J.* Parker and Mellows: The Modern Law of Trusts. 9<sup>th</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2008. P. 1–6; *Zweigert K., Kötz H.* Introduction to Comparative Law / Trans. by T. Weir. 3<sup>rd</sup> ed. Oxford University Press, 1998. P. 188–189.

<sup>2</sup> См., например: *Law J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 2–3; *Moses M.L.* The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. 3<sup>rd</sup> ed. Cambridge University Press, 2017. P. 1–3. Инвестиционный арбитраж в качестве способа разрешения инвестиционных споров имеет менее продолжительную историю, так как он начал активно развиваться лишь после принятия Конвенции по урегулированию инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (так называемой Вашингтонской конвенции) (<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf>); см. также: *Reinisch A., Malintoppi L.* 18. Methods of Dispute Resolution // The Oxford Handbook of International Investment Law / P. Muchlinski, F. Ortino, Chr. Schreuer (eds.). Oxford University Press, 2008. P. 692–693.

<sup>3</sup> *Jones W.C.* Three Centuries of Commercial Arbitration in New York: A Brief Survey // Washington University Law Quarterly. 1956. No. 2. P. 218–219 (доступно в Интернете по адресу: [https://openscholarship.wustl.edu/law\\_lawreview/vol1956/iss2/3/](https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1956/iss2/3/)); *Moglen E.* Commercial Arbitration in the Eighteenth Century: Searching for the Transformation of American Law // Yale Law Journal. 1983. Vol. 93. No. 1. P. 135–140 (доступно в Интернете по адресу: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yjlj/vol93/iss1/4/>); *Sherman E.F.* Arbitration in Wills and Trusts: From George Washington to an Uncertain Present // Arbitration Law Review. 2017. Vol. 9. P. 84 (доступно в Интернете по адресу: <https://elibrary.law.psu.edu/arbitrationlawreview/vol9/iss1/21/>); *Wolaver E.S.* The Historical Background of Commercial Arbitration // University of Pennsylvania Law Review. 1934. Vol. 83. P. 133–138 (доступно в Интернете по адресу: [https://scholarship.law.upenn.edu/penn\\_law\\_review/vol83/iss2/2/](https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol83/iss2/2/)).

<sup>4</sup> *Boesch B.W.* The ICC Initiative // Trusts & Trustees. 2012. Vol. 12. Issue 4. P. 316. <https://doi.org/10.1093/tandt/tts013>

<sup>5</sup> *Strong S.I.* 1. Introduction: Global Developments in Trust Arbitration // Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law / S.I. Strong (ed.). Oxford University Press, 2016. P. 4 (paras. 1.03–1.04).

наличия глубоких познаний и опыта, которыми далеко не обязательно обладали многие юристы, фокусирующиеся на других областях практики, в частности на международном коммерческом арбитраже. Помимо этого, вплоть до недавнего времени трасты рассматривались использующими их лицами главным образом в качестве эффективного инструмента передачи имущества между поколениями одной семьи или защиты активов от кредиторов<sup>1</sup>, а в случае трастов, создаваемых по законодательству офшорных юрисдикций, в качестве инструмента для сохранения конфиденциальности владения имуществом и получения налоговых преимуществ<sup>2</sup> или просто для уклонения от уплаты налогов<sup>3</sup>. Кроме того, юристы, специализирующиеся на международном коммерческом арбитраже, далеко не всегда рассматривали данные области практики в качестве привлекательных в интеллектуальном и (или) финансовом плане, а также с точки зрения возможных профессиональных рисков, неизбежно связанных с содействием клиентам в «оптимизации» (или, иначе говоря, минимизации) налогообложения. Наконец, на протяжении столетий разрешение связанных с трастами споров являлось прерогативой судов<sup>4</sup>, а в случае офшорных трастов судов, находящихся в далеких заморских юрисдикциях. Нетрудно предположить, что у практикующих в этих странах юристов, составляющих документы для трастов, могла отсутствовать достаточная мотивация включать в них арбитражную оговорку, разрушая тем самым порядок вещей, складывавшийся долгие годы, который, вероятно, их вполне устраивал.

Тем не менее к началу XXI в. данная ситуация начала постепенно меняться. Во-первых, хотя трасты по-прежнему сохраняли свою тра-

---

<sup>1</sup> *Adkisson J.D., Riser Chr.M.* Asset Protection: Concepts and Strategies for Protecting Your Wealth. McGraw-Hill, 2004. P. 119–129 (Ch. 11. Trusts for Asset Protection); *Engel B.S.* Asset Protection Planning Guide. 2<sup>nd</sup> ed. CCH Incorporated, 2005. P. 179–181; *Rothschild G.* Asset Protection Trusts // A Guide to International Estate Planning / L.-A. Basha (ed.). 2<sup>nd</sup> ed. ABA Pub., 2014. P. 687–693.

<sup>2</sup> *Schmidt v. Rosewood Trust Ltd. (Isle of Man)*, [2003] UKPC 26, para. 1 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKPC/2003/26.html>); *Palan R., Murphy R., Chavagneux Chr.* Tax Havens: How Globalization Really Works. Cornell University Press, 2010. P. 12–13.

<sup>3</sup> *Sterk S.E.* Asset Protection Trusts: Trust Law's Race to the Bottom // Cornell Law Review. 2000. Vol. 85. No. 4. P. 1048 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol85/iss4/3>).

<sup>4</sup> *Hayton D.* The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on Their Recognition // International and Comparative Law Quarterly. 1987. Vol. 36. Issue 2. P. 260.

диционную роль инструмента наследственного планирования и защиты активов, к этому времени на первый план вышло использование трастов в самых разнообразных международных коммерческих и инвестиционных сделках<sup>1</sup>. Поскольку международный коммерческий арбитраж часто рассматривается в качестве предпочтительного способа разрешения международных коммерческих споров<sup>2</sup>, подобное сочетание «международного» и «коммерческого» элементов, столь наглядно проявившееся в трастах в последние годы<sup>3</sup>, побуждало специалистов в области арбитража обратить свои взоры на трасты с точки зрения возможного расширения сферы своей деятельности<sup>4</sup>.

Во-вторых, к началу нового столетия количество связанных с трастами судебных споров заметно возросло<sup>5</sup>. Побудительной причиной для подобного роста была прежде всего смена поколений в офшорных трастах, многие из которых были созданы в 1960–1970-х гг. В то время как учредители данных трастов лично знали доверительных собственников, которым они ранее передали свои активы, новое поколение бенефициаров не только не принимало какого-либо участия в процессе создания трастов, но и во многих случаях даже не догадывалось об их существовании. Это, в свою очередь, нередко приводило к взаимному недоверию и, соответственно, к спорам бенефициаров как с доверительными собственниками, так и с другими бенефициарами. Кроме того, трасты все больше становились предметом исков «внешних» по отношению к ним лиц, таких как наследники,

<sup>1</sup> Fuller G. Trusts as Investment Platforms // *Trusts and International Tax Treaties* / M. Cadesky, R. Pease (eds.). Tottel Pub., 2006. P. 41–45; O'Hagan P., Anderson A. Purpose Trusts and Charitable Trusts in Securitisation and Other Structured Finance Transactions // *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds* / D. Hayton (ed.). Kluwer Law International, 2012. P. 181; Langbein J.H. The Secret Life of Trusts: The Trusts as an Instrument of Commerce // *Yale Law Journal*. 1997–1998. Vol. 107. P. 165 (доступно в Интернете по адресу: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/503/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/503/)); Schwarcz St.L. Commercial Trusts as Business Organizations: Unraveling the Mystery // *Business Lawyer*. 2003. Vol 58. P 560–561 (доступно в Интернете по адресу: [https://scholarship.law.duke.edu/faculty\\_scholarship/990](https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/990)).

<sup>2</sup> Born G.B. *International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012. P. 9.

<sup>3</sup> *Disputes Involving Trusts* / N.P. Vogt (ed.). Gostick Hall Pub., 1999. P. 7.

<sup>4</sup> Kantor M. 2. The Use of Trusts in Financing Transactions: Special Issues Relating to Arbitration of Commercial Trusts // *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law* / S.I. Strong (ed.). P. 31–43 (paras. 2.56–2.92).

<sup>5</sup> Strong S.I. *Arbitration of Trust Disputes: When Two Bodies of Law Collide* // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2012. Vol. 45. P. 1160.

лишенные обязательной доли, бывший супруг (супруга) учредителя или его (ее) кредиторы<sup>1</sup>.

По мере увеличения числа подобных споров недостатки существующей системы их разрешения в государственных судах становились все более очевидными. Классическим примером этих недостатков явилось рассмотрение иска барона Тиссена (Baron Thyssen) к доверительным собственникам траста “Continuity Trust” в Верховном суде Бермудских островов<sup>2</sup>. Хотя, с точки зрения учредителя, одной из основных целей создания траста является сохранение конфиденциальности владения активами<sup>3</sup>, именно конфиденциальность оказалась одной из первых «жертв» последовавшего громкого судебного процесса, вызвавшего значительный общественный резонанс. Помимо этого, по оценкам современников, дело рассматривалось «начинающим судьей», которому спор оказался явно не по плечу. В итоге, после того как расходы на адвокатов достигли 100 млн ф. ст., судья отказался от дальнейшего ведения дела<sup>4</sup>.

Стремление сохранить конфиденциальность, а также обеспечить быстрое и недорогое рассмотрение споров компетентными лицами побудило специалистов в области трастов к поиску альтернативных способов их разрешения, включая медиацию и арбитраж<sup>5</sup>. По мере распространения арбитража на новую категорию споров и роста его популярности в арбитражное законодательство ряда трастовых юрисдикций, в частности Багамских островов<sup>6</sup>, Гернси<sup>7</sup>, Мальты<sup>8</sup>, а также

---

<sup>1</sup> *Wüstermann T.* Arbitration of Trust Disputes // *New Developments in International Commercial Arbitration 2007* / Chr. Müller (ed.). Schulthess, 2007. P. 38.

<sup>2</sup> См. об этом, например: *McDonald T.* Epic Family Dispute Swirls Around a Matter of Trust (8 July 2001) (<https://www.latimes.com/archives/la-xpm-2001-jul-08-mn-19684-story.html>).

<sup>3</sup> *Antoine R.-M.* *Offshore Financial Law: Trusts and Related Tax Issues*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 2013. P. 133 (paras. 8.01–8.02).

<sup>4</sup> *Molloy T., QC, Graham T.* Arbitration of Trust and Estate Disputes // *Trusts & Trustees*. 2012. Vol. 18. Issue 4. P. 279. <https://doi.org/10.1093/tandt/tts021>

<sup>5</sup> *Cohen L., QC, Poole J.* Trust Arbitration – Is It Desirable and Does It Work? // *Trusts & Trustees*. 2012. Vol. 18. Issue 4. P. 324. <https://doi.org/10.1093/tandt/tts014>

<sup>6</sup> Trustee (Amendment) Act, 2011, Sec. 18 (<http://laws.bahamas.gov.bs/cms/images/LEGISLATION/AMENDING/2011/2011-0054/TrusteeAmendmentAct2011.pdf>).

<sup>7</sup> Trusts (Guernsey) Law, 2007, Sec. 63 (<http://www.guernseylegalresources.gg/article/97620/Trusts-Guernsey-Law-2007-Consolidated-text>).

<sup>8</sup> Arbitration Act, Art. 15A(2) (<http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=8854&l=1>).

штатов Аризоны<sup>1</sup> и Флориды<sup>2</sup>, были внесены изменения, направленные на решение возникающих проблем и содействие его дальнейшему развитию<sup>3</sup>. Не остались в стороне от открывающихся возможностей по расширению своей сферы деятельности и международные арбитражные учреждения. Так, в октябре 2006 г. Комиссия Международной торговой палаты (МТП) (International Chamber of Commerce (далее – ICC)) учредила рабочую группу по трастам и арбитражу<sup>4</sup>. Результатом ее работы явилось принятие в 2008 г. арбитражной оговорки ICC для трастовых споров<sup>5</sup>, которую впоследствии заменила арбитражная оговорка, принятая в 2018 г.<sup>6</sup> Со своей стороны Американская арбитражная ассоциация (American Arbitration Association (AAA)) утвердила арбитражные правила для споров, связанных с завещаниями и трастами, включая стандартную арбитражную оговорку<sup>7</sup>.

Рост популярности разрешения связанных с трастами споров в порядке арбитража за рубежом, или, иначе говоря, трастовый арбитраж, несомненно, представляет в России значительный интерес. Хотя сама идея передачи своего имущества в собственность третьему

<sup>1</sup> Ariz. Rev. Stat., § 14-10205 (2019) (Title 14 – Trusts, Estates and Protective Proceedings) (<https://www.azleg.gov/ars/14/10205.htm>).

<sup>2</sup> Fla. Stat., § 731.401 (2019) (Arbitration of disputes) ([http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0700-0799/0731/Sections/0731.401.html](http://www.leg.state.fl.us/statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0731/Sections/0731.401.html)).

<sup>3</sup> *Conaglen M.* 4. Trust Arbitration Clauses // *Trusts and Modern Wealth Management* / R.C. Nolan, K.F.K. Low, T.H. Wu (eds). Cambridge University Press, 2018. P. 123–128.

<sup>4</sup> *Boesch B.W.* Op. cit. P. 316.

<sup>5</sup> *Koch Chr.P.* Tale of Two Cities! – Arbitrating Trust Disputes and the ICC’s Arbitration Clause for Trust Disputes // *Yearbook on International Arbitration*. 2012. Vol. II. P. 199–200 (доступно в Интернете по адресу: <http://gmjones.org/pdfs/a-tale-of-two-cities-arbitrating-trust-disputes-and-icc-trust-arbitration-clause.pdf>).

<sup>6</sup> ICC Arbitration Clause for Trust Disputes and Explanatory Note (ICC Publication 891-0). ICC Pub., 2018 (доступно в Интернете по адресу: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/11/icc-clause-for-trust-disputes.pdf>); см. также: Международная торговая палата запускает арбитражную оговорку для споров, связанных с трастами (12 декабря 2018 г.) ([http://www.iccwbo.ru/komissii/arbitrazhnaya-komissiya/novosti-komissii/element.php?ELEMENT\\_ID=5849](http://www.iccwbo.ru/komissii/arbitrazhnaya-komissiya/novosti-komissii/element.php?ELEMENT_ID=5849)).

<sup>7</sup> Wills and Trusts Arbitration Rules (Rules Amended and Effective June 1, 2009) (<https://www.adr.org/sites/default/files/Wills%20and%20Trusts%20Arbitration%20Rules%20Jun%2001%2C%202009.pdf>); Wills and Trusts Arbitration Rules and Mediation Procedures (Rules Amended and Effective June 1, 2012) (<https://www.adr.org/sites/default/files/Commercial%20Wills%20and%20Trusts%20Rules%2012813%20-%20Archieve%202015%20Oct%2021%2C%202011.pdf>).

лицу «под честное слово», лежащая в основе понятия траста общего права, по-прежнему способна вызывать определенный скептицизм у людей, воспитанных на традициях континентальной правовой системы, как показывают многочисленные опубликованные судебные и арбитражные дела, возможное недоверие не стало непреодолимым препятствием к использованию этого инструмента российскими гражданами и юридическими лицами в самых разнообразных ситуациях<sup>1</sup>. Более того, можно прогнозировать, что по мере реализации проекта «Снижение налоговой базы и перенос прибыли» («Проекта *BEPS*»)<sup>2</sup> интерес российских лиц к использованию трастов будет только возрастать.

Данный Проект был инициирован Организацией экономического сотрудничества и развития (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) (далее – ОЭСР) и Группой 20 («Большой двадцаткой» или G20) в начале 2010-х гг. в ответ на использование международного налогового планирования, направленного на снижение налоговой базы и передачу доходов другому налогоплательщику в места, где они подвергаются более благоприятному налоговому режиму<sup>3</sup>, часто именуемые «налоговыми гаванями»<sup>4</sup>. По мнению ОЭСР, одним

---

<sup>1</sup> Например, создание двух дискреционных безотзывных трастов по законодательству Республики Кипр и назначение учредителя протектором и основным бенефициаром наряду со своими детьми (BGer 5A\_259/2010 vom 26.04.2012 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/120426\\_5A\\_259-2010.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/120426_5A_259-2010.html))); создание трастов членом Совета Федерации, утратившим в результате своего избрания право на занятие предпринимательской деятельностью и участие в управлении хозяйствующими субъектами (*JSC Mezhdunarodniy Promyshlenniy Bank & Anor. v. Pugachev*, [2014] EWHC 4336 (Ch.) (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2014/4336.html>)); создание дискреционного траста для владения недвижимостью в Лондоне (*Slutsker v. Haron Investments Ltd. & Anor.*, [2013] EWCA Civ. 430 (<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/430.html>)); создание траста, способствовавшего получению статуса инвестора по Договору к Энергетической Хартии (*Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award (18 July 2014) (<https://pcacases.com/web/sendAttach/418>)); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award (18 July 2014) (<https://pcacases.com/web/sendAttach/420>)); создание двух трастов по законодательству острова Мэн (*Schmidt v. Rosewood Trust Ltd. (Isle of Man)*, [2003] UKPC 26).

<sup>2</sup> Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Pub., 2013. <https://doi.org/10.1787/9789264192744-en>

<sup>3</sup> Addressing Base Erosion and Profit Shifting. P. 13.

<sup>4</sup> См., например: *McCann H. Offshore Finance*. Cambridge University Press, 2006. P. 27–33; *Shaxson N. Treasure Islands: Tax Havens and the Men Who Stole the World*. 9<sup>th</sup> ed. Vintage Books, 2011. P. 8–10; *Urry J. Offshoring*. Polity Press, 2014. P. 44–48.



из ключевых факторов, позволяющих квалифицировать определенную юрисдикцию в качестве «налоговой гавани», является отсутствие требования о том, чтобы деятельность, осуществляемая зарегистрированной компанией, была существенной<sup>1</sup>. Отсутствие такого требования свидетельствует о том, что соответствующая юрисдикция может пытаться привлечь инвестиции и сделки, которые мотивируются чисто налоговыми соображениями. Его отсутствие, возможно, также указывает на то, что юрисдикция не обеспечивает (или не может обеспечить) правовой или коммерческой среды или не предоставляет каких-либо экономических преимуществ, которые привлекли бы существенную предпринимательскую деятельность в отсутствие возможностей для минимизации налогов<sup>2</sup>.

После того как в 2018 г. ОЭСР распространила применение требований о существенном характере деятельности (substantial activities) на юрисдикции, которые не предусматривали корпоративного налога на прибыли или вводили только номинальный корпоративный налог<sup>3</sup>, целый ряд офшорных юрисдикций, традиционно используемых российскими лицами, в частности Британские Виргинские острова<sup>4</sup> и Каймановы острова<sup>5</sup>, ввели соответствующие требования в свое внутреннее законодательство, и эта тенденция, вероятно, сохранится. Среди наиболее типичных из указанных требований была необходимость найма достаточного числа надлежащим образом квалифицированных сотрудников, физически присутствующих в соответствующей юрисдикции, чтобы нести в ней адекватные расходы, а также наличия физических офисов или помещений, подходящих для основной деятельности, приносящей доход<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. OECD Pub., 1998. P. 22–23 (para. 52). <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>

<sup>2</sup> Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue. P. 24 (para. 55).

<sup>3</sup> Resumption of Application of Substantial Activities for No or only Nominal Tax Jurisdictions. Inclusive Framework on BEPS: Action 5. OECD Pub., 2018. P. 10 (para. 17) (доступно в Интернете по адресу: [www.oecd.org/tax/beps/resumption-of-application-of-substantial-activities-factor.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/resumption-of-application-of-substantial-activities-factor.pdf)).

<sup>4</sup> Economic Substance (Companies and Limited Partnership) Act, 2018 ([https://www.bvifsc.vg/sites/default/files/act\\_no\\_12\\_-\\_economic\\_substance\\_companies\\_and\\_limited\\_partnerships\\_act\\_2018.pdf](https://www.bvifsc.vg/sites/default/files/act_no_12_-_economic_substance_companies_and_limited_partnerships_act_2018.pdf)).

<sup>5</sup> The International Tax Co-operation (Economic Substance) Law, 2018 (Law 45 of 2018) (<http://www.gov.ky/portal/pls/portal/docs/1/12738510.PDF>).

<sup>6</sup> Economic Substance (Companies and Limited Partnership) Act, 2018, Sec. 8(1)(b).

Таким образом, с точки зрения российских граждан и компаний, желающих продолжать свою глобальную деятельность на базе этих юрисдикций, введение требований к существенному характеру деятельности привело к увеличению эксплуатационных расходов. В то же время, поскольку подобные требования применимы к юридическим лицам<sup>1</sup>, предприниматели, не желающие нести такие расходы, могли бы рассмотреть вопрос о реструктуризации своей коммерческой и инвестиционной деятельности через трасты, юридическими лицами не являющиеся<sup>2</sup>. В результате введение требований существенного характера, со всей очевидностью становящееся общемировой тенденцией, в сочетании с понятным желанием бизнеса избежать увеличения эксплуатационных расходов подталкивало российских предпринимателей, выбирающих соответствующее средство для структурирования своей международной деятельности, обратиться к трастам.

Нетрудно предположить, что увеличение количества российских пользователей зарубежных трастов приведет к росту числа связанных с ними споров. При этом можно ожидать, что, подобно зарубежным учредителям, пользователи трастов с «российским элементом» также имеют интерес в конфиденциальном, быстром и недорогом разрешении возникающих между ними споров без необходимости обращения в государственные суды в «далеких» островных юрисдикциях. Соответственно, можно прогнозировать, что спрос на трастовый арбитраж на российском рынке будет только возрастать.

Учитывая наличие подобного спроса, весьма вероятно, что уже в самое ближайшее время предприимчивые российские и зарубежные юристы, а также арбитражные учреждения начнут предлагать услуги

---

<sup>1</sup> Economic Substance (Companies and Limited Partnership) Act, 2018, Sec. 5(1).

<sup>2</sup> *Sitkoff R.H.* 18. Trust Law as Fiduciary Governance Plus Asset Partitioning // *The Worlds of the Trust* / L. Smith (ed.). Cambridge University Press, 2013. P. 435 (доступно в Интернете по адресу: <https://pdfs.semanticscholar.org/9870/38ecc50c0374dc337d7b87d9ecd16777f0a1.pdf>). Исключения составляют так называемые «статутные трасты» (statutory trusts) в США, которые являются юридическими лицами, отдельными от своих доверительных собственников и бенефициаров, имеют возможность выступать в роли истца и ответчика, иметь имущество и заключать сделки от своего имени. Статутный траст создается путем регистрации сертификата о трасте государственным должностным лицом, обычно секретарем штата, в публичном реестре. См.: Uniform Statutory Trust Entity Act 2009 (last amended 2013). National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2014. P. 3 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=e6990ccb-b296-cb90-3cef-7e480881e6cf&forceDialog=0>).

трастового арбитража в Российской Федерации. На фоне существующей жесткой конкуренции между мировыми арбитражными центрами, стремящимися увеличить свою долю на международном рынке услуг по негосударственному рассмотрению споров<sup>1</sup>, это, в свою очередь, приведет к расширению спектра предлагаемых услуг в Российской Федерации и будет способствовать превращению ее в ведущий арбитражный центр. Соответственно, целью данной статьи является привлечение внимания специалистов к рассматриваемой проблематике, что в конечном итоге должно содействовать возникновению и развитию трастового арбитража в России.

Настоящая статья состоит из введения (разд. 1), основной части (разд. 2 и 3) и заключения (разд. 4). В разд. 2 автор раскрывает содержание понятие траста, его правовую природу, а также разбирает типы трастовых споров. Во разд. 3 автор излагает существо проблем трастового арбитража, выявившихся в процессе рассмотрения трастовых споров за рубежом<sup>2</sup>, а именно: (i) арбитрабельность различных категорий трастовых споров; (ii) действие арбитражного соглашения в отношении бенефициаров; (iii) исполнение арбитражных решений по трастовым спорам на основании Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)<sup>3</sup> (далее — Нью-Йоркская конвенция); (iv) представительство в арбитражном разбирательстве бенефициаров траста, включая несовершеннолетних, недееспособных или еще не родившихся бенефициаров, объясняет, как эти проблемы решаются за рубежом, а также анализирует, как они могут решаться в Российской Федерации с учетом позитивного иностранного опыта. В заключении (разд. 4) автор оценивает перспективы развития трастового арбитража в России.

<sup>1</sup> См., например: *Olson E.* Cities Compete to be the Arena for Global Legal Disputes (11 September 2014) ([https://dealbook.nytimes.com/2014/09/11/cities-compete-to-be-the-arena-for-global-legal-disputes/?\\_php=true&\\_type=blogs&\\_r=0](https://dealbook.nytimes.com/2014/09/11/cities-compete-to-be-the-arena-for-global-legal-disputes/?_php=true&_type=blogs&_r=0)); *Simões F.D.* Is Legal Reform Enough to Succeed in the “Battle of the Seats”? (14 September 2014) (<http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2014/09/30/is-legal-reform-enough-to-succeed-in-the-battle-of-the-seats/>).

<sup>2</sup> См., например: *Holden A.* The Arbitration of Trust Disputes: Theoretical Problems and Practical Possibilities // *Trusts & Trustees*. 2015. Vol. 21. Issue 5. P. 546–556. <https://doi.org/10.1093/tandt/ttu255>

<sup>3</sup> <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/new-york-convention-r.pdf>

## 2. Общие вопросы трастового арбитража

### 2.1. Понятие траста и его юридическая природа

Поскольку определения траста в законодательствах различных стран могут значительно отличаться друг от друга<sup>1</sup>, при установлении содержания этого понятия и его юридической природы наиболее уместно воспользоваться его «усредненной» дефиницией, приведенной в Конвенции о праве, применимом к трастам, и их признании (Гаага, 1 июля 1985 г.)<sup>2</sup> (далее – Гаагская конвенция). Для целей Гаагской конвенции термин «траст» обозначает правовое отношение, созданное между живущими лицами (*inter vivos*) или после смерти лицом-учредителем (*settlor*), когда имущество передается под контроль доверительного собственника (*trustee*) в интересах бенефициара (*beneficiary*) или для определенной цели (абзац первый ст. 2)<sup>3</sup>. Определение траста в Гаагской конвенции содержит указание на ряд его характерных признаков, а именно: (i) имущество представляет собой отдельный актив, не являющийся частью собственного имущества доверительного собственника; (ii) правовой титул на имущество, находящееся в доверительной собственности, принадлежит доверительному собственнику или другому лицу от имени доверительного собственника; (iii) доверительный собственник имеет права и обязанности, за исполнение которых он несет ответственность, по управлению, использованию или распоряжению имуществом в соответствии с условиями траста

<sup>1</sup> *Panico P.* International Trust Laws. Oxford University Press, 2010. P. 5.

<sup>2</sup> Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=59>); см. также: *Коллини Г.С., Пенцов Д.А.* Признание и налогообложение иностранных трастов в России // Закон. 2010. № 10. С. 37.

<sup>3</sup> Согласно пояснительному докладу профессора Альфреда Е. фон Овербека к Гаагской конвенции, данное положение выглядит как определение траста. В действительности же ст. 2 просто пытается указать на характерные черты, которыми должен обладать данный правовой институт, вне зависимости от того, идет ли речь о трасте из страны общего права или аналогичном институте из иной страны, чтобы охватываться действием Гаагской конвенции. Принимая во внимание многочисленные разновидности трастов и различающиеся определения этого понятия, предлагаемые разными авторами в странах общего права, определение траста в Гаагской конвенции являлось бы невозможной задачей. См.: *Overbeck A.E. von.* Rapport explicatif / Explanatory Report // Actes et documents de la Quinzième session 8 au 20 octobre 1984 / Proceedings of the Fifteenth Session / Bureau Permanent de la Conférence (ed.). Т. II. Trust – loi applicable et reconnaissance / Trusts – Applicable Law and Recognition. Imprimerie Nationale, 1985. P. 378 (доступно в Интернете по адресу: <https://assets.hcch.net/docs/a41a4e1a-a20e-4690-a559-3f076acf5f05.pdf>).

и специальными обязанностями, налагаемыми на него в силу закона (абзац второй ст. 2). Наконец, сохранение за учредителем траста определенных прав и полномочий (зарезервированных полномочий (*reserved powers*)), а также тот факт, что доверительный собственник может сам иметь права бенефициара, необязательно препятствуют существованию траста (абзац третий ст. 2 Гаагской конвенции)<sup>1</sup>.

Хотя понятие траста существует уже много веков, его юридическая природа по-прежнему является предметом оживленных дискуссий<sup>2</sup>. С одной стороны, согласно традиционному взгляду, сущностью траста является наложение обязательства по праву справедливости на лицо, которое является юридическим собственником имущества (доверительным собственником), требующее от него действовать добросовестно при обращении с этим имуществом в пользу любого лица (бенефициара), которое имеет бенефициарный интерес в имуществе, признаваемый по праву справедливости<sup>3</sup>. В российской юридической литературе эта конструкция обычно описывается при помощи понятия «доверительная собственность»<sup>4</sup>, в основе которого лежит идея «расщепления» права собственности, отражающая, в свою очередь, деление англо-американской системы права на общее право и право справедливости<sup>5</sup>.

С другой стороны, с середины 90-х годов прошлого столетия в зарубежной юридической литературе активно обсуждается так называемая «договорная теория» траста, согласно которой в основе траста лежит

<sup>1</sup> Учредитель траста может также назначить протектора, осуществляющего контрольные полномочия в отношении доверительного собственника, в частности имеющего право его замены, одобряющего его решения о распределении прибыли или обладающего правом вето в отношении этих решений (см., например: *Holden A. Trust Protectors*. Jordan Pub. Ltd., 2011. P. 1–6; *Hubbard M. Protectors of Trusts*. Oxford University Press, 2013. P. 1–5; *Waters D.W.M.* 4. The Protector: New Wine in Old Bottles? // *Trends in Contemporary Trust Law* / A.J. Oakley (ed.). Clarendon Press, 1996. P. 63–67).

<sup>2</sup> *Ho L.* 1. Trusts: The Essentials // *The Worlds of the Trust* / L. Smith (ed.). P. 3.

<sup>3</sup> *Thomas G., Hudson A.* *The Law of Trusts*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford University Press, 2010. P. 11 (para. 1.01).

<sup>4</sup> См., например: *Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. Ю.К. Толстого. 7-е изд., перераб. и доп. Т. 1. М.: Проспект, 2009. С. 396–398.*

<sup>5</sup> *Канашевский В.А.* *Офшорные компании и трасты: Антиофшорное регулирование. М.: Междунар. отношения, 2018. С. 89–90; Соколова Н.В.* *Доверительная собственность (траст) в континентальной Европе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 3; Thévenoz L.* *Civil Law Jurisdictions on Their Way to Trusts: A Swiss Viewpoint* // *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds* / D. Hayton (ed.). P. 120.

договор между его учредителем и доверительным собственником<sup>1</sup>. Хотя данная теория подвергалась в литературе серьезной критике<sup>2</sup>, даже ее наиболее последовательные оппоненты, в принципе, соглашались с тем, что она является подлинным отражением нынешнего состояния практики использования трастов<sup>3</sup>. С такой точки зрения появление в юридической литературе в конце XX в. «договорной теории» следует рассматривать в качестве дополнительного подтверждения проявившейся к этому времени тенденции коммерциализации использования трастов, что, в свою очередь, способствует дальнейшему вовлечению их в сферу арбитража как способа решения международных коммерческих споров.

## **2.2. Категории трастовых споров**

В зависимости от субъектного состава их участников, все многообразие существующих трастовых споров можно подразделить на две категории, а именно (i) «внешние» споры и (ii) «внутренние» споры<sup>4</sup>. К «внешним» спорам обычно относят связанные с трастами семейные споры, наследственные споры, включая споры по поводу права на обязательную долю, споры по поводу зарезервированных полномочий учредителя траста и фиктивных трастов (*sham trusts*), трастов, созданных для защиты активов (*asset protection trusts*), несостоятельности и ответственности за содействие в нарушении фидуциарных обязательств (*dishonest assistance*)<sup>5</sup>. При этом среди «внешних» споров споры доверительного собственника с третьими лицами, связанные с управлением трастом, (например, с инвестиционными консультантами, страховыми компаниями и консультантами по рискам), иногда

---

<sup>1</sup> *Langbein J.H.* The Contractarian Basis of the Law of Trusts // *Yale Law Journal*. 1995. Vol. 105. P. 625–675 (доступно в Интернете по адресу: [https://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/502/](https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/502/)).

<sup>2</sup> *Hudson A.* *Equity and Trusts*. 9<sup>th</sup> ed. Routledge, 2017. P. 912–914; *Lau M.W.* *The Economic Structure of Trusts: Towards a Property-based Approach*. Oxford University Press, 2011. P. 21–22; *Matthews P.* *From Obligation to Property, and Back Again?* // *Extending the Boundaries of Trusts and Similar Ring-Fenced Funds* / D. Hayton (ed.). P. 219–220.

<sup>3</sup> *Lau M.W.* *Op. cit.* P. 35; *Hudson A.* *Op. cit.* P. 914.

<sup>4</sup> *Jones G., Pexton P.* *ADR and Trusts: an international guide to arbitration and mediation of trust disputes*. Spiramus Press Ltd., 2015. P. 65; *Lloyd Ch. 7.* *Internal Disputes* // *International Trust Disputes* / S. Collins, St. Kempster, M. McMillan, A. Meek (eds.). Oxford University Press, 2012. P. 113–130; *Strong S.I.* 1. *Introduction: Global Developments in Trust Arbitration*. P. 5 (paras. 1.08–1.09).

<sup>5</sup> *Jones G., Pexton P.* *Op. cit.* P. 65–66.

выделяются в самостоятельную категорию<sup>1</sup>. Напротив, к «внутренним спорам» обычно относят споры между бенефициарами и доверительным собственником, включая споры по поводу нарушения им своих фидуциарных обязанностей, осуществления им своих полномочий, его назначения и смещения, статуса бенефициаров и их требований, а также споры между самими бенефициарами<sup>2</sup>.

С точки зрения возможности их рассмотрения в порядке арбитража споры доверительного собственника с третьими лицами, составляющие часть «внешних» споров, не связаны с какими-либо специфическими проблемами, присущими исключительно трастам. Подобные споры включают в себя вопросы договорного права, которые могут рассматриваться в порядке арбитража без каких-либо сложностей теоретического или практического свойства подобно аналогичным спорам без участия трастов. Более того, арбитраж в таких спорах может основываться на стандартной арбитражной оговорке, включаемой в договор между доверительным собственником (от имени траста) и третьим лицом<sup>3</sup>. Соответственно, последующий анализ проблем трастового арбитража и возможных путей их решения будет осуществляться применительно к «внутренним» спорам, а также тем «внешним» спорам, которые связаны с вопросами, свойственными исключительно трастам (например, зарезервированных полномочий учредителя траста и фиктивных трастов).

### 3. Проблемы трастового арбитража и их возможные решения

#### 3.1. Арбитрабельность различных категорий трастовых споров

##### 3.1.1. Существо проблемы

Под арбитрабельностью споров (arbitrability), иногда именуемой «объективной арбитрабельностью», обычно понимается допустимость передачи предмета спора на рассмотрение третейского суда, а также отсутствие императивных положений законодательства, резервирующих для данного спора исключительную компетенцию государственных

<sup>1</sup> *Alsop Wilkinson v. Neary & Ors.*, [1995] 1 All ER 431; см. также: *Koch Chr.P. Op. cit.* P. 186; *Segesser G. von, Bell K. Arbitration of Trust Disputes // ASA Bulletin.* 2017. Vol. 35. Issue 1. P. 18; *Wüstermann T. Op. cit.* P. 38.

<sup>2</sup> *Jones G., Pexon P. Op. cit.* P. 66; *Segesser G. von, Bell K. Op. cit.* P. 18.

<sup>3</sup> *Strong S.I.* 1. Introduction: Global Developments in Trust Arbitration. P. 5 (para. 1.08).

судов<sup>1</sup>. С практической точки зрения наличие объективной арбитрабельности является одним из условий действительности арбитражного соглашения и одновременно условием юрисдикции третейского суда<sup>2</sup>. Напротив, ее отсутствие может повлечь за собой отказ третейского суда от рассмотрения дела, отмену решения государственным судом по месту его вынесения или последующий отказ в признании и приведении его в исполнение<sup>3</sup>.

Учитывая, что сама концепция траста является творением судов (с исторической точки зрения — судов справедливости), осуществляющих судебное усмотрение<sup>4</sup>, неудивительно, что отсутствие арбитрабельности трастовых споров является одним из традиционных возражений против трастового арбитража<sup>5</sup>. Такие взгляды были высказаны, например, Комитетом по праву трастов Англии и Уэльса в 2012 г. в докладе «Арбитраж трастовых споров», согласно которому юридические права бенефициаров и доверительных собственников могут быть действительно определены исключительно судами<sup>6</sup>. Сохранение за судами исключительной компетенции по рассмотрению трастовых споров иногда обосновывается также необходимостью осуществления ими функций защиты бенефициаров и осуществления контроля за управлением доверительным собственником активами траста<sup>7</sup>. Из этого следует, что для

<sup>1</sup> *Girsberger D., Vosser N.* International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives. 3<sup>rd</sup> ed. Nomos; Schulthess, 2016. P. 77 (para. 317); *Минина А.И.* Объективная арбитрабельность в законодательстве, доктрине и арбитражной практике России // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 1(38). С. 115–116 (доступно в Интернете по адресу: [http://aurora-group.eu/library\\_get\\_pdf.php?id=27458](http://aurora-group.eu/library_get_pdf.php?id=27458)). Наряду с объективной арбитрабельностью в теории выделяется субъективная арбитрабельность, определяемая как возможность заключения арбитражного соглашения некоторыми субъектами гражданских правоотношений (см., например: Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов. 2-е изд. перераб. и доп. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. С. 236 (автор пар. 6.2 — С.А. Курочкин)).

<sup>2</sup> *Berger B., Kellerhals F.* International and Domestic Arbitration in Switzerland. 3<sup>rd</sup> ed. Stämpfli; Hart Pub.; C.H. Beck; Manz, 2015. P. 62 (para. 184).

<sup>3</sup> *Ibid.* P. 62 (para. 185).

<sup>4</sup> *Hudson A.* *Op. cit.* P. 36–38.

<sup>5</sup> *Holden A.* The Arbitration of Trust Disputes: Theoretical Problems and Practical Possibilities. P. 547.

<sup>6</sup> Arbitration of Trust Disputes / Trust Law Committee (<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/trustlawcommittee/otherpapersandreports/Arbitration-of-Trust-Disputes.pdf>). P. 8 (para. 25) (со ссылкой на: *Schmidt v. Rosewood Trustees*, [2003] 2 AC 709).

<sup>7</sup> *Fox D.* Non-Excludable Trustee Duties // *Trusts & Trustees*. 2011. Vol. 17. Issue 1. P. 17–26. <https://doi.org/10.1093/tandt/ttq115>



успешного развития трастового арбитража в той или иной юрисдикции необходимо четкое признание арбитрабельности трастовых споров.

### 3.1.2. Предлагаемые зарубежные решения

Анализ законодательства зарубежных стран, посвященного международному коммерческому арбитражу и трастам, позволяет выделить два принципиальных подхода к признанию арбитрабельности трастовых споров. Во-первых, арбитражное законодательство может содержать широкое определение понятия арбитрабельности, которым будут охватываться самые разнообразные категории споров, включая трастовые споры, если только какая-либо специальная норма не предусматривает исключения в отношении их конкретной категории. Примером подобного подхода является Федеральный закон о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)<sup>1</sup>) Швейцарии (далее – Федеральный закон Швейцарии о МЧП), согласно которому предметом арбитражного разбирательства может быть любой имущественный спор (абз. 1 ст. 177). Поскольку практически все типы связанных с трастами споров в конечном итоге связаны с распределением частного имущества, в свете данной нормы подавляющее большинство таких споров в Швейцарии рассматриваются как арбитрабельные<sup>2</sup>.

Во-вторых, в тех случаях, когда в арбитражном законодательстве страны отсутствует общее широкое понятие арбитрабельности, ее признание в отношении трастовых споров осуществляется путем включения в закон специальной правовой нормы либо посредством подтверждения в судебной практике<sup>3</sup>. Примером такой нормы является положение Закона о лицах и компаниях (Personen- und Gesellschaftsrecht (PGR)) Лихтенштейна (п. 2 ст. 931), предусматривающее, что споры между учредителем, доверительным собственником и бенефициарами траста, регулируемого иностранным правом, созданного и зарегистрированного в Лихтенштейне, подлежат обязательному

<sup>1</sup> <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201901010000/291.pdf>

<sup>2</sup> Вопрос об арбитрабельности в Швейцарии споров о замене доверительного собственника и его обращении за получением руководящих указаний пока далек от окончательного разрешения (см.: *Wüstermann T., Huber R.* 17. Trust Arbitration in Switzerland // *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law* / S.I. Strong (ed.). P. 404 (para. 17.59).

<sup>3</sup> *Strong S.I.* Arbitration of Trust Disputes: When Two Bodies of Law Collide. P. 1238.

арбитражу<sup>1</sup>. Другим возможным примером подобной нормы является статья «Альтернативное разрешение споров» разд. 14 «Трасты, имущество и защитные процедуры» Обновленного свода законов штата Аризона, согласно которой документы траста могут предусматривать обязательные, исключительные и разумные процедуры для разрешения вопросов между учредителем и заинтересованными лицами или между заинтересованными лицами в отношении управления или распределения имущества траста<sup>2</sup>. Аналогичным образом Закон о доверительных собственниках Багамских островов прямо допускает возможность рассмотрения в порядке арбитража любого спора или административного вопроса в отношении траста<sup>3</sup>.

### *3.1.3. Возможные решения в России*

Анализ Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА) позволяет сделать вывод об отсутствии принципиальных проблем с арбитрабельностью трастовых споров в России. Так, согласно Закону о МКА в международный коммерческий арбитраж по соглашению сторон могут передаваться споры сторон, возникающие из гражданско-правовых отношений, при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной стороны находится за границей либо если любое место, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находится за границей, а также споры, возникшие в связи с осуществлением иностранных инвестиций на территории Российской Федерации или российских инвестиций за границей (п. 3 ст. 1). При этом Закон о МКА прямо предусматривает возможность установления другими федеральными законами ограничений на передачу отдельных категорий споров в арбитраж или передачу споров в арбитраж только в соответствии с иными положениями, чем те, которые содержатся в Законе о МКА (п. 6 ст. 1).

Поскольку отношения между участниками траста в силу их имущественного характера могут квалифицироваться как гражданско-право-

---

<sup>1</sup> <https://www.gesetze.li/konso/1926.004>; см. также: *Wenaweser St.* 29. Liechtenstein // *International Trust Disputes* / S. Collins, St. Kempster, M. McMillan, A. Meek (eds.). P. 457.

<sup>2</sup> *Ariz. Rev. Stat.*, § 14-10205 (2019) (Title 14 – Trusts, Estates and Protective Proceedings).

<sup>3</sup> *Trustee Act, 1998* (as modified by the *Trustee (Amendment) Act, 2011*), Sec. 91A.

вые в значении ст. 2 ГК РФ<sup>1</sup>, трастовые споры могут быть предметом рассмотрения в порядке арбитража в Российской Федерации. Соблюдение дополнительного условия рассмотрения споров в соответствии с Законом о МКА, а именно нахождение за границей места, где должна быть исполнена значительная часть обязательств, вытекающих из отношений сторон, или места, с которым наиболее тесно связан предмет спора, в случае трастовых споров также не должно вызывать затруднений, исключая, пожалуй, возможный, но весьма маловероятный на практике случай нахождения доверительного собственника траста, созданного по законодательству иностранного государства, на территории Российской Федерации. Наконец, за небольшими изъятиями, трастовые споры в Российской Федерации не будут подпадать под возможные ограничения арбитрабельности, предусмотренные федеральными законами.

Во-первых, поскольку трасты общего права не являются юридическими лицами, они не будут подпадать под существующие в Российской Федерации ограничения на арбитрабельность корпоративных споров<sup>2</sup>. Во-вторых, трастовые споры не будут подпадать под возможные ограничения на арбитрабельность споров о недвижимом имуществе, находящемся в Российской Федерации<sup>3</sup>. Подобное имущество в любом случае не может быть передано в иностранный траст, поскольку согласно п. 2 ст. 1213 ГК РФ к договорам в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества применяется российское право. Учитывая, что передача имущества в траст требует

<sup>1</sup> Согласно абзацу первому п. 1 ст. 2 ГК РФ гражданское законодательство определяет правовое положение участников гражданского оборота, основания возникновения и порядок осуществления права собственности и других вещных прав, прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальных прав), регулирует отношения, связанные с участием в корпоративных организациях или с управлением ими (корпоративные отношения), договорные и иные обязательства, а также другие имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности участников.

<sup>2</sup> Глава 28.1 «Рассмотрение дел по корпоративным спорам» АПК РФ; ч. 7.1 ст. 45 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 27 декабря 2018 г. № 531-ФЗ).

<sup>3</sup> Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов; Отв. ред. Т.А. Лунаева. 2-е изд., перераб. и доп. С. 257–269 (автор п. 6.3.2 – Г.В. Севастьянов).

согласия доверительного собственника и, следовательно, взаимного согласия учредителя и доверительного собственника, в соответствии с ГК РФ акт передачи имущества в траст может рассматриваться как договор. Именно поэтому, хотя определенное иностранное законодательство могло бы предусматривать возможность передачи недвижимого имущества в траст, ст. 1213 ГК РФ не позволит российским лицам выбирать его в качестве закона, применимого к передаче их недвижимого имущества, расположенного в России. Поскольку на основании внутреннего российского законодательства передача любого имущества в траст невозможна<sup>1</sup>, а российские лица не могут выбрать иностранное право в качестве закона, применимого к передаче недвижимого имущества, находящегося на территории России, то они не могут передать это недвижимое имущество в траст. Наконец, хотя российское законодательство не рассматривает споры о банкротстве в качестве арбитрабельных<sup>2</sup>, весьма вероятно, что подобные споры, связанные с трастами, на практике встречаются весьма редко. Соответственно, можно предположить, что в области трастового арбитража в Российской Федерации данное ограничение не будет иметь каких-либо серьезных последствий.

### ***3.2. Сфера действия арбитражного соглашения, содержащегося в документе об учреждении траста***

#### *3.2.1. Существо проблемы*

Идея о наличии согласия сторон на передачу существующего или возникающих в будущем споров на рассмотрение независимых третьих лиц, лежащая в основе международного коммерческого арбитража<sup>3</sup>, воплощается в установлении требования о наличии действительного арбитражного соглашения как в национальном законодательстве<sup>4</sup>, так и в Нью-Йоркской конвенции (п. 1 ст. II, подп. «а» п. 1 ст. V). Принимая во внимание наличие такого требования, включение в документ об учреждении траста (trust deed) положения, предусматривающего передачу будущих споров в арбитраж, само по себе еще не является

---

<sup>1</sup> Пункт 4 ст. 209 ГК РФ.

<sup>2</sup> Пункт 1 ч. 2 ст. 33 АПК РФ; п. 3 ст. 33 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности («банкротстве»).

<sup>3</sup> *Law J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Op. cit. P. 99–100.

<sup>4</sup> Статья 7 Закон о МКА; ст. 178 Федерального закона Швейцарии о МЧП.

достаточным для охвата всех их возможных участников. Так, если данный документ подписывается учредителем траста, доверительным собственником и протектором, он может признаваться в качестве действительного арбитражного соглашения в отношении возникающих между ними споров<sup>1</sup>. Вместе с тем бенефициары траста или в случае дискреционного траста члены класса бенефициаров<sup>2</sup> этот документ не подписывают и, соответственно, на первый взгляд не охватываются содержащимся в нем арбитражным соглашением. Поскольку бенефициары могут считаться типичными участниками трастовых споров, эффективное решение вопроса их вовлечения в арбитражное разбирательство, являющегося частным случаем проблемы распространения действия арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали<sup>3</sup>, следует признать необходимым условием создания эффективной системы трастового арбитража.

### 3.2.2. Предлагаемые зарубежные решения

Возможные решения проблемы распространения на бенефициаров траста действия арбитражного соглашения отличаются значительным разнообразием. Во-первых, законодательство ряда юрисдикций, в частности Багамских островов<sup>4</sup>, Гернси<sup>5</sup>, Мальты<sup>6</sup> и штата Флориды<sup>7</sup>, прямо предусматривает, что лица, не подписавшие документ об учреждении траста, в частности бенефициары, тем не менее связаны содержащимся в нем арбитражным соглашением. Во-вторых, в тех случаях, когда законодательство той или иной юрисдикции подобных положений не содержит, ученые-правоведы и практикующие юристы

<sup>1</sup> *Holden A.* The Arbitration of Trust Disputes: Theoretical Problems and Practical Possibilities. P. 549.

<sup>2</sup> В дискреционном трасте (discretionary trust) доверительный собственник наделяется усмотрением по распределению дохода (или имущества) траста среди членов определенного класса бенефициаров (см., например: *Andersen R.W.* Understanding Trusts and Estates. 5<sup>th</sup> ed. LexisNexis, 2013. P. 94; *LaPiana W.P.* Inside Wills and Trusts: What Matters and Why. Wolters Kluwer Law & Business, 2012. P. 205).

<sup>3</sup> *Brekoulakis St.* Ch. 8. Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality // The Evolution and Future of International Arbitration / St. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis (eds.). Kluwer Law International, 2016. P. 119–122.

<sup>4</sup> Trustee Act, 1998 (as modified by the Trustee (Amendment) Act, 2011), Sec. 91A(2).

<sup>5</sup> Trusts (Guernsey) Law, 2007, Sec. 63.

<sup>6</sup> Arbitration Act, Art. 15A(2).

<sup>7</sup> Fla. Stat., § 731.401 (2019).

сформулировали несколько теорий, направленных на восполнение данного пробела.

Так, в соответствии с теорией «подразумеваемого согласия» (*deemed acquiescence*), предлагаемой рядом английских авторов, принятие бенефициаром выплат из имущества, переданного в траст, или его ссылка на права, предусмотренные учредительным документом траста, признаются в качестве его согласия на рассмотрение споров в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в таком документе<sup>1</sup>. Согласно сходной по смыслу теории «условной передачи» (*conditional transfer*), сформулированной в США, бенефициар траста считается связанным его положениями, поскольку его (ее) права являются производными от желаний учредителя. Поэтому учредитель может обусловить получение бенефициаром выгод от траста соблюдением им арбитражного соглашения<sup>2</sup>.

Кроме того, связанность бенефициаров арбитражным соглашением, содержащимся в документе об учреждении траста, иногда обосновывается также «эстоппелем, основанным на праве справедливости» (*equitable estoppel*). Согласно данной теории, если лицо осуществляет свои права на основании договора, оно тем самым лишается возможности заявлять возражения о том, что не является связанным обязательствами, вытекающими из того же договора, включая арбитражное соглашение<sup>3</sup>. Наконец, подход *ICC*, закрепленный в принятой ею арбитражной оговорке для споров, связанных с трастами, сочетает в себе теорию «подразумеваемого согласия» и тесно связанную с ней идею о прямой обусловленности интереса бенефициара в трасте принятием арбитражного соглашения<sup>4</sup>. В соответствии с предлагаемой оговоркой, любой бенефициар траста, претендующий или принимающий какие-либо выгоды, интерес или право на основании траста, связан положениями настоящей арбитражной оговорки и считается принявшим ее<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Hayton D. Problems of Attaining Binding Determination of Trust Issues by Alternative Dispute Resolution // Papers of the International Academy of Estate and Trust Law / R.F. Atherton (ed.). Kluwer Law International, 2001. P. 11–19.*

<sup>2</sup> *Strong S.I. Arbitration of Trust Disputes: When Two Bodies of Law Collide. P. 1211.*

<sup>3</sup> *Ganz S. 21. Enforcement of Foreign Arbitral Awards Arising from an Internal Trust Arbitration: Issues under the New York Convention // Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law / S.I. Strong (ed.). P. 494, 505 (para. 21.28).*

<sup>4</sup> *Ganz S. Op. cit. P. 505–506 (para. 21.29).*

<sup>5</sup> *ICC Arbitration Clause for Trust Disputes // ICC Arbitration Clause for Trust Disputes and Explanatory Note (ICC Publication 891-0). P. 3.*

### 3.2.3. Возможные решения в России

Наличие в национальном законодательстве специальной нормы, прямо предусматривающей обязательность содержащегося в учредительных документах траста арбитражного соглашения для его бенефициаров, вносит в этот вопрос определенность и, таким образом, не может не увеличивать привлекательность соответствующей юрисдикции в качестве возможного места для рассмотрения споров с их участием в порядке арбитража. Хотя за последнее десятилетие в ГК РФ появились нормы, по своему смыслу являющиеся аналогичными «эстоппелю, основанному на праве справедливости»<sup>1</sup>, в отличие от стран общего права<sup>2</sup>, судебные решения в России не обладают силой прецедента<sup>3</sup>. Из этого следует, что возложение на российские суды обязанности в каждом конкретном случае оценивать по своему усмотрению, без ссылки на предшествующие решения добросовестность поведения бенефициаров траста, получивших из него выплаты, но отказывающихся признавать арбитражное соглашение, не способствует созданию у участников трастов уверенности в эффективности такого соглашения при рассмотрении их будущих споров в Российской Федерации.

Соответственно, по сравнению с другими возможными способами решения данной проблемы включение в российское законодательство самостоятельной нормы об обязательности арбитражного соглашения для бенефициаров траста обладает несомненными преимуществами. Более того, российская теория арбитража уже развивается в аналогичном направлении в отношении распространения арбитражной оговорки, включенной в устав юридического лица, на его новых участников без необходимости получения их дополнительного согласия<sup>4</sup>. Поэтому

<sup>1</sup> Пункт 5 ст. 166 («Заявление о недействительности сделки не имеет правового значения, если ссылающееся на недействительность сделки лицо действует недобросовестно, в частности если его поведение после заключения сделки давало основания другим лицам полагаться на действительность сделки»), п. 3 ст. 432 («Сторона, принявшая от другой стороны полное или частичное исполнение по договору либо иным образом подтвердившая действие договора, не вправе требовать признания этого договора незаключенным, если заявление такого требования с учетом конкретных обстоятельств будет противоречить принципу добросовестности (пункт 3 статьи 1)») ГК РФ.

<sup>2</sup> *Cardozo B.N.* The Nature of the Judicial Process. Yale University Press, 1991. P. 124–125.

<sup>3</sup> *David R., Jauffret-Spinozi C.* Les grands systèmes de droit contemporains. 11<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2002. P. 16–19.

<sup>4</sup> *Асосков А.В.* Допустимость разрешения корпоративных споров в международном коммерческом арбитраже. // Международный коммерческий арбитраж: современные

такая норма могла бы быть внесена, например, в ст. 7 Закона о МКА вслед за положением, предусматривающим возможность включения арбитражных оговорок в устав юридического лица для разбирательства корпоративных споров<sup>1</sup>.

### ***3.3. Исполнение арбитражных решений по трастовым спорам на основании Нью-Йоркской конвенции***

#### *3.3.1. Существо проблемы*

Поскольку активы траста могут находиться в различных юрисдикциях, необязательно совпадающих с местом арбитража, возможность исполнения вынесенных решений в глобальном масштабе следует признать необходимым условием успешного развития трастового арбитража. Хотя Нью-Йоркская конвенция, по состоянию на сегодняшний день ратифицированная уже 161 страной<sup>2</sup>, представляет собой наиболее успешный международный инструмент, используемый для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений<sup>3</sup>, как это ни парадоксально, именно она в настоящее время может рассматриваться в качестве одного из препятствий на пути данного развития. Так, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией одним из необходимых условий для такого признания и приведения в исполнение является наличие письменного соглашения, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договорным или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства (п. 1 ст. II, подп. «а» п. 1 ст. V). Согласно Нью-Йоркской конвенции термин

---

проблемы и решения: Сборник статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012. С. 19; Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов; Отв. ред. Т.А. Лунаева. 2-е изд., перераб. и доп. С. 385–386 (автор пар. 7.9 – Ю.А. Бабичев).

<sup>1</sup> Пункт 7 ст. 8 Закона о МКА.

<sup>2</sup> Статут текстов: Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) ([https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2)).

<sup>3</sup> *Moses M.L.* 20. International Enforcement of an Arbitration Provision in a Trust: Questions Involving the New York Convention // *Arbitration of Trust Disputes: Issues in National and International Law* / S.I. Strong (ed.). P. 493.



«письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, или содержащееся в обмене письмами или телеграммами (п. 2 ст. II). В то же время документ о создании траста, содержащий арбитражное соглашение, обязательно подписывается только его учредителем, иногда также доверительным собственником, но не бенефициарами траста<sup>1</sup>.

Иначе говоря, в случае с бенефициарами «письменное соглашение» в значении Нью-Йоркской конвенции попросту отсутствует. Поэтому если подходить к данному требованию Нью-Йоркской конвенции буквально, даже при условии, что теории «подразумеваемого согласия», «условной передачи» или «эстоппель, основанный на праве справедливости» могут позволить распространить действие арбитражного соглашения на бенефициаров при рассмотрении дела, они еще не гарантируют, что вынесенное решение будет обязательно признано и приведено в исполнение за пределами соответствующей юрисдикции<sup>2</sup>. Подобная неопределенность может, в свою очередь, подорвать доверие потенциальных участников к эффективности трастового арбитража в целом.

### 3.3.2. Предлагаемые зарубежные решения

Анализ существующих за рубежом решений проблемы отсутствия письменного арбитражного соглашения с бенефициарами траста позволяет выделить два принципиальных подхода к этому вопросу, а именно (i) юридический и (ii) организационно-практический. Юридический подход к решению данной проблемы следует рассматривать в контексте общей тенденции смягчения требований к форме арбитражных соглашений, отчетливо проявившейся в последние десятилетия в национальном законодательстве и судебной практике, а также на международном уровне. Побудительной причиной возникновения и последующего развития указанной тенденции явилось все более усиливающееся восприятие участниками коммерческого оборота требований Нью-Йоркской конвенции к форме арбитражных соглашений как слишком ограничительных и более не согласующихся с существующей международной торговой практикой<sup>3</sup>. Действительно, согласно п. 2

<sup>1</sup> *Strong S.I.* Arbitration of Trust Disputes: When Two Bodies of Law Collide. P. 1209–1210.

<sup>2</sup> *Moses M.L.* 20. International Enforcement of an Arbitration Provision in a Trust: Questions Involving the New York Convention. P. 484.

<sup>3</sup> Урегулирование торговых споров. Возможные единообразные положения по некоторым вопросам, касающимся урегулирования торговых споров: согласительная

ст. II Нью-Йоркской конвенции арбитражное соглашение может быть заключено лишь двумя способами: либо путем подписания единого документа, либо путем обмена письмами или телеграммами. В то же время в коммерческом обороте весьма нередки случаи, когда соглашения между его участниками заключаются в устной форме или путем совершения конклюдентных действий. С этой точки зрения излишний формализм Нью-Йоркской конвенции, предлагающей только два возможных варианта, в данном вопросе может препятствовать достижению ее основной цели, заключающейся в содействии признанию и приведению в исполнение арбитражных решений в максимально возможном числе случаев<sup>1</sup>.

На фоне внесения изменений в национальное законодательство, предусматривающих более благоприятные по сравнению с Нью-Йоркской конвенцией требования в отношении формы арбитражного соглашения<sup>2</sup>, а также развивающейся в сходном направлении судебной практики<sup>3</sup>, в 2006 г. Комиссия ООН по праву международной торговли

---

процедура, обеспечительные меры, письменная форма арбитражного соглашения. Доклад Генерального секретаря. Добавление / Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1) (26 января 2000 г.) (<https://digitallibrary.un.org/record/408248>).

<sup>1</sup> Paulsson M. The 1958 New York Convention in Action. Kluwer Law International, 2016. P. 77–78.

<sup>2</sup> Например, согласно ст. 1507 ГПК (Code de procédure civile) Франции ([https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DD0975680850C10CECD5C7568F942C94.tpIgr25s\\_1?idSectionTA=LEGISCTA000023427131&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200212](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DD0975680850C10CECD5C7568F942C94.tpIgr25s_1?idSectionTA=LEGISCTA000023427131&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20200212)) на арбитражное соглашение в области международного арбитража не распространяются никакие формальные требования.

<sup>3</sup> Например, согласно абз. 1 ст. 178 Федерального закона Швейцарии о МЧП арбитражное соглашение действительно с точки зрения формы, если оно заключено в письменной форме путем составления одного документа или обмена телеграммами, телексами или факсимильными сообщениями либо при помощи любого другого средства связи, позволяющего в доказательство наличия соглашения предъявить его текст. В соответствии с абз. 2 ст. 178 того же Федерального закона арбитражное соглашение действительно с точки зрения содержания, если оно отвечает требованиям права, избранного сторонами, либо права, применимого к спорному правоотношению, в частности права, применимого к основному договору, либо швейцарского права. Вместе с тем, как отметил Федеральный трибунал Швейцарии, требование к форме арбитражного соглашения, установленное абз. 1 ст. 178 Федерального закона Швейцарии о МЧП, распространяется только на само арбитражное соглашение, посредством которого его первоначальные стороны выразили свою общую волю на передачу споров в арбитраж. Напротив, вопрос о распространении сферы действия арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали, относится к содержанию арбитражного соглашения и должен решаться на основании абз. 2

(ЮНСИТРАЛ) утвердила Рекомендацию по толкованию содержания п. 2 ст. II и п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции (далее – Рекомендация ЮНСИТРАЛ)<sup>1</sup>. Рекомендация ЮНСИТРАЛ призывает государства применять п. 2 ст. II Нью-Йоркской конвенции исходя из признания того, что содержащееся в нем описание обстоятельств не носит исчерпывающего характера (п. 1). Она также рекомендует применять п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции таким образом, чтобы предоставить любой заинтересованной стороне возможность воспользоваться правами, которыми она может обладать в соответствии с законодательством или международными договорами страны, в которой подается ходатайство, основанное на арбитражном соглашении, в целях признания действительности такого арбитражного соглашения (п. 2)<sup>2</sup>.

В том же 2006 г. ЮНСИТРАЛ внесла ряд изменений в Типовой закон о международном торговом арбитраже (далее – Типовой закон ЮНСИТРАЛ), в частности два альтернативных варианта ст. 7, касающейся формы арбитражного соглашения<sup>3</sup>. Согласно п. 4 первого варианта указанной статьи, хотя арбитражное соглашение должно заключаться в письменной форме, это требование удовлетворяется электронным сообщением, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования; «электронное сообщение» означает любое сообщение, которое стороны передают

---

ст. 178 Федерального закона Швейцарии о МЧП. См.: ATF 129 III 727 consid. 5.3.1 p. 736 (доступно в Интернете по адресу: [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F129-III-727%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-727%3Ade&lang=de&type=show_document)); см. также: *Born G.B.* Op. cit. P. 99–100.

<sup>1</sup> Рекомендация относительно толкования пункта 2 статьи II и пункта 1 статьи VII Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, совершенной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, принятая Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли 7 июля 2006 года на ее тридцать девятой сессии (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/a2r.pdf>).

<sup>2</sup> Согласно п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции ее постановления не затрагивают действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных Договаривающимися Государствами, и не лишают никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения.

<sup>3</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже. 1985 год. С изменениями, принятыми в 2006 году. Вена: ООН, 2008. С. 4–5 (доступно в Интернете по адресу: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/07-87000\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/07-87000_ebook.pdf)).

с помощью сообщений данных; «сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭОД), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими. Согласно второму варианту, арбитражное соглашение может заключаться вообще в любой форме.

Юридический подход к решению проблемы отсутствия письменно-го арбитражного соглашения с бенефициарами траста как раз и состоит в применении Рекомендации ЮНСИТРАЛ, а также второго варианта ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ к трастовому арбитражу. В соответствии с данным подходом, если арбитражное соглашение в документе об учреждении траста является действительным по праву, выбранному учредителем, иностранный суд, признающий и приводящий в исполнение соответствующее арбитражное решение, не должен заявлять о его недействительности ввиду «устаревшего и формалистского требования о наличии письменной формы Нью-Йоркской конвенции»<sup>1</sup>. Тем не менее, как справедливо отмечается в литературе, нет никаких гарантий, что все суды будут интерпретировать Нью-Йоркскую конвенцию в соответствии с Рекомендацией ЮНСИТРАЛ<sup>2</sup>. Более того, хотя национальное арбитражное законодательство на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ было принято в общей сложности в 111 правовых системах в 80 государствах, по состоянию на 20 ноября 2019 г. внесенные в него в 2006 г. изменения, значительно смягчающие требования к форме арбитражных соглашений, были учтены только в 32 юрисдикциях<sup>3</sup>. Наконец, существует вероятность того, что некоторые иностранные суды могут попросту отказаться применять п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции к арбитражным соглашениям по аналогии, поскольку, строго говоря, в тексте данной статьи прямо упоминаются только «арбитражные решения»<sup>4</sup>. Из этого следует, что предлагаемый юридический подход сам по себе еще не позволяет обеспечить опре-

---

<sup>1</sup> *Moses M.L.* 20. International Enforcement of an Arbitration Provision in a Trust: Questions Involving the New York Convention. P. 486 (para. 20.60).

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> Статус текстов: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (1985 год) с изменениями, принятыми в 2006 году ([https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/modellaw/commercial\\_arbitration/status](https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status)).

<sup>4</sup> *Moses M.L.* International Enforcement of an Arbitration Provision in a Trust: Questions Involving the New York Convention. P. 486 (para. 20.60).

деленность в решении вопроса отсутствия письменного арбитражного соглашения с бенефициарами траста, на которую вправе рассчитывать учредитель траста при выборе в пользу трастового арбитража. Хотя при создании траста его учредитель может обзавестись юридическими заключениями по праву всех юрисдикций, где впоследствии может потребоваться признание и приведение в исполнение арбитражного решения, вынесенного по требованию бенефициаров, наличие многочисленных заключений (и связанные с ними расходы) еще на гарантирует ожидаемого положительного результата.

Возможным способом устранения данной неопределенности является предложенный в зарубежной литературе организационно-практический подход. Он состоит в выборе в качестве места трастового арбитража юрисдикции, в которой с наибольшей степенью вероятности может потребоваться признание и приведение в исполнение будущего арбитражного решения. Как показывает практика, такой юрисдикцией обычно является страна, в которой осуществляется управление трастом, в идеальном случае совпадающая со страной, в которой находятся наиболее значительные активы траста или их существенная часть<sup>1</sup>. В результате такого выбора, когда арбитражное законодательство страны места арбитража устанавливает более мягкие требования к форме арбитражного соглашения, чем ст. II Нью-Йоркской конвенции, поскольку решение будет приводиться в исполнение в этой же стране на основании такого национального законодательства, то проблем с возможным несоблюдением письменной формы возникнуть не должно.

### *3.3.3. Возможные решения в России*

Проблема соблюдения формальных требований ст. II Нью-Йоркской конвенции в области трастового арбитража носит глобальный характер, поскольку вынесение решения в юрисдикции, придерживающейся по данному вопросу «либерального» подхода, еще не гарантирует его признание и приведение в исполнение в тех юрисдикциях, законодательство которых буквально следует таким требованиям. Поэтому, даже если в ст. 7 Закона о МКА будут внесены положения об обязательности арбитражного соглашения для бенефициаров, соответствующие изменения сами по себе не позволят полностью устранить риск отказа в признании и приведении в исполнение вынесенного в России решения за ее пределами; при этом выбор России в качестве места трастового арбитража будет не «лучше», но вместе с тем

<sup>1</sup> Koch Chr.P. Op. cit. P. 194.

и не «хуже», чем выбор в аналогичном качестве другой юрисдикции, предусматривающей обязательность арбитражного соглашения для бенефициаров траста. Более того, в тех случаях, когда трасты общего права используются российскими учредителями в отношении активов, находящихся в Российской Федерации (например, акций российских компаний), с целью их защиты от кредиторов, а также наследственного планирования, место трастового арбитража будет совпадать с местонахождением активов, потенциально являющихся объектом будущего арбитражного решения. С этой точки зрения выбор России в качестве места трастового арбитража позволит избежать неопределенности в вопросе об исполнении соответствующих решений и одновременно будет способствовать возврату «российских» трастовых споров в национальную юрисдикцию и ее превращению в ведущий мировой центр арбитража.

### ***3.4. Представительство в арбитражном разбирательстве специальных категорий бенефициаров траста***

#### *3.4.1. Существо проблемы*

В том случае, когда траст используется в качестве инструмента передачи имущества между поколениями одной семьи, в тот или иной момент после своего создания он может заключать в себе интересы несовершеннолетних, недееспособных или даже еще не родившихся бенефициаров, если он создает для них будущий интерес<sup>1</sup>. Кроме того, если речь идет о дискреционном трасте, нельзя исключить, что на момент возникновения спора между некоторыми из его участников доверительный собственник еще не назначит конкретных бенефициаров из их класса, определенного в документе об учреждении траста. Поскольку арбитражное решение может затрагивать имущественные права этих специальных категорий бенефициаров (будущих бенефициаров), одним из необходимых условий для признания арбитража в качестве эффективного способа разрешения трастовых споров является обеспечение их надлежащего участия в процессе разбирательства<sup>2</sup>. Помимо двух проблем, существующих в отношении любых

---

<sup>1</sup> Koch Chr.P. Op. cit. P. 198.

<sup>2</sup> Segesser G. von, Bell K. Op. cit. P. 29; Strong S.I. Mandatory Arbitration of Internal Trust Disputes – Improving Arbitrability and Enforceability through Proper Procedural Choices // Arbitration International. 2012. Vol. 28. Issue 4. P. 623. <https://doi.org/10.1093/arbitration/28.4.591>

категорий бенефициаров (распространение действия арбитражного соглашения на бенефициаров и соблюдение требований ст. II Нью-Йоркской конвенции о его письменной форме), обеспечение такого участия в отношении этих категорий бенефициаров требует решения двух дополнительных проблем<sup>1</sup>.

Прежде всего, ввиду своего особого статуса указанные (будущие) бенефициары не могут самостоятельно выразить согласие на получение выплат из траста, являющееся необходимым условием для распространения на них действия арбитражного соглашения на основании теорий «подразумеваемого согласия», «условной передачи» или «эстоппеля, основанного на праве справедливости». Кроме того, даже в случае распространения на них действия арбитражного соглашения такие (будущие) бенефициары ввиду своего статуса не смогут непосредственно принимать участие в арбитражном разбирательстве. В свете наличия этих двух дополнительных проблем обеспечение участия данных категорий бенефициаров требует создания механизма представительства их интересов в трастовом арбитраже.

#### 3.4.2. Предлагаемые зарубежные решения

Анализ существующих зарубежных решений проблемы представительства интересов специальных категорий бенефициаров траста в арбитражном разбирательстве позволяет выделить три принципиальных подхода. Во-первых, национальное законодательство может уполномочивать третейский суд назначить одного или нескольких лиц для представительства интересов бенефициаров, включая еще не родившихся (*unborn*) и еще не определенных (*unascertained*) бенефициаров<sup>2</sup>. Во-вторых, оно может прямо допускать включение в документ об учреждении траста положений, предусматривающих возможность назначения представителей интересов таких категорий бенефициаров<sup>3</sup>. Аналогичным образом пояснительная записка к арбитражной оговорке *ICC* для трастовых споров рекомендует включать в документ об учреждении траста механизм назначения так называемых «друзей

<sup>1</sup> *Holden A.* The Arbitration of Trust Disputes: Theoretical Problems and Practical Possibilities. P. 551.

<sup>2</sup> Trustee Act, 1998 (as modified by the Trustee (Amendment) Act, 2011), Sec. 91B(3); см. также: *Hayton D.* Problems in Attaining Binding Determination of Trust Issues by Alternative Dispute Resolution. P. 12.

<sup>3</sup> Trustee Act, 1998 (as modified by the Trustee (Amendment) Act, 2011), Sec. 91B(4).

судебного разбирательства»<sup>1</sup> и представителей недееспособных или еще не определенных бенефициаров в трастовом арбитраже<sup>2</sup>.

В-третьих, национальное законодательство может предусматривать назначение представителей определенных категорий бенефициаров траста в судебном порядке. Так, согласно Закону о трастах Гернси, если альтернативное разрешение спора приводит к урегулированию требования, которое оформлено в виде документа, подписанного всеми сторонами или от имени всех сторон, такое урегулирование является обязательным для всех бенефициаров траста, независимо от того, определены ли они, существуют ли они, являются ли они несовершеннолетними или ограниченными в дееспособности<sup>3</sup>. Данное положение применяется в отношении бенефициара траста лишь в том случае, если (а) он был представлен в разбирательстве по альтернативному разрешению спора (будь то лично, или его опекуном, или как член класса, или иным образом) либо (б) если он не был представлен, то он получил уведомление о разбирательстве по альтернативному разрешению спора и имел разумную возможность быть заслушанным; кроме того, в случае с бенефициаром, который еще не установлен или не существует либо является несовершеннолетним или лицом с ограниченной дееспособностью, лицо, осуществлявшее альтернативное разрешение спора, должно удостоверить, что такой бенефициар был независимо представлен лицом, назначенным для этой цели судом<sup>4</sup>.

### *3.4.3. Возможные решения в России*

Действующее российское законодательство не предусматривает возможности назначения третейским судом или государственным судом представителей несовершеннолетних, недееспособных или еще не родившихся лиц для участия в арбитражном разбирательстве. В то же время решение данного вопроса не может быть предоставлено

---

<sup>1</sup> Понятие «друг судебного разбирательства» (“litigation friend”) в английском гражданском процессе обозначает лицо, ответственное в соответствии с ч. 21 Правил гражданского процесса (Civil Procedure Rules (CPR)) за ведение и расходы судебного разбирательства, осуществляемого от имени или против ребенка либо психически неуравновешенного человека (см.: Oxford Dictionary of Law / J. Law (ed.). 8<sup>th</sup> ed. Oxford University Press, 2015. P. 374).

<sup>2</sup> Explanatory Note Accompanying the ICC Arbitration Clause for Trust Disputes // ICC Arbitration Clause for Trust Disputes and Explanatory Note (ICC Publication 891-0). P. 8 (para. 14).

<sup>3</sup> Trusts (Guernsey) Law, 2007, Sec. 63(1)(c).

<sup>4</sup> Ibid., Sec. 63(2).



исключительно на усмотрение учредителя траста, поскольку в случае несогласия других участников спора с кандидатурой представителя процедура его назначения рискует затянуться и в конечном итоге потребовать вмешательства государственного суда. Поэтому внесение в российское законодательство специальных норм, устанавливающих условия и порядок назначения представителей специальных категорий бенефициаров, становится одним из необходимых условий создания в стране эффективной системы трастового арбитража.

Поскольку согласно ГК РФ (п. 1 ст. 26) законными представителями несовершеннолетних граждан в возрасте от 14 до 18 лет являются их родители, усыновители или в случае их назначения попечители, именно они по общему правилу должны представлять интересы этих граждан в трастовом арбитраже в Российской Федерации. Аналогичным образом интересы несовершеннолетних, не достигших 14 лет (малолетних), в трастовом арбитраже должны представлять их родители, усыновители или опекуны<sup>1</sup>, а интересы граждан, признанных судом недееспособными вследствие психического расстройства, их опекуны<sup>2</sup>. Вместе с тем, если законные представители бенефициара траста одновременно являются бенефициарами этого же траста, возможно возникновение конфликта их интересов<sup>3</sup>. Для охраны интересов специальных категорий бенефициаров траста в подобной ситуации в Закон о МКА целесообразно внести положение, наделяющее третейский суд правом обратиться в государственный суд с требованием о назначении им независимого представителя. Учитывая несомненную заинтересованность государства в обеспечении охраны интересов участников гражданского оборота, в силу своих личных особенностей (возраст, недееспособность) нуждающихся в дополнительной защите, предоставление возможности такого назначения самому третейскому суду видится нецелесообразным.

Предлагаемая норма может также предоставлять третейскому суду право обратиться в государственный суд с требованием о назначении представителя в отношении еще не родившихся и еще не определенных бенефициаров. Хотя назначение представителя подразумевает существование представляемого (который в случае с этими двумя категориями будущих бенефициаров траста, строго говоря, отсут-

<sup>1</sup> Пункт 1 ст. 28 ГК РФ; ч. 1 и 2 ст. 15 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» (далее – Федеральный закон об опеке).

<sup>2</sup> Пункт 1 ст. 32 ГК РФ; ч. 2 ст. 15 Федерального закона об опеке.

<sup>3</sup> *Wüstermann T.* Op. cit. P. 52.

ует), внесение такого положения в Закон о МКА с концептуальной точки зрения не должно вызывать принципиальных возражений. Так, в области наследственного права ГК РФ прямо устанавливает охрану интересов еще не родившегося лица (насчитуруса) (абзац первый п. 1 ст. 1116)<sup>1</sup>, предусматривая приостановление выдачи свидетельства о праве на наследство при наличии зачатого, но еще не родившегося наследника (п. 3 ст. 1163), а также осуществление раздела наследства только после рождения зачатого, но еще не родившегося наследника (ст. 1166). Более того, учитывая роль траста как инструмента наследственного планирования и проводя аналогию с данными нормами ГК РФ, в Закон о МКА также целесообразно внести положение, предусматривающее необходимость приостановления разбирательства до момента рождения будущего бенефициара.

#### 4. Заключение

Проведенный анализ существующих проблем трастового арбитража и возможных способов их решения позволяет прийти к выводу об отсутствии принципиальных препятствий на пути развития этого способа разрешения связанных с трастами споров в России. Наибольшую сложность может представлять проблема распространения действия арбитражного соглашения, содержащегося в документе об учреждении траста, на его бенефициаров. Вместе с тем в тех случаях, когда траст создается в отношении движимого имущества, находящегося в Российской Федерации, ее выбор в качестве места арбитража может создавать несомненные преимущества по сравнению с возможным рассмотрением спора в другой юрисдикции. В связи с этим хотелось бы надеяться, что российское юридическое сообщество воспользуется открывающимися в данной области возможностями и предпримет активные действия, направленные на развитие трастового арбитража, что будет способствовать превращению России в ведущий мировой арбитражный центр.

---

<sup>1</sup> *Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья / Под общ. ред. А.П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2002. С. 19.

## **ИНСТРУМЕНТАРИЙ ДЛЯ АРБИТРОВ: РУКОВОДСТВО ПО БОРЬБЕ С КОРРУПЦИЕЙ И ОТМЫВАНИЕМ ДЕНЕЖНЫХ СРЕДСТВ В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ<sup>1</sup>**

**СТЕФАН БОНИФАССИ,**  
партнер юридической фирмы “Bonifassi Avocats”  
(Париж, Франция),

**НАДЯ ДАРВАЗЕ,**  
партнер юридической фирмы “Clyde & Co”,  
руководитель арбитражной практики  
(Париж, Франция),

**ЕЛЕНА ФЕДОРОВА,**  
адвокат юридической фирмы “Bonifassi Avocats”  
(Париж, Франция)

*В рамках как коммерческого, так и инвестиционного арбитража арбитры часто сталкиваются с серьезными трудностями, если стороны в разбирательстве выдвигают обвинения или же арбитры сами испытывают подозрения по поводу влияния коррупции на рассматриваемый спор. Перед арбитрами встает ряд сложных вопросов, на которые они должны дать ответ:*

- *какое право применимо;*
- *каковы требования к стандарту доказывания, и на какой стороне лежит бремя доказывания;*
- *каковы юридические последствия установления в арбитраже факта коррупции;*
- *и, пожалуй, прежде всего как арбитры могут установить факт коррупции?*

---

<sup>1</sup> Авторы благодарят Марка Пита и Кэтрин Бетц из Базельского университета, составителей Инструментария для арбитров, за их помощь в подготовке данной статьи.

*По общепринятому мнению, коррупцию не следует поощрять, и, как следствие, заключенные в результате коррупции договоры не должны исполняться. Однако в то же время сторонам не следует позволять под предлогом факта коррупции просто избавляться от своих договорных обязательств и не выполнять их.*

*Естественным образом при рассмотрении спора арбитры фокусируются на самом договоре и его интерпретации, на вопросах применимого к нему договорного права. Однако специалисты в других областях права все больше обращают внимание арбитров на то, что они должны принимать во внимание и другое, возможно применимое к спору право, в частности уголовное, для обеспечения последующей исполнимости вынесенного арбитражного решения и во избежание возможного привлечения к уголовной ответственности как сторон процесса, так и самих арбитров. Однако в отсутствие четкого руководства, четких правил в отношении рассмотрения таких вопросов задача арбитров представляется крайне сложной.*

*Именно по этой причине в 2019 г. Экспертный центр по преступлениям и арбитражу Базельского университета в сотрудничестве с Базельским институтом управления опубликовал Инструментарий для арбитров, призванный помочь им справляться с обозначенными вопросами коррупции и отмыwania денежных средств в международном арбитраже. Задача Инструментария состоит в том, чтобы обеспечить полный и комплексный подход к стоящим в этой связи перед арбитрами вопросам и помочь им найти наилучшее решение в соответствии с применимым правом. Авторы Инструментария полагают, что арбитражное решение, вынесенное с его использованием, позволит увеличить шансы на его исполнимость.*

*В данной статье авторы, которые в сотрудничестве с Марком Питом и Кэтрин Бетц принимали непосредственное и активное участие в разработке и написании Инструментария, делятся с русскоязычной аудиторией его целями и содержанием.*

*Ключевые слова: Инструментарий для арбитров; руководство для арбитров; рекомендации для арбитров; коррупция; отмыwanie денежных средств; экономические преступления и арбитраж; коммерческий и инвестиционный арбитраж; применимое в арбитраже уголовное право.*



## **TOOLKIT FOR ARBITRATORS: GUIDELINES ON CORRUPTION AND MONEY LAUNDERING IN INTERNATIONAL ARBITRATION<sup>1</sup>**

**STEPHANE BONIFASSI,**  
Partner at *BONIFASSI Avocats* Law Firm (Paris, France),

**NADIA DARWAZEH,**  
Partner at *Clyde & Co* Law Firm,  
Head of Arbitration Practice (Paris, France),

**ELENA FEDOROVA,**  
Associate at *BONIFASSI Avocats* Law Firm (Paris, France)

*Both in investment and in commercial arbitration, arbitrators face considerable challenges if a party alleges – or the arbitrators suspect – that corruption has influenced the underlying dispute:*

- *Which laws are applicable?*
- *What are the requirements for the proof of corruption in arbitration proceedings?*
- *What are the legal consequences of corruption in arbitration?*
- *And how can arbitrators become aware of corruption in the first place?*

*It is generally understood that corruption cannot be condoned and so that a contract obtained through corruption cannot be enforced. At the same time, parties should not be allowed to free themselves of their obligations easily, even on the pretext of corruption.*

*Arbitrators naturally tend to focus on the contract and its interpretation, as well as on the applicable contract law. But specialists on other fields, for example criminal lawyers, think it's important for arbitrators to consider other eventually applicable laws, especially criminal laws, to ensure the enforceability of arbitral awards and to ensure that no one is held criminally liable for one reason or the*

---

<sup>1</sup> Authors wish to thank Mark Pieth and Kathrin Betz from the University of Basel, authors of the Toolkit for arbitrators, for their help and guidance on drafting of this article.

*other, including the arbitrators themselves. However, since no clear guidance was available for arbitrators, their task to work through those complex issues was too hard.*

*That is the reason why in 2019, the Competence Centre for Arbitration and Crime at the University of Basel and the Basel Institute on Governance published a Toolkit that will assist arbitrators in navigating through issues of corruption and money laundering in international arbitration. This toolkit aims to help arbitrators who suspect, or are confronted with, alleged corruption or money laundering in relation to the underlying dispute, to address these issues in a systematic and comprehensive manner, and to find a solution in accordance with the applicable laws. Its authors believe that an arbitral award having been rendered by an arbitral tribunal using the toolkit should have a greater chance of enforcement.*

*In this article the authors, who were alongside Mark Pieth and Kathrin Betz, closely involved in the conception and drafting of the Toolkit, share the aims of the Toolkit and provide its overview for the Russian audience.*

*Keywords: toolkit for arbitrators; guidance for arbitrators; recommendations for arbitrators; corruption; money laundering; economic crime and arbitration; commercial and investment arbitration; applicable criminal law in arbitration.*



## **1. Введение: контекст разработки Инструментария (Руководства) для арбитров**

«Коррупция — это страшная чума, которая поражает общество самым различным образом. Она подрывает основы демократии и верховенства права, ведет к нарушению прав человека, препятствует работе рынков, ухудшает качество жизни и создает условия для процветания организованной преступности, терроризма и других явлений, угрожающих безопасности человека» — такими словами открывает предисловие к Конвенции ООН против коррупции (Нью-Йорк, 31 октября 2003 г.) Генеральный секретарь ООН Кофи Аннан<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции. Нью-Йорк: ООН, 2004. С. iii (доступно в Интернете по адресу: [https://www.unodc.org/res/ji/import/international\\_standards/united\\_nations\\_convention\\_against\\_corruption/uncac\\_russian.pdf](https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/united_nations_convention_against_corruption/uncac_russian.pdf)).

Действительно, осознание разрушительной силы коррупции<sup>1</sup> привело к тому, что вот уже более 20 лет борьба с коррупцией и отмыванием денежных средств находится на повестке многих международных и некоммерческих организаций, институтов и государств.

Так, множество инициатив было предпринято на международном и межрегиональном уровне: помимо названной выше Конвенции ООН против коррупции (она также содержит положения, касающиеся отмывания денежных средств), необходимо упомянуть Конвенцию ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Париж, 17 декабря 1997 г.)<sup>2</sup> и Рекомендацию Совета ОЭСР по продолжению борьбы с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок 2009 г.; Конвенцию Совета Европы об уголовной ответственности за коррупцию (Страсбург, 27 января 1999 г.)<sup>3</sup>; Межамериканскую конвенцию против коррупции (Каракас, 29 марта 1996 г.); Конвенцию Африканского союза о предупреждении коррупции и борьбе с ней (12 июля 2003 г.). Также следует назвать Конвенцию Совета Европы о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (Страсбург, 4 ноября 1999 г.). Нужно отметить, что принципы Рабочей группы G20 по борьбе с коррупцией и других международных организаций хотя и не имеют обязательной юридической силы, но тоже содержат полезные указания и во всяком случае свидетельствуют о совместных усилиях, направленных на борьбу с коррупцией<sup>4</sup> и отмыванием доходов, полученных преступным путем<sup>5</sup>.

К усилиям по борьбе с коррупцией на международном уровне добавляются инициативы отдельных юрисдикций. Так, хорошо известными широкой публике стали Закон о взяточничестве (Bribery Act) Великобритании 2010 г., Закон о коррупции за рубежом (Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)) США 1977 г., а также недавно принятый

<sup>1</sup> В частности, о негативных последствиях коррупции для общества, государства, экономики и граждан см.: *Heimann F., Pieth M. Confronting Corruption: Past Concerns, Present Challenges and Future Strategies.* Oxford University Press, 2018.

<sup>2</sup> Российская Федерация присоединилась к ней путем принятия Федерального закона от 1 февраля 2012 г. № 3-ФЗ.

<sup>3</sup> Ратифицирована Российской Федерацией 4 октября 2006 г.

<sup>4</sup> Далее термины «коррупция», «подкуп должностных лиц» и «взяточничество» употребляются как синонимы.

<sup>5</sup> Далее упоминается под общим термином «отмывание денежных средств».

французский Закон Сапена II о борьбе с коррупцией, о прозрачности и о модернизации экономической жизни 2016 г.<sup>1</sup>

Однако, несмотря на все предпринятые меры, борьба с коррупцией далека от победы. Так, в 2019 г. “Transparency International” опубликовал обновленный «Индекс восприятия коррупции» за 2018 г.<sup>2</sup> Результаты проведенного исследования удручают: в нем ясно демонстрируется отсутствие прогресса в борьбе с коррупцией в большинстве стран, а в отношении некоторых государств даже отмечается регресс.

Индекс восприятия коррупции основывается на 13 исследованиях и оценках экспертов, направленных на измерение коррупции в государственном секторе 180 стран и территорий, каждая из которых получает рейтинг от нуля (очень высокий уровень коррупции) до 100 (очень низкий уровень коррупции). По результатам за 2018 г., более двух третей всех стран получили рейтинг ниже 50, при этом средний балл составил 43...<sup>3</sup>

Очевидно, однако, что коррупция является проблемой не только государственного сектора — ей в равной степени подвержен и международный бизнес.

Наряду с обозначенным на международном уровне намерением борьбы с коррупцией и неутешительными на настоящий момент результатами этой борьбы международный арбитраж, который остается основной формой разрешения споров в трансграничных сделках, переживает не лучшие времена: все чаще он критикуется за отсутствие прозрачности, легитимности, баланса справедливости в принимаемых решениях<sup>4</sup>. Кризис легитимности арбитража и подрыв доверия к нему проявляются, в частности, в том, что все больше арбитражных решений отменяется государственными судами в месте их вынесения, или же государственные суды отказывают в признании и приведении

---

<sup>1</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite Sapin II).

<sup>2</sup> <https://www.transparency.org/cpi2018>

<sup>3</sup> [https://www.transparency.org/news/pressrelease/2018\\_Corruption\\_Perceptions\\_Index\\_RU](https://www.transparency.org/news/pressrelease/2018_Corruption_Perceptions_Index_RU)

<sup>4</sup> *Wilske St.* International Commercial Courts and Arbitration — Alternatives, Substitutes or Trojan Horse? // *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 2018. Vol. 11. Issue 2. P. 155 (доступно в Интернете по адресу: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=3295784](https://papers.ssrn.com/abstract_id=3295784)); *The Backlash against Investment Arbitration Perceptions and Reality* / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin (eds.). Kluwer Law International, 2010; *Rogers C.A.* Transparency in International Commercial Arbitration // *University of Kansas Law Review*. 2006. Vol. 54. P. 1301—1337 (доступно в Интернете по адресу: [https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works)).



в исполнение арбитражных решений в месте их исполнения. Отмечается тенденция государственных судов некоторых юрисдикций, традиционно открытых арбитражу (например, Франция), к ужесточению контроля за арбитражными решениями.

Возникшая ситуация привела даже к тому, что в разных концах света стали создаваться коммерческие суды по разрешению трансграничных споров — своеобразный гибрид арбитражных<sup>1</sup> и государственных судов<sup>2</sup>.

В связи с выявленными выше тенденциями все большее внимание специалистов в области арбитража привлекают вопросы, связанные с коррупцией, отмытием денежных средств и другими экономическими правонарушениями в арбитраже<sup>3</sup>. Тема возникающих при арбитражном разбирательстве подозрений в неправомерном поведении, в том числе коррупции, не нова: так, в коммерческом арбитраже в этом отношении можно считать знаковым дело Международной торговой палаты (МТП) (International Chamber of Commerce (далее — ICC)) № 1110 1963 г.<sup>4</sup>, а в инвестиционном арбитраже — дело *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, решение по которому было вынесено в 2006 г.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> В настоящей статье термин «арбитражный суд» используется исключительно в значении «третейский суд».

<sup>2</sup> Например: Singapore International Commercial Court (<https://www.sicc.gov.sg/>), Chinese International Commercial Courts, Netherlands Commercial Court (<https://www.rechtspraak.nl/English/NCC/Pages/default.aspx>), International Commercial Courts of Paris ([https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-08/Leaflet\\_CCIP\\_180629\\_V11.pdf](https://www.cours-appel.justice.fr/sites/default/files/2018-08/Leaflet_CCIP_180629_V11.pdf)), Abu Dhabi Commercial Court (<https://www.adgm.com/adgm-courts>).

<sup>3</sup> В этой связи следует отметить по крайней мере следующие работы: *Betz K. Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*. Cambridge University Press, 2017; *Alekhin S., Shmatenko L. Corruption in Investor-State Arbitration — It Takes Two to Tango // New Horizons of International Arbitration. Issue 4: Collection of Articles / Academic Editors: A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin. Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018. P. 150–179; Drude J. Fiat iustitia, ne pereat mundus: A Novel Approach to Corruption and Investment Arbitration // Journal of International Arbitration. 2018. Vol. 35. Issue 6. P. 665–718 (доступно в Интернете по адресу: [https://drude.legal/downloads/JOIA\\_35\\_0603.pdf](https://drude.legal/downloads/JOIA_35_0603.pdf)) и т.д.*

<sup>4</sup> См. подробнее: *Gillis Wetter J. Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110 // Arbitration International. 1994. Vol. 10. Issue 3. P. 277–294. <https://doi.org/10.1093/arbitration/10.3.277>*

<sup>5</sup> ICSID Case No. Arb/00/7, Award (4 October 2006) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>).

Однако актуальный интерес множества авторов к этой теме объясним и связан со сложностью и нерешенностью данного вопроса. Действительно, с одной стороны, арбитры обязаны рассмотреть возникший в ходе арбитражного разбирательства вопрос о коррупции либо отмывании денежных средств и не могут просто закрыть на него глаза<sup>1</sup>.

С другой стороны, как отмечается<sup>2</sup>, арбитры (которые, напомним, избираются сторонами либо назначаются арбитражной организацией) являются специалистами в затрагиваемой спором области и чаще всего не обладают достаточными техническими знаниями для того, чтобы иметь дело с проблемой экономических преступлений.

Другую трудность для арбитров при их столкновении в ходе арбитражного разбирательства с экономическими преступлениями представляет тот факт, что они не обладают принудительными полномочиями, в отличие от судей государственных судов. Власть арбитра, как известно, черпает свой источник в согласии сторон на рассмотрение спора, а вопросы коррупции и отмывания денежных средств требуют возможностей проведения расследования и принятия принудительных мер, которыми арбитры не обладают.

Наконец, многие арбитры по-прежнему уверены, что в их компетенцию не входит рассмотрение любых вопросов, затрагивающих области публичного права и публичного порядка.

Упомянутая выше обязанность арбитров рассматривать возникающие вопросы коррупции и отмывания денежных средств подкрепляется такой общепризнанной обязанностью, как обязанность выносить исполнимые решения. Однако названные трудности привели к тому, что зачастую арбитры по различным основаниям (например, отсутствие компетенции, невозможность провести достаточное расследование и установить факт коррупции) игнорируют возникающие в ходе арбитражного разбирательства вопросы коррупции и отмывания денежных средств. Неудивительно, что эти вопросы вновь (а иногда и впервые) возникают на стадии оспаривания либо

---

<sup>1</sup> *Gaillard E.* The Emergence of Transnational Responses to Corruption in International Arbitration // *Arbitration International*. 2019. Vol. 35. Issue 1. P. 19. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiz004>

<sup>2</sup> *Wilske St.* International Arbitration and Its Dark Sides, in Particular Corruption: What Arbitral Institutions Could and Should Do to Tackle Such Unwelcome Issues // *Contemporary Asia Arbitration Journal*. 2019. Vol. 12. Issue 2. P. 147–176 (доступно в Интернете по адресу: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=3498155](https://papers.ssrn.com/abstract_id=3498155)).

признания и приведения в исполнение арбитражного решения перед государственными судами. При этом в разных юрисдикциях вопрос о том, как относиться к арбитражному решению, проигнорировавшему подозрения в коррупции, решается по-разному. Однако в любом случае отсутствие должного рассмотрения арбитрами подозрений в коррупции ставит под угрозу исполнимость арбитражного решения и подрывает доверие к арбитражу в целом.

Как уже отмечалось выше, естественно, что многие арбитры, вовлеченные как в коммерческий, так и в инвестиционный арбитраж, не обладают опытом и специальными техническими знаниями для того, чтобы распознавать и корректно применять принципы уголовного права. Арбитр, впервые столкнувшийся с коррупцией или отмытием денежных средств, может потратить значительное время на то, чтобы изучить и понять эти принципы, а также решить, каким образом они должны применяться в конкретном рассматриваемом им споре. Более того, зачастую арбитр не может полагаться на то, что вопрос коррупции будет поднят сторонами спора, тогда как он является вопросом публичного порядка и в любом случае должен быть разрешен арбитром, даже если стороны этот вопрос не ставят напрямую. От того, поставит ли арбитр вопрос коррупции по своей собственной инициативе в отсутствие инициативы сторон, впоследствии может также зависеть исполнимость вынесенного арбитражного решения.

Вопросы, которые возникают перед арбитром, когда перед ним встает проблема коррупции или отмытия денежных средств, могут обескуражить, настолько они техничны и непривычны для роли арбитра:

- каким образом арбитр может идентифицировать в рассматриваемом деле коррупцию и отмытие денежных средств, учитывая, что стороны зачастую делают все возможное, чтобы скрыть подобные факты;

- каковы права и обязанности арбитра в случае, если он / она подозревает коррупцию / отмытие денежных средств;

- может ли такой вопрос быть поднят арбитром по собственной инициативе;

- как подобные подозрения (обвинения сторон) в коррупции могут быть доказаны, и на ком лежит бремя доказывания;

- какое право или, скорее, какие правовые системы применимы к данным вопросам и как разрешить коллизию применимых законов;

– какое значение для арбитражного разбирательства имеет наличие либо отсутствие в отношении фактов спора уголовного расследования (разбирательства);

– каковы юридические последствия для рассматриваемого спора в случае установления факта коррупции / отмыwania денежных средств?

В литературе отмечается, что отсутствие четких руководств к действию в таких ситуациях значительно усложняет задачу арбитров<sup>1</sup>.

Именно в этих условиях родилась инициатива Экспертного центра по преступлениям и арбитражу Базельского университета<sup>2</sup> совместно с Базельским институтом управления<sup>3</sup> по разработке Инструментария (Руководства) для арбитров для рассмотрения возникающих в международном арбитраже вопросов коррупции и отмыwania денежных средств.

Инструментарий разрабатывался в течение 18 месяцев (с января 2018 г.) группой специалистов, включающей в себя как практикующих юристов-консультантов и арбитров, так и ученых и представителей международных организаций. Пожалуй, одна из основных особенностей и положительных черт Инструментария состоит в том, что он был разработан как специалистами в области арбитража, так и специалистами в уголовном праве, что позволило в дебатах проверить различные теории и сопоставить точки зрения специалистов из этих областей на одну проблему. Так, Базельский университет провел две конференции, в ходе которых обсуждались проблемы, отраженные в Инструментарии, что позволило в деталях обсудить гипотезы, выдвинутые в нем, и обсудить его текст.

Наконец, Инструментарий был официально представлен на 7-й ежегодной Анतिकоррупционной конференции Международной ассоциации юристов (МАЮ) (International Bar Association (IBA)) 26 июня 2019 г. в г. Париже<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Wilske St.* International Arbitration and Its Dark Sides, in Particular Corruption: What Arbitral Institutions Could and Should Do to Tackle Such Unwelcome Issues.

<sup>2</sup> <https://arbcrime.org/>

<sup>3</sup> <https://www.baselgovernance.org/>

<sup>4</sup> Официальная версия на русском языке (перевод выполнен Е.П. Федоровой) (<https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2020-01/A%20Toolkit%20for%20Arbitrators%20-%20Russian%20version.pdf>) представлена в ходе конференции «Юридические последствия установления в арбитраже факта коррупции и отмыwania денежных средств» (Базель, 10 января 2020 г.).

## 2. Общая характеристика Инструментария

Инструментарий был задуман и осуществлен в виде «дорожной карты» для арбитров, сталкивающихся с вопросами коррупции и отмыwania денежных средств. В отличие от руководства, обычно содержащего подробное описание используемых в нем концепций, Инструментарий (потому авторы и предпочли называть его так) представляет собой пошаговую инструкцию для использования арбитром в случаях, когда он сталкивается с подозрениями в коррупции или отмывании денежных средств, с вопросами, которые арбитр должен себе задать, и с указанием на доступные ему «инструменты» для нахождения в каждом конкретном деле ответов на поставленные вопросы.

Инструментарий состоит из двух частей: гл. 1 посвящена принципам рассмотрения дел, в которых подозревается наличие коррупции; гл. 2 — делам, в которых подозревается отмывание денежных средств.

Несмотря на то что принципиальный подход к разрешению стоящих перед арбитром вопросов в обоих случаях одинаков, такая структура позволяет внести ясность и четкость в этапы рассуждения, которым должен следовать арбитр, и поэтому является более удобной для него. Здесь стоит оговориться, что, несмотря на то что Инструментарий обращен напрямую арбитрам, он, несомненно, может быть использован и юридическими советниками сторон в арбитраже. Этапы анализа ситуации при этом будут теми же.

Обе главы Инструментария построены по единому принципу:

— разд. А посвящен материальным аспектам коррупции и отмывания денежных средств и содержит рекомендации о том, какие факты должны считаться подпадающими под определение коррупции и отмывания денежных средств, каким образом арбитр с помощью проверки наличия предупреждающих знаков, или «красных флажков» (“Red flags”), может установить факт коррупции или отмывания денежных средств в конкретном рассматриваемом им деле.

Этот раздел также помогает определить применимое национальное и международное право;

— в разд. В рассматриваются вопросы доказывания фактов коррупции и отмывания денежных средств, которые являются, пожалуй, самыми сложными применительно к данным преступлениям: действительно, стороны в арбитраже чаще всего делают все возможное, чтобы не оставлять следов совершенного экономического преступления и иногда стараются придать незаконным операциям видимость законных.

В данном разделе, в частности, рассматривается вопрос о том, должен ли арбитр выносить на обсуждение вопрос о возможной коррупции или отмывании денежных средств по собственной инициативе, при отсутствии соответствующего ходатайства сторон (*sua sponte*).

Кроме того, важными вопросами этого раздела являются вопросы критериев (стандартов) и бремени доказывания. В частности, рассматривается концепция, знакомая не всем правовым системам, при которой немотивированный или недостаточно убедительно мотивированный отказ стороны в предоставлении запрашиваемых арбитром доказательств может стать причиной принятия им процессуальных выводов в отношении такой стороны вплоть до принятия решения о том, что факт коррупции / отмывания денежных средств можно считать доказанным в отношении данной стороны.

Наконец, указанный раздел содержит рекомендации арбитрам на случай наличия параллельного арбитражному уголовному процессу в отношении фактов рассматриваемого ими дела;

– разд. С посвящен возможным юридическим последствиям установления факта коррупции / отмывания денежных средств в арбитраже. Такие последствия будут зависеть от целого ряда факторов, как то: момент возникновения коррупции / отмывания денежных средств, объем и отношение к предмету спора, природа арбитража (коммерческий или инвестиционный).

В качестве важного дополнения как для практикующих юристов-консультантов и арбитров, так и для представителей доктрины, Инструментарий содержит приложение с объемным списком арбитражных решений, в которых так или иначе возникали и (или) решались вопрос о коррупции или отмывании денежных средств либо смежные вопросы.

Далее авторами более подробно представлен пошаговый подход, предлагаемый Инструментарием, к выявлению и принятию во внимание коррупции и отмывания денежных средств в арбитраже.

### **3. Как в процессе арбитражного разбирательства распознать коррупцию и отмывание денежных средств?**

Раздел А обеих глав Инструментария содержит три шага (1–3) или три первых вопроса, которые возникают перед арбитром в случае подозрения в коррупции или отмывании денежных средств в рассматриваемом им деле.

*Шаг 1: распознавание факта коррупции и отмыwania денежных средств.*

Арбитр, назначенный для разрешения коммерческого или инвестиционного спора, не задается автоматически вопросом о наличии в фактах представленного ему дела признаков коррупции или других преступлений. Необязательно обладая знаниями в области уголовного права, арбитр может просто не знать, какие деяния можно квалифицировать в качестве коррупции или отмыwania денежных средств, и, как следствие, не понимать, что искать в документах, представленных сторонами, чтобы подкрепить или опровергнуть подозрения в коррупции.

Занимая позицию арбитра, который сталкивается с необходимостью определить, имеет ли смысл внимательно изучить документы по представленному ему спору с точки зрения определения факта коррупции или отмыwania денежных средств, Инструментарий начинает разворачивать свою «дорожную карту» с того, что обращает внимание арбитров на признаки, наличие которых должно их насторожить и привести к более глубокому анализу ситуации. Именно поэтому Инструментарий открывается не привычным определением понятий, а списком признаков наличия такого явления, как коррупция. Так, арбитр, задавшийся этим вопросом, в первую очередь найдет в данных рекомендациях список «симптомов», которые укажут ему на возможное наличие «болезни».

С целью установления «симптомов» коррупции и отмыwania денежных средств Инструментарий приводит перечень «красных флажков» (“Red flags”), т.е. обстоятельств, установление которых в конкретном деле на практике означает наличие факта коррупции / отмыwania денежных средств. Необходимо иметь в виду, что этот список составлен на основании обобщения арбитражных и судебных решений в отношении противоправного поведения в рамках трансграничных сделок, что не означает, что он является полным и исчерпывающим. Кроме того, ни один из таких знаков не может сам по себе быть признан решающим для установления факта коррупции или отмыwania денежных средств.

В главе, касающейся коррупции, Инструментарий приводит обобщенный перечень «красных флажков», на которые в их разном составе указывают различные международные и неправительственные организации. Эти списки чаще всего касаются таких ситуаций, в которых компании заключают договор с посредником (физическим или юридическим лицом) для ведения бизнеса в другой стране. Приспосабливая данные перечни к контексту международного арбитража, авторы смогли выявить следующие предупреждающие знаки коррупции:

(i) посредник (агент) не имеет официального местонахождения / не находится в стране, где оказываются его / ее услуги;

(ii) вознаграждение посредника (агента) не пропорционально выполненной работе, и (или) расходы, заявленные посредником как понесенные при оказании услуг, не связаны с какими-либо фактическими затратами;

(iii) не существует реального результата деятельности посредника, и он / она не может представить документацию по оказанным услугам, предоставленные услуги не конкретизированы в деталях;

(iv) квалификация посредника на предоставление услуг, для которых он / она был(-а) нанят(-а), является сомнительной;

(v) продолжительность оказания услуг посредником очень мала;

(vi) посредник требует, чтобы оплата услуг была произведена на офшорные счета и (или) через третьих лиц либо необычными способами, сомнительными с точки зрения местного законодательства;

(vii) вознаграждение посредника установлено в виде процента;

(viii) посредник предоставляет неточную или неполную финансовую отчетность;

(ix) посредник требует уплаты вознаграждения или ее значительной части до заключения договора;

(x) структура посредника непрозрачна, его финансовая организация неясна, и он практически не имеет сотрудников (в случае если посредником является юридическое лицо);

(xi) посредник вовлекается в трансакцию незадолго до успешного заключения договора компанией и (или) спустя короткое время после неудачных переговоров;

(xii) посредник не связан обязательствами какого-либо кодекса поведения;

(xiii) посредник отказывается предоставить определенные документы, такие как выписки с банковского счета или выписки по платежам третьей стороне;

(xiv) посредник утверждает, что он / она единственный(-ая) может обеспечить заключение договора, так как знает «нужных людей»;

(xv) посредник имеет личные связи с лицами, принимающими решения в иностранных государствах;

(xvi) отсутствует обычная документация, подтверждающая нормальные деловые отношения (например, техническое задание и соответствующие исследования, документы по переговорам, проекты договоров, корреспонденция и электронные письма);



(xvii) выбор посредника не может быть объяснен; нет признаков того, что посредник так же эффективен, как и его конкуренты, что доказывает, что его выбор не был бизнес-ориентирован;

(xviii) договор плохо составлен, или в нем отсутствуют специфические детали.

Если же речь идет о договорах, не связанных с предоставлением услуг посредниками, то могут быть выявлены другие предупреждающие знаки, такие как:

(i) превалирование в стране коррупционного поведения, выявленное некоторыми международными и неправительственными организациями, такими как “Transparency International”;

(ii) до арбитражного разбирательства или во время него местными властями было проведено соответствующее уголовное расследование;

(iii) отношение компании к новейшему регулированию в области нормативно-правового соответствия (compliance);

(iv) в компании отсутствуют кодекс поведения или соответствующие сертификаты, обеспечивающие презумпцию выполнения ею норм соответствия, в том числе в области законодательства по борьбе с отмыванием денежных средств (например, соответствия Закону Великобритании о взяточничестве 2010 г., Закону США о коррупции за рубежом 1977 г. или французскому Закону Сапена II о борьбе с коррупцией, о прозрачности и о модернизации экономической жизни);

(v) компания уже была осуждена за такие нарушения, и нет никаких признаков того, что она работала над решением данных проблем.

В главе о выявлении в арбитраже признаков отмывания денежных средств приводятся два списка предупреждающих знаков («красных флажков»), в зависимости от того, на какой стадии спора возникает проблема возможного отмывания незаконно полученных доходов.

Так (сценарий, встречающийся в коммерческом арбитраже), стороны могут использовать сам арбитражный процесс для отмывания денежных средств. С этой целью в отсутствие реальных разногласий они начинают фиктивное разбирательство, целью которого является получение исполнимого арбитражного решения, которое создаст легитимное основание для перемещения средств от одной стороны такого «спора» к другой.

Предупреждающие знаки для данной ситуации включают в себя:

(i) превалирование одной стороны в споре;

(ii) неучастие ответчика;

(iii) ответчик участвует в разбирательстве, но его позиция сводится к признанию ответственности или же согласию на преждевременное урегулирование спора;

(iv) недостаток документации об обстоятельствах спора; и

(v) недостаточная деловая активность компаний, задействованных в споре.

Другой список предупреждающих знаков может быть приведен для случаев, когда (характерно как для коммерческого, так и для инвестиционного арбитража) между сторонами существует реальный спор, однако он касается непосредственно денежных средств, полученных преступным путем (либо иным образом затрагивает такие средства):

(i) за банковскими счетами, частными инвестиционными компаниями, трастами (фиктивными, возможно, офшорными компаниями, владельцами которых являются обладатели акций на предъявителя) стоят неустановленные бенефициарные владельцы;

(ii) в деле участвуют политически значимые лица (politically exposed persons (PEPs));

(iii) в дело вовлечены лица или фонды, происходящие из стран с широко известным риском преступности и коррупции;

(iv) необычные трансакции, например крупные выплаты наличными денежными средствами;

(v) неизвестное происхождение денежных средств без представления убедительных объяснений / доказательств законности их происхождения.

*Шаг 2. Определение понятий коррупции и отмыwania денежных средств.* Затем Инструментарий обращает внимание арбитров на то, что необходимо выяснить, какое именно незаконное поведение понимается как коррупция и отмыwanie денежных средств. Вопрос этот не является праздным, так как в разных юрисдикциях объем действий, подпадающих под определение коррупции и отмыwania денежных средств, может быть разным и то, что в одной юрисдикции будет рассматриваться как однозначно незаконное поведение, в другой будет попадать в «серую» зону. Соответственно, в зависимости от юридической подготовки арбитров, вопрос о признании того или иного поведения стороны в качестве подкупа или отмыwania денежных средств может решаться ими по-разному.

Так, например, каким бы шокирующим ни казалось сегодня это явление, но вплоть до сентября 2000 г., когда была ратифицирована Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных

лиц при осуществлении международных коммерческих сделок, взятки компаний должностным лицам за границей считались во Франции подлежащими налоговому вычету как нормальные расходы организации. Более того, некоторые компании (дело *Alcatel-Lucent SA*) и после ратификации указанной Конвенции продолжали настаивать на своем праве получения вычета, ссылаясь на то, что средства были потрачены ими на «услуги, которые были реально оказаны». Несмотря на факты дела, указывавшие на то, что с таким аргументом спорить сложно (с помощью взяток *Alcatel-Lucent SA* заключила в Коста-Рике контракты на общую сумму 302,9 млн долл.), Государственный Совет Франции принял решение в пользу налоговых органов, отказавшихся считать взятки должностным лицам нормальными расходами компании<sup>1</sup>.

Для определения понятий коррупции и отмывания денежных средств Инструментарий предлагает взять за основу соответствующие международные конвенции (см. Введение), которые отражают наиболее широкий международный консенсус в отношении понятия данных преступлений<sup>2</sup>.

*Шаг 3. Принятие во внимание применимого уголовного права.* Не вызывает сомнений тот факт, что установление наказаний за нарушение норм уголовного права не может входить в компетенцию арбитражных судов<sup>3</sup>, поскольку объявление поведения преступным и применение наказаний является суверенной функцией государственных судов, а уголовное право является частью императивного публичного права, которое частные лица не могут исключить из своих отношений по собственному выбору.

Однако этот принцип не запрещает арбитрам применять нормы уголовного права для определения противоправности поведения сторон

<sup>1</sup> Conseil d'Etat, 4 février 2015, n° 364708.

<sup>2</sup> К упомянутым выше конвенциям в сфере борьбы с коррупцией следует добавить конвенции, содержащие понятие «отмывание денежных средств», а именно Конвенцию ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ (Вена, 20 декабря 1988 г.) и Конвенцию ООН против транснациональной организованной преступности (Нью-Йорк, 15 ноября 2000 г.).

<sup>3</sup> По этой теме см., например: *Kurkela M.S.* Criminal Laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not // *ASA Bulletin*. 2008. Vol. 26. Issue 2. P. 280–293; *Mistelis L.A.* Legal Issues Arising Out of Disputes Involving Fraud, Bribery, Corruption and Other Illegality and Illicitness Issues // *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice* / E. Gailard, D. di Pietro (eds.). Cameron May, 2009. P. 573–594.

или по крайней мере учитывать их (take into consideration)<sup>1</sup>. Скорее наоборот, задача борьбы с коррупцией и отмыванием денежных средств на международном уровне требует от арбитров принимать решение в отношении подозрений в этих преступлениях, возникающих в ходе реализации их миссии. Вряд ли сегодня можно спорить с тем, что закрывать глаза на коррупцию – значит потворствовать ей.

Инструментарий дает арбитрам рекомендации в отношении определения возможно применимого уголовного права, нормы которого им необходимо будет принять во внимание. При этом не стоит упускать из вида, что на кону стоит не только полное и всестороннее рассмотрение обстоятельств дела для вынесения справедливого решения, но и возможная уголовная ответственность сторон, а иногда и самих арбитров, ведь, вынося решение, игнорирующее вопросы коррупции и отмывания денежных средств, арбитры могут подвергнуть себя риску быть привлеченными к ответственности как соучастники или пособники соответствующих преступлений. Примером такого риска может стать ситуация, в которой, несмотря на признаки заключения сделки, являющейся предметом спора, с помощью подкупа должностного лица, арбитр принимает решение в пользу принудительного исполнения договора и таким образом становится соучастником коррупционной схемы.

В этой части Инструментарий также указывает на роль международного публичного порядка. Так, даже если стороны не избрали в качестве применимого международное право и избранное ими в качестве применимого национальное право предусматривает более низкий стандарт борьбы с коррупцией и отмыванием денежных средств, чем стандарт, предусмотренный международными договорами, арбитры всегда могут ссылаться на нарушение международного публичного порядка в случае установления факта коррупции или отмывания денежных средств. Количество международных и межрегиональных договоров о борьбе с названными явлениями и количество государственных участников этих договоров позволяет считать, что в международном

---

<sup>1</sup> «[М]еждународные арбитражные суды не только не обладают полномочиями, но и не заинтересованы в вынесении приговоров за уголовные правонарушения; вместе с тем они вполне полномочны оценивать влияние неправомерного поведения (в том числе уголовно наказуемого) на коммерческие сделки» (“[I]nternational arbitral tribunals have no power to or interest in providing sentencing for criminal offences, while they may well have the power to assess the impact of criminal or other illegal activity on commercial transactions”) (*Mistelis L.A.* Op. cit. P. 575). Об обязанности арбитров рассматривать аргументы сторон о коррупции см.: *Gaillard E.* Op. cit. P. 19.

праве сложился консенсус относительно того, чтобы рассматривать принцип борьбы с коррупцией и отмыванием денежных средств в качестве принципа международного публичного порядка<sup>1</sup>.

#### **4. Как в процессе арбитражного разбирательства доказать коррупцию и отмывание денежных средств?**

Раздел В Инструментария в четыре этапа (шаги 4–7) дает арбитрам рекомендации о том, какие стандарты доказывания применять, как определять бремя доказывания в отношении коррупции и отмывания денежных средств.

*Шаг 4. Рассмотрение вопроса о коррупции или отмывании денежных средств арбитражным судом по собственной инициативе (sua sponte).* Инструментарий напоминает о существующей у арбитров обязанности вынесения исполнимых решений. Принятие заведомо неисполнимого арбитражного решения означает невыполнение арбитром своей миссии. Как уже отмечалось выше, игнорирование арбитром вопросов коррупции и отмывания денежных средств может стать причиной отмены вынесенного арбитражного решения или отказа в его признании и приведении в исполнение<sup>2</sup>. С этим связана рекомендация Инструментария рассматривать вопросы коррупции и отмывания денежных средств арбитражным судом по собственной инициативе в случае, если стороны не выдвигают соответствующих аргументов. При этом, естественно, суд не должен принимать решение без заслушивания доводов сторон и рассмотрения представленных ими доказательств по данному вопросу. Особое значение эта рекомендация приобретает в ситуациях, когда сам арбитражный процесс используется сторонами для совершения преступления путем создания легитимности совершаемых перемещений денежных средств.

*Шаг 5. Определение стандарта и бремени доказывания.* По общему правилу стандарт и бремя доказывания фактов коррупции или отмывания денежных средств регулируются применимым к этим вопросам правом. Однако на их определение может также повлиять юридическая подготовка арбитров (например, как правило, арбитрам из континен-

<sup>1</sup> См., например: *Betz K. Op. cit.* P. 29–30.

<sup>2</sup> *Baizeau D., Hayes T. The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption Sua Sponte // International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 19) / A. Menaker (ed.). Kluwer Law International, 2017. P. 225–265.*

тальной правовой системы менее близок такой стандарт доказывания, как баланс вероятностей). Инструментарий указывает на выбор, имеющийся у арбитра в отношении стандарта доказывания<sup>1</sup>, и на то, каким образом может происходить оценка доказательств. В отношении последней Инструментарий также подчеркивает, что в практике вряд ли можно встретить прямые доказательства коррупции и отмыwania денежных средств, в связи с чем арбитры почти всегда будут иметь дело с оценкой косвенных доказательств.

На стадии оценки косвенных доказательств арбитры снова могут обратиться к спискам предупреждающих знаков (см. шаг 1), оценить их наличие, количество, важность и доказанность в споре, чтобы на этом основании сделать вывод о доказанности в целом фактов коррупции и отмыwania денежных средств.

В этой связи особый интерес представляет дело *Société Alstom Transport SA et autre c/ société Alexander Brothers Ltd.*<sup>2</sup>, в котором Апелляционный суд г. Парижа в мае 2019 г. отказал в признании и приведении в исполнение на территории Франции арбитражного решения, вынесенного Арбитражным судом ICC, поскольку посчитал, что совокупность выявленных им предупреждающих знаков («faisceau d'indices») указывает на факт коррупции в отношении предмета спора. Это решение Апелляционного суда г. Парижа демонстрирует усиливающуюся склонность французских судов, традиционно лояльных и дружественных к арбитражу, к тщательной проверке арбитражных решений, затрагивающих (а чаще обошедших молчанием) вопросы коррупции или отмыwania денежных средств<sup>3</sup>.

*Шаг 6. «Неблагоприятные выводы».* В отсутствие возможности получения либо установления прямых доказательств фактов коррупции и отмыwania денежных средств сложившаяся практика предоставляет арбитрам возможность делать выводы не только на основе сочетания и совокупности косвенных доказательств, но также на основе процессуального поведения сторон.

---

<sup>1</sup> По этому вопросу см., например: *Gaillard E.* La corruption saisie par les arbitres du commerce international // *Revue de l'arbitrage*: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2017. N° 3. P. 805–838 (перевод на русский язык: *Гайяр Э.* Рассмотрение вопросов коррупции арбитрами в сфере международной торговли // *Коммерческий арбитраж*. 2019. № 2(2). С. 53–75).

<sup>2</sup> CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182, *Rev. arb.* 2019, 629.

<sup>3</sup> См.: *SA Ancienne Maison Marcel Bauche c/ société Indagro*, CA Paris, 27 septembre 2017, n° 15/12614, *Rev. arb.* 2017, 942.; *République de Kirghizistan c/ Valeriy Belokon*, CA Paris, 21 février 2017, n° 15/01650, *Rev. arb.* 2017, 915, note M. Audit et S. Bollée.

Так, если арбитры запрашивают у стороны определенные доказательства для опровержения обвинений или подозрений в коррупции, а она при этом такие доказательства не представляет без предъявления убедительной причины, арбитры могут прийти к «неблагоприятным выводам» в отношении такой стороны вплоть до того, что ими может быть сделано заключение о доказанности фактов коррупции и отмывания денежных средств в отношении данной стороны. Инструментарий указывает на условия применения указанной меры: в частности, такие доказательства должны быть доступны для стороны, у которой они запрошены; вывод арбитров должен быть разумным, соответствовать фактам и быть логически связан с вероятным содержанием скрытых доказательств.

*Шаг 7. Принятие во внимание национального уголовного разбирательства.* На практике одновременно с арбитражным разбирательством, в котором возникают вопросы коррупции и отмывания денежных средств, могут иметь место параллельные уголовные процессы в одной или нескольких юрисдикциях. Такие процессы могут стать для арбитров источником дополнительной информации, если нормы уголовного права страны ведения уголовного процесса допускают передачу третьим лицам информации из уголовного дела. Если уголовный процесс закончился до начала арбитражного разбирательства, то задача арбитров по доступу к доказательствам из уголовного дела упрощается.

Вместе с тем арбитры могут столкнуться со сложной дилеммой: в принципе, они имеют право сообщать национальным правоохранительным органам о выявленных ими в ходе арбитражного процесса признаках правонарушения, однако в таком случае они рискуют быть обвиненными в нарушении конфиденциальности арбитража. Инструментарий предлагает решать этот вопрос, взвешивая возможные негативные последствия с точки зрения применимого права.

## **5. Каковы юридические последствия установления в процессе арбитражного разбирательства фактов коррупции и отмывания денежных средств?**

Наконец, заключительным этапом пошагового анализа арбитрами подозрений в коррупции и отмывании денежных средств является определение ими юридических последствий установления таких фактов в ходе арбитражного разбирательства по конкретному спору. При этом в общих чертах возможны два типа последствий: либо ар-

битражный суд признает себя некомпетентным для решения спора, в ходе которого возникает вопрос коррупции или отмывания денежных средств, либо он признает требования сторон в той или иной степени недопустимыми (например, признает недействительность либо ничтожность договора, в отношении которого ведется спор). Однако последствия установления факта коррупции или отмывания денежных средств в арбитраже зависят не только от применимого права, но также и от природы арбитража (коммерческий или инвестиционный).

### ***5.1. Юридические последствия установления факта коррупции в арбитраже***

*Шаг 8. Юридические последствия установления факта коррупции в инвестиционном арбитраже.* Инструментарий предлагает выделить две ситуации, последствия которых могут отличаться.

В первом из них сама инвестиция была осуществлена (инвестиционный договор заключен) с помощью коррупционного деяния (подкупа). В данном случае классическим решением, обычно предусматриваемым двусторонними соглашениями о защите инвестиций<sup>1</sup>, будет признание такой инвестиции незаконной, в связи с чем у арбитражного суда будет отсутствовать компетенция на решение вытекающего из нее спора (законность инвестиции является необходимым условием действия соглашения о защите инвестиции, которое, в свою очередь, дает компетенцию арбитражному суду).

Во второй ситуации коррупционное деяние (подкуп) имеет место не в момент осуществления инвестиции, а позже, на этапе исполнения инвестиционного договора. Принцип справедливости и пропорциональности может продиктовать в таком случае принятие решения, отличного от первого. На этом этапе, помимо стадии исполнения договора инвестором, должно быть принято во внимание поведение государства, принимающего инвестиции, что может позволить посчитать недействительной только часть инвестиций.

*Шаг 9. Юридические последствия установления факта коррупции в коммерческом арбитраже.* В коммерческом арбитраже во исполнение принципа независимости арбитражной оговорки от основного договора заключение контракта, являющегося предметом спора, с помощью подкупа (взятки) не препятствует компетенции арбитражного суда. Последствием установления факта коррупции в данном случае будет

---

<sup>1</sup> Содержание разных соглашений о защите инвестиций можно сравнить здесь: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/resources/Bilateral-Investment-Treaties-Database.aspx>



являться, в зависимости от применимого права, недействительность или ничтожность сделки. Вопрос возможной реституции также является вопросом применимого права.

### **5.2. Юридические последствия установления факта отмыwania денежных средств в арбитраже**

*Шаг 8. Юридические последствия ведения фиктивного арбитража с целью отмыwania денежных средств.* В описанной ситуации, помимо признания арбитражного суда некомпетентным либо требований сторон недопустимыми, арбитры могут также прийти к выводу о неарбитрабельности соответствующего спора.

*Шаг 9. Юридические последствия ведения арбитража в отношении доходов, полученных преступным путем.* В данном случае Инструментарий предлагает арбитрам признать недопустимыми все требования сторон, сформулированные в отношении доходов, полученных преступным путем.

## **6. Заключение**

В заключение хотелось бы еще раз отметить, что Инструментарий был разработан специалистами как в области арбитража и исполнения арбитражных решений, так и в сфере уголовного права, что делает его на сегодняшний день важным источником информации о консенсусе, достигнутом в отношении вопроса о коррупции и отмывании денежных средств и их связи с арбитражем. Предложенный в Инструментарии принцип пошагового анализа ситуации с целью установления фактов коррупции и отмывания денежных средств и его последствий уже получил положительный отклик у специалистов.

Однако авторам очевидно, что меняющееся регулирование в отношении борьбы с коррупцией и отмыванием денежных средств, а также меняющиеся практики трансграничной деловой жизни постепенно будут приводить к необходимости обновления и дополнения Инструментария.

## ДИСФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ СОВЕЩАНИЯ АРБИТРОВ И ЭФФЕКТИВНОЕ АДВОКАТСКОЕ МАСТЕРСТВО\*

Тоби Ландау,  
королевский адвокат,  
барристер и арбитр,  
“Essex Court Chambers” (Лондон, Сингапур)

*Данная статья состоит из двух частей. Во-первых, автор проводит анализ проблем и потенциальных слабых мест, которые характерны для процесса принятия решений единоличным арбитром и коллегиальных совещаний арбитров. Частично этот анализ строится на кратком описании возможных когнитивных искажений и эвристических приемов, которые отмечают психологи и иные специалисты, наблюдающие за процессом принятия решений, а частично на субъективном изложении иных потенциальных слабых мест и проблем данного процесса, которые сам автор наблюдал на практике. Во-вторых, автор описывает перечень стандартных подходов к изложению письменных позиций и устным выступлениям представителей, которые, по его мнению, непосредственно способствуют наблюдаемым проблемам и слабым местам и приводят к сбоям в процессе принятия решений.*

*Ключевые слова: совещания арбитров; когнитивные искажения; свидетель; адвокатское мастерство.*



\* Данная статья была впервые опубликована на английском языке в сборнике “International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity” (см.: Landau T.T., QC. Dysfunctional Deliberations and Effective Advocacy // International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 19) / A. Menaker (ed). Kluwer Law International, 2017. P. 285–301). С любезного разрешения Международного совета по коммерческому арбитражу (International Council for Commercial Arbitration (ICCA)) в настоящем сборнике публикуется ее перевод на русский язык.

# DYSFUNCTIONAL DELIBERATIONS AND EFFECTIVE ADVOCACY

TOBY LANDAU QC,  
Barrister and Arbitrator,  
*Essex Court Chambers* (London, Singapore)

*The article consists of two parts. First, the author analyzes the vulnerabilities and potential weaknesses to which individual decision-making and collective deliberation are prone. This comprises, in part, a brief distillation of the potential cognitive biases and heuristics that psychologists and other technical observers of the decision-making process have observed and, in part, a subjective account of other potential weaknesses and dysfunctions in the process that the author has observed in practice. Second, the author describes standard written and oral advocacy approaches that it is suggested feed directly into the observed vulnerabilities and weaknesses, and give rise to breakdowns.*

*Keywords: deliberations; cognitive biases; witness; advocacy.*



## 1. Введение

Главным критерием эффективности письменной и устной деятельности представителя по защите интересов клиента, безусловно, является то, насколько она действительно повлияла на сердца и умы арбитров в конкретном деле. Для адвоката пройти данную «проверку» весьма непросто, учитывая, что принятие решения арбитрами — это индивидуальный и скрытый процесс, а совещания арбитров почти повсеместно конфиденциальны, так что проанализировать их невозможно. Хотя поведение трибунала и его действия в ходе слушания, а также его приказы и решения после слушания могут в некоторой степени подсказать, насколько — и, главное, почему — конкретный

прием адвоката был успешным или, наоборот, провальным, зачастую они оказываются не более чем случайными подсказками. Как правило, в ходе слушания арбитры ничем не выдают свое мнение по конкретному вопросу и стараются сохранять вид нейтральный и безучастный. А в опубликованных решениях, кроме шаблонных комплиментов, обычно мало говорится о стилях и приемах, с помощью которых представлялись позиции. Поэтому в основном адвокату приходится довольствоваться неполным «табелем успеваемости» и чередой догадок о том, что же именно убедило или оттолкнуло каждого арбитра и что именно происходило в стенах совещательной комнаты.

И все же, невзирая на такое отсутствие конкретных отзывов о работе адвокатов, в международном арбитраже сложились и устоялись некоторые отдельные письменные и устные приемы и стили адвокатской деятельности. В этих приемах и стилях представления позиции стороны сочетаются традиции стран как общего, так и континентального права, и на данный момент они представляют собой стандартную практику и профессиональную «мудрость». К ним относятся подача объемных письменных меморандумов; использование подробных свидетельских показаний и экспертных заключений; выступление со вступительным и заключительным словом на слушаниях и подача письменных заявлений по итогам слушания. Применение этой структуры арбитражного разбирательства не ставится под вопрос и даже ожидается, а принятый подход к каждому ее компоненту в настоящее время передается среди юристов, специализирующихся на арбитраже, из поколения в поколение.

Однако если сосредоточиться на действительной природе и процессе принятия решений отдельным арбитром или совещаний трибунала, то сразу ярко проявляются два обстоятельства. Во-первых, устоявшиеся адвокатские практики часто вредят конкретным пожеланиям, потребностям и возможностям международных арбитражей. Во-вторых, что еще более тревожно, принятие решений в арбитраже и процесс совещания подвержены ряду проблем. Некоторые из них хорошо известны и задокументированы. О других многие подозревают, но предпочитают вслух не говорить. И некоторые из таких проблем, на наш взгляд, возникают или усугубляются в результате использования тех самых адвокатских приемов, которые сегодня широко распространены и считаются стандартными.

Настоящая работа сосредоточена на этом противоречии и рассматривает его в два этапа:

1) во-первых, проводится анализ проблем и потенциальных слабых мест, которые характерны для процесса принятия решений единоличным арбитром и коллегиальных совещаний арбитров. Частично этот анализ строится на кратком описании возможных когнитивных искажений и эвристических приемов, которые отмечают психологи и иные специалисты, наблюдающие за процессом принятия решений, а частично на совершенно ненаучном и субъективном изложении иных потенциальных слабых мест и проблем данного процесса, которые сам автор наблюдал на практике (пока что на анонимной основе);

2) во-вторых, описывается перечень стандартных подходов к изложению письменных позиций и устным выступлениям представителей, которые, как мы предполагаем, непосредственно способствуют наблюдаемым проблемам и слабым местам и приводят к сбоям в процессе принятия решений.

## 2. Потенциальные слабости процессов единоличного и коллегиального принятия решений

Совещания арбитров, как и совещания судей или присяжных, по общему правилу закрыты для публики не без причины. В частности, признается, что конфиденциальность критически важна для обеспечения свободного обмена мнениями, защиты участвующих в процессе лиц, а также его ограждения от влияния извне<sup>1</sup>. Вместе с тем за последние годы было сделано несколько попыток погрузиться в этот частный мир и проанализировать его динамику. Некоторые такие исследования сосредоточены на организационных, практических и процессуальных вопросах<sup>2</sup>, тогда как другие — на действии когнитивных психологических искажений и эвристики<sup>3</sup>. Все они неизбежно

<sup>1</sup> Интересный анализ конфиденциальности совещаний арбитров см. в статье: *Caron D.D. Regulating Opacity: Shaping How Tribunals Think // Practising Virtue, Inside International Arbitration / D.D. Caron, St.W. Schill, A. Cohen Smutny, E.E. Triantafyllou (eds.). Oxford University Press, 2015. P. 379–397.*

<sup>2</sup> См., например: *Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). Juris Pub., 2014.*

<sup>3</sup> См., например: *Diamond S.S. The Psychological Aspects of Dispute Resolution // Albert Jan van den BERG and others (eds), International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions (= ICCA Congress Series. No. 11) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2003. P. 327–342 (доступно в Интернете по адресу: <http://>*

фрагментарны и неполны, учитывая невозможность открыть процесс для проведения надлежащего научного или системного исследования. Многое в конечном итоге зависит от собственного опыта исследователя, и именно такое, совсем небезопасное и ненаучное основание привело автора к нижеследующим предположениям.

Совещания арбитров в своем лучшем виде могут быть вдохновляющими. Это по сути попытка коллективным и совместным усилием вникнуть в суть спора, распутать и расставить по местам факты, истолковать и применить право и добиться справедливого результата. Когда эта задача возложена на единоличного арбитра, она может приносить ему необычайное удовлетворение. Но когда дело рассматривается вместе с другими арбитрами, такой опыт дополнительно обогащается тем вкладом, который могут привнести коллеги-арбитры, а также возможностью вместе проработать весь имеющийся материал и в процессе апробировать свои идеи и понимание дела.

Однако принятие решений и совещания арбитров не всегда проводятся в своем лучшем виде. Порой они могут быть сложными или вообще разочаровать. Иногда оказаться досадными и неудовлетворительными, а порой и вовсе в корне ошибочными. Такие случаи принятия решений и совещаний и правда лучше хранить в секрете, под покровом тайны. Если попробовать нащупать, какие виды проблем (дисфункций) могут возникать в этом процессе, можно выделить три категории. Во-первых, это ряд проблем, которые выявила и описала когнитивная психология (так называемые «эвристика» и «когнитивные искажения»). Во-вторых, речь о ряде ключевых когнитивных искажений, которые пока не признаны или обычно недооцениваются в данной области. И в-третьих, это ряд чисто практических проблем, которые вытекают из общего наблюдения определенных паттернов

---

[www.law.northwestern.edu/faculty/fulltime/diamond/papers/International\\_Council.pdf](http://www.law.northwestern.edu/faculty/fulltime/diamond/papers/International_Council.pdf)); *Sussman E.* Arbitrator Decision-Making: Unconscious Psychological Influences and What You Can Do about Them // *American Review of International Arbitration*. 2013. Vol. 24. No. 3. P. 487–514 (доступно в Интернете по адресу: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2372307](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2372307)); *Drahozal Chr.R.* A Behavioral Analysis of Private Judging // *67 Law and Contemporary Problems*. 2004. Vol. 67. No. 1. P. 105–132 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1318&context=lcp>); *Bishop R.D.* The Quality of Arbitral Decision Making and Justification // *World Arbitration & Mediation Review (WAMR)*. 2012. Vol. 6. No. 4. P. 801–812 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.cailaw.org/media/files/ITA/ConferenceMaterial/2015/workshop/5a-bishop.pdf>); *Reed L.* The Kaplan Lecture 2012 “Arbitral Decision-Making: Art, Science or Sport?” ([www.arbitration-icca.org/media/1/13581569903770/reed\\_tribunal\\_decision-making.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13581569903770/reed_tribunal_decision-making.pdf)).

(моделей) поведения арбитров. Все указанные категории рассмотрены по очереди ниже.

### **2.1. Признанные эвристические приемы и когнитивные искажения**

За несколькими яркими исключениями, международные арбитры — тоже люди, и ничто человеческое им не чуждо. И, будучи людьми, они будут иметь те же характеристики, качества и слабости, что и все мы, какое бы образование или опыт у них ни были. К ним, разумеется, относятся и эвристика, и неосознанные искажения мышления или так называемые «шоры»<sup>1</sup>, изучаемые когнитивной психологией.

В кратком определении Э. Суссман «эвристика» понимается как «мыслительный прием, позволяющий людям решать проблемы, формировать суждения и быстро и эффективно реагировать на различные ситуации. Эти практические стратегии сокращают время принятия решений и позволяют людям функционировать, не останавливаясь постоянно, чтобы подумать о следующем действии»<sup>2</sup>.

Таким образом, эвристические приемы пригождаются во многих ситуациях и могут быть удивительно точными. К примеру, часто описываемая «репрезентативная эвристика» подразумевает принятие решений путем сравнения текущей ситуации с наиболее репрезентативным психическим прототипом или ярлыком. «Эвристика доступности» предполагает принятие решений исходя из того, что быстрее приходит на ум или вспоминается<sup>3</sup>.

Однако эвристика может также привести и к ошибкам или отклонениям в суждении, которые известны как «когнитивные искажения». Хотя такие искажения широко распространены и в некоторой степени присущи человеческой натуре, их присутствие и действие в контексте принятия решений судьями или арбитрами представляет особую проблему, поскольку они могут нарушить восприятие судом заявлений сторон и доказательств и даже привести его к неправосудному результату.

<sup>1</sup> См.: *Guthrie Chr. Misjudging // Nevada Law Journal. 2007. Vol. 7. No. 2. P. 420–456* (доступно в Интернете по адресу: <https://scholars.law.unlv.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1432&context=nlj>).

<sup>2</sup> *Sussman E. Op. cit. P. 494–495.*

<sup>3</sup> См.: *Tversky A., Kahneman D. Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability // Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases / D. Kahneman, P. Slovic, A. Tversky (eds.). Cambridge University Press, 1982. P. 163–178.*

Существует длинный и всем знакомый список таких когнитивных искажений. Приведем лишь краткий и сильно упрощенный обзор:

а) суждение задним числом (ретроспективное искажение)<sup>1</sup>: когда лицо принимает решение под влиянием информации, которой оно не располагало во время соответствующих событий. Эта ошибка может привести, например, к выводу о том, что событие было неизбежным, хотя в момент, когда оно произошло, оно не воспринималось как таковое;

б) эффект привязки (также «ошибка якорения»)<sup>2</sup>: когда при расчете суммы лицо, принимающее решение, отталкивается от изначального числового значения (часто из-за наличия другой несистематизированной информации), которое впоследствии служит «якорем», в связи с чем окончательный итог корректируется в большую или меньшую сторону так, чтобы приблизить его к этому исходному значению, вместо того чтобы начать расчет заново или произвести его в совершенно ином диапазоне значений;

с) эффект фрейминга<sup>3</sup>: когда на лицо, принимающее решение, влияет то, каким образом представлен или сформулирован вопрос. Отсюда старый пример, где на вопрос «можно ли курить, когда молишься?» обычно дают ответ «нет», а вот на вопрос «можно ли молиться, когда куришь?», напротив, как правило отвечают «да»;

д) ошибка согласованности (когерентности)<sup>4</sup>: как ее описала Э. Сусман, это «психологическая модель, которая рассматривает сдвиг от конфликта к завершению. В ходе разрешения дела мнение судьи или арбитра о споре постепенно двигается к состоянию согласованности (когерентности), при котором аргументы в поддержку одного результата принимаются, а противоположные им аргументы отклоняются. К концу этого процесса в качестве победившей позиции формируется единый взгляд на дело»<sup>5</sup>.

Ошибка суждения здесь возникает в результате привлекательности определенности и порядка (и ее обратной стороны — неприязни к сомнению и беспорядку). Как только лицо, принимающее решение,

---

<sup>1</sup> См.: *Sussman E.* Op. cit. P. 495; *Drahozal Chr.R.* Op. cit. P. 110.

<sup>2</sup> См.: *Sussman E.* Op. cit. P. 496; *Drahozal Chr.R.* Op. cit. P. 110.

<sup>3</sup> См.: *Sussman E.* Op. cit. P. 497.

<sup>4</sup> См.: *Sussman E.* Op. cit. P. 498.

<sup>5</sup> *Sussman E.* Op. cit. P. 499 (со ссылкой на: *Simon D.* A Psychological Model of Judicial Decision Making // *Rutgers Law Journal.* 1998. Vol. 30. No. 1. P. 20).



чувствует, что найден связный вывод или анализ, оно может не вполне обоснованно приобрести уверенность в том, что результат верен, и преждевременно утратить какое-либо желание отступить от такого результата;

е) склонность к подтверждению своей точки зрения (или предвзятость подтверждения)<sup>1</sup>: когда, придя к выводу или гипотезе, лицо, принимающее решение, зачастую более склонно принимать заявления и доказательства, которые оным соответствуют и их поддерживают, а также более склонно отвергать что-либо, что подрывает или противоречит данным выводу или гипотезе.

Существует также ряд признанных «аффективных искажений», которые вытекают из конкретного опыта, воспитания, образования и работы лица, принимающего решение. Речь идет о факторах воздействия, которые также важно понимать, поскольку — на подсознательном уровне — и они могут влиять на оценку и готовность арбитра принять представленные доводы и доказательства и даже как бы руководить арбитрами. К этим факторам относятся (например):

а) так называемый «эффeкт близости», при котором, по словам Ш. Даймонд, «на лиц, принимающих решение, путем формирования понимания [об обстоятельствах] и суждений о поведении других людей влияют их культурное воспитание, прошлый жизненный опыт и их личные связи»<sup>2</sup>;

б) «эффeкт эгоцентричности» представляет собой склонность людей приходить к суждениям, которые более близки к их личным интересам<sup>3</sup>; и

с) «эффeкт ожидания наблюдателя», который (опять-таки пользуясь словами проф. Даймонд) приводит к тому, что «убеждения о мире

<sup>1</sup> См., например: *Seidenfeld M. Cognitive Loafing, Social Conformity, and Judicial Review of Agency Rulemaking // Cornell Law Review. 2002. Vol. 87. No. 2. P. 504–505* (и множество полезных ссылок, приведенных в этой статье) (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2872&context=clr>); *Sussman E. Op. cit. P. 500.*

<sup>2</sup> *Diamond S.S. Op. cit. P. 336; см. также: Sussman E. Op. cit. P. 505.*

<sup>3</sup> *Diamond S.S. Op. cit. P. 337; см. также: Nickerson R.S. How We Know — and Sometimes Misjudge — What Others Know: Imputing One's Own Knowledge to Others // Psychological Bulletin. 1999. Vol. 125. No. 6. P. 738* (доступно в Интернете по адресу: <https://pdfs.semanticscholar.org/2850/3fb675e59d00a8cca49bc37d474e07888ae2.pdf>) (эгоцентризм — это «неспособность принять точку зрения другого человека, которая равнозначна предположению, что точка зрения другого человека в точности совпадает с собственной»).

и личные предубеждения о вероятной благонадежности некоторых видов свидетелей влияют на то, как лица, принимающие решения, оценивают показания», и к тому, что лица, принимающие решения, «скорее отвергнут информацию, которая противоречит их убеждениям и ожиданиям»<sup>1</sup>.

## **2.2. Непризнанные или недооцененные эвристические приемы и когнитивные искажения**

Кратко описав выше набор когнитивных искажений, которые часто встречаются в анализе процесса принятия решений, отметим три тесно связанных явления, которые, по нашему мнению, приобрели особое значение в практике международного арбитража. Некоторые из них до сих пор не признавались. Другие упоминались, но их потенциальному воздействию в области арбитража не вполне придавалось значение. Все они представляют собой особые проблемы и риски для процессов единоличного и коллегиального принятия решений арбитрами, и все три осложняют друг друга. Наконец, преобладающие на практике юридические приемы усугубляют именно эти три фактора.

### **2.2.1. «Феномен бакена»<sup>\*</sup>**

Во-первых, в современной международной арбитражной практике возник свой вариант эффекта привязки (ошибки «якорения»).

Так, в контексте принятия решений эвристика привязки обычно описывается как проблема математических подсчетов, и в частности оценки убытков. В связи с этим в своей лекции на Каплановских чтениях в 2012 г. Л. Рид резюмировала эту концепцию путем отсылки к следующей весьма удачной цитате проф. Драхозала: «При оценке суммы в числовом выражении люди склонны отталкиваться от некоего исходного значения – «якоря», чтобы затем путем его корректировки прийти к окончательному значению. Если «якорь» дает полезную информацию о базовом значении, на основании которого ведется расчет (таком как объявленная цена), и если люди делают разумные корректировки, эта эвристика «якоря и корректировки» может послужить полезным подходом для принятия решения. Но привязки могут быть

---

<sup>1</sup> *Diamond S.S.* Op. cit. P. 337–338.

<sup>\*</sup> Бакен – плавучий знак, устанавливаемый на якоре для обозначения навигационных опасностей на пути следования судов или для ограждения фарватеров. – *Примеч. ред.*

проблематичными, если люди начинают не с того «якоря» или так и не корректируют исходное значение»<sup>1</sup>.

Подобные «неправильные» привязки могут возникнуть из информации, которая имеет лишь побочное значение или, возможно, вовсе не имеет значения и может сама по себе быть спорной. Вместо того чтобы принимать решение на основании чистого значения, лицо, принимающее решение, берет за основу или отправную точку для поиска сопоставимого значения такую неважную или спорную информацию.

Л. Рид приводит ряд примеров этого искажения, включая эксперимент, проведенный К. Гатри, Дж. Рачлински и Э. Вистричем, в рамках которого судьям в США давали факты дела по иску о возмещении вреда здоровью и просили рассчитать убытки за небрежность, которые бы компенсировали истцу утрату подвижности ноги. В изложении фактов отсутствовала оценка иска самим истцом, но одной «якорной» группе дали дополнительную информацию о том, что ответчик ходатайствовал об отклонении иска, заявляя, что убытки истца составили бы менее 75 000 долл., т.е. минимума, требуемого для подачи иска в федеральный суд США. Таким образом, для этой группы цифра в 75 000 долл. — хотя она была не более чем односторонним утверждением ответчика, не имеющим никакого основания, и сама по себе не отражала фактическую оценку убытков — в действительности послужила «якорем». В результате основная группа судей присудила истцу в среднем 1 249 000 долл. в счет убытков, тогда как группа, которой дали «якорь», — в среднем всего лишь 882 000 долл.<sup>2</sup>

Ключевой механизм работы этого феномена «якоря» заключается в фиксации лицом, принимающим решение, исходной точки. Будучи установленной, она становится отправным пунктом для оценки доводов и доказательств, и в зависимости от убедительности представленного материала отступления от этой фиксированной точки могут быть относительно незначительными. Как только «якорь брошен», он определяет характер и пределы анализа.

Но, на наш взгляд, в современной практике международного арбитража склонность трибуналов устанавливать фиксированные отправные точки приобрела к настоящему моменту более значимую

<sup>1</sup> Reed L. Op. cit. P. 4 (с цитатой из: *Drahozal Chr.R.* Op. cit. P. 110).

<sup>2</sup> См.: Reed L. Op. cit. P. 5 (со ссылкой на: *Guthrie Chr., Rachlinski J.J., Wistrich A.J.* Inside the Judicial Mind // *Cornell Law Review*. 2001. Vol. 86. No. 5. P. 788–789 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1734&context=facpub>)).

роль и распространилась далеко за пределы простых цифр и расчетов. Причина в самом масштабе многих международных дел, колоссальном объеме материалов, который теперь регулярно «сваливается на головы» арбитров. У арбитров возникает потребность в формировании стратегий, которые помогут им справиться с таким наплывом информации и отыскать путь к принятию здравого решения, которое позволит им надлежащим образом выполнить свою функцию.

Опасно делать обобщения в международном арбитраже, поскольку этот процесс принимает различные формы в разных контекстах по всему свету. Тем не менее можно выделить часто встречающиеся общие характеристики современных международных арбитражных разбирательств:

(i) подача каждой стороной всеобъемлющего письменного меморандума, состоящего из:

– многостраничного пересказа всей истории спора и всех фактов с отсылками к документам, которые встречаются по ходу такого повествования (и приложением полного комплекта документов). Часто такие изложения представляют собой полную историю дела, собранную каждой стороной, чтобы оставить «пространство для маневра» — позволить стороне на более позднем этапе отобрать факты для конкретных линий аргументации и акцентов. Это отражает обеспокоенность сторон тем, что, исключив с самого начала какой-либо вопрос, позже в ходе разбирательства они могут столкнуться с затруднениями, если вдруг по какой-либо причине данный вопрос станет важен;

– многословного и подробного анализа широкого круга основных и альтернативных аргументов по вопросам права. Каждое заявление, как правило, сопровождается многочисленными правовыми источниками из каждой юрисдикции, которые удалось отыскать в электронных базах данных, ссылками и сносками, перегруженными цитатами в кавычках и скобках. Общий подход, подобно подходу к изложению фактов, состоит в том, чтобы охватить все возможные правовые основания, оставить открытыми все пути, дабы на всякий случай обеспечить максимальную гибкость в дальнейшем.

Часто такие меморандумы представляют собой необъятные документы, каждый из которых является плодом нескольких месяцев написания и сведения воедино большими командами, состоящими из юристов, помощников юристов и другого вспомогательного персонала (не говоря уже об использовании ультрасовременных копировальных машин). Каждый меморандум нередко состоит из сотен страниц,

сопровождаемых целой вереницей коробок с тысячами приложений и сотнями цитируемых источников;

(ii) подача противоположной стороной не менее объемных ответных (встречных) письменных меморандумов со своим комплектом коробок с обширными приложениями и источниками;

(iii) подача каждой стороной развернутых, подробных и объемных свидетельских показаний. Изначально письменные свидетельские показания задумывались именно как фактические показания свидетеля, которые записываются им / ею вместо дачи их устно на слушании в ходе непосредственного прямого допроса (*direct examination / examination-in-chief*). Для введения этого процессуального механизма имелись веские причины: экономия времени на слушаниях, заблаговременное информирование других сторон о том, какие будут даваться показания, а также обеспечение упорядоченного и справедливого представления показаний свидетелей. Но со временем юристы ухватились за такую соблазнительную возможность продолжить в этом письменном документе отстаивать интересы клиента. Потому сегодня свидетельские показания – это отшлифованные и усовершенствованные документы, которые готовятся юристами при разной степени вклада со стороны самого свидетеля; часто они представляют собой исчерпывающее и подробное изложение со ссылкой на обширные приложения, пишутся в том же стиле и тем же шрифтом, что и письменные меморандумы (вместе с тем же указанием на юридическую фирму внизу страницы). Грамматика и правописание безупречны, и можно даже встретить специальные юридические выражения (например, “*aforementioned*” («вышеупомянутый»)) или выражения на латыни (такие как “*inter alia*” («среди прочего»)), несмотря на то что свидетель или свидетельница могут быть неспособны самостоятельно сформулировать связное предложение. Итог для арбитража – еще одна огромная пачка бумаг, которая лишь добавляет объема (порой речь идет о нескольких сотнях страниц) существующим материалам дела;

(iv) подача противоположной стороной ответных свидетельских показаний, подчас того же объема, что и первоначальные. На самом деле ответные показания могут быть даже больше, поскольку теперь расширяется круг вопросов, которые необходимо затронуть. И вот все больше документов скапливается на уже трещащих под их весом столах арбитров, и в углах их кабинетов продолжают расти горы коробок;

(v) подача каждой стороной экспертных заключений. Они зачастую длиннее свидетельских показаний и сложнее для прочтения и усвое-

ния арбитрами ввиду их специального характера. Часто они являются плодом нескольких недель работы специалистов или специальных подгрупп в рамках каждой команды юристов. Как правило, с ними подаются их собственные комплекты (объемных) приложений, уложенных в свои коробки. И все это тоже должно втиснуться в кабинет каждого арбитра;

(vi) подача противоположной стороной ответных экспертных заключений, которые удваивают объем, полученный по итогам подачи первых заключений.

Общий объем материалов после всех этих действий часто таков, что никакой арбитр попросту не сможет прочесть и усвоить все или даже большую часть таких материалов. Но гораздо более тревожно то, что само количество коробок и бумаг (или гигабайт данных) может представлять для каждого арбитра серьезное препятствие даже для того, чтобы подбраться к делу и разобраться в очертаниях спора. Даже если отставить в сторону гору приложений по фактическим обстоятельствам, экспертных заключений и правовых источников, уже одна задача по прочтению, должному пониманию и обдумыванию письменных заявлений зачастую представляет собой колоссальное и изнурительное занятие. Объем материалов и отсутствие в них четкого центра внимания, а также количество представленных вопросов и подвопросов легко может перегрузить и запутать арбитров.

И такая ситуация складывается даже еще до начала самого устного слушания. Как только начинаются слушания, кипы бумаг для будущего усвоения непрерывно увеличиваются, в частности, после добавления к ним сотен страниц стенограммы, где запротоколированы (чаще всего):

— длительные вступительные речи каждой стороны (в которых время уходит на повторение содержания письменных заявлений, исходя из предпосылки, что полностью они прочитаны не были или что нельзя рассчитывать на то, что арбитры надлежащим образом прочли их без присмотра сторон);

— основные, перекрестные и повторные допросы всех свидетелей и экспертов;

— заключительные выступления каждой стороны.

А затем... каждая сторона еще подает письменные заявления по итогам слушания, которые — если вдруг нет ограничения количества страниц (часто такие ограничения сами по себе весьма щедрые и позволяют подать 50 или 100 страниц) — могут растянуться на несколько сотен страниц.

А после них... каждая сторона иногда подает ответные письменные заявления по итогам слушания, в которых она, как правило (и подробно), обвиняет остальные стороны в несправедливом «выдерживании» отдельных высказываний из контекста стенограммы, чтобы затем самой (и весьма подробно) пуститься в описание собственных «выдернутых» цитат.

С точки зрения состава арбитров риск утонуть в море бумаг и информации влечет за собой сопутствующую ему потребность в разработке стратегий навигации и выживания. Это жизненно необходимо, чтобы каким-то образом удержать дело под контролем и разобраться в нем; чтобы быть готовым справиться с новым потоком материалов на слушании; чтобы не казаться всем участникам процесса неразумными и неподготовленными и чтобы найти путь к конечному решению. И, на наш взгляд, одной из основных стратегий достижения этих целей как раз и становится установление фиксированных точек, или «бакенов», которые в совокупности составляют своего рода карту дела. Процесс в данном случае — и он может быть отчасти неосознанным, поскольку большинство арбитров утверждает, что сохраняет совершенную открытость и непредвзятость на протяжении всего разбирательства, — состоит в том, чтобы зацепиться за значимые точки, будь то конкретные документы, конкретные факты, конкретные правовые принципы, которые становятся ключевыми моментами для характеристики и понимания спора. Это ориентиры, которые служат для описания спора для самого лица, принимающего решение. Если свести их вместе, то они будут пояснять, а также очерчивать границы дела. Они представляют собой «теорию» (картину) дела и — как и положено бакенам — помогают прокладывать курс. Подобных фиксированных точек (таких как ключевые события, отобранные из хронологии спора) может быть множество. Равным образом их может быть всего несколько. А порой в случае ключевых документов арбитр даже постарается выудить их из материалов дела и поместить в свою собственную личную «ключевую папку» (в результате чего они как отправные точки становятся особенно незыблемыми). Со временем эти бакены могут укорениться в сознании арбитров. Для арбитра они будут составлять ключевые черты, которые будут всплывать в его памяти в связи с делом, тогда как другие, более мелкие детали затеряются в массе материала или вследствие переключения на другие дела.

Как только такие бакены расставлены, они, естественно, «проверяются на прочность» доводами сторон и доказательствами — и эту проверку выполняет любой арбитр, который сохраняет «открытое

восприятие» позиций сторон. Но именно здесь и происходит процесс, аналогичный феномену привязки («якорения»). Само существование фиксированных точек определяет и ограничивает рамки или картину спора. Таким образом, процесс, происходящий в уме лица, принимающего решение, — это не открытый анализ с чистого листа, но скорее выбор, отойти ли от существующей(-их) отправной(-ых) точки(-ек). Эта задача гораздо уже. По сути границы спора существенно сокращаются, и большие части дела могут недооцениваться или не приниматься во внимание из-за такого процесса.

Этот предложенный феномен тесно связан с упомянутой выше ошибкой согласованности с одним ключевым отличием. Неотъемлемый элемент ошибки согласованности — это путь, который лицо, принимающее решение, проходит для достижения результата, и соответствующие усилия, направленные на придание беспорядку структуры и формы. Опыт прохождения такого пути и сами усилия определяют полученный результат как верный и усиливают убежденность лица, принимающего решение, в его правильности. В этой связи примечателен выразительный отрывок из работы судьи Кардозо «Парадоксы юридической науки»<sup>1</sup>, цитируемый Э. Суссман<sup>2</sup> (и воспроизводимый здесь нами, поскольку данный феномен едва ли описывался кем-то лучше): «И вот внезапно туман рассеялся. Мои мысли пришли в состояние умиротворения. Я догадываюсь, что есть сомнения в том, верен ли мой вывод. Я вынужден признать эти сомнения: столь тяжкий труд я перенес, прежде чем добрался до тихой гавани. Я не могу спорить с теми, кто отказывается присоединиться ко мне; и все же для меня, как бы ни обстояло дело для других, решение, к которому я пришел после стольких мук, стало единственно верным, прошлые сомнения слились в одно и наконец исчезли в спокойной уверенности моего убеждения».

Мы же, напротив, предполагаем, что «феномен бакена» возникает на более раннем этапе, до завершения мысленного пути, потому что этот путь представляется чересчур сложным. Речь идет о попытке избежать излишних усилий или справиться с ситуацией, в которой требуемое усилие кажется непреодолимым. Потому душевное спокойствие наступает с формированием посильной картины дела и осознанием

<sup>1</sup> The Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo / M.E. Hall (ed.). Fallon Pub., 1947. P. 302 (доступно в Интернете по адресу: <https://archive.org/details/in.ernet.dli.2015.275703/page/n323/mode/2up>).

<sup>2</sup> *Sussman E.* Op. cit. P. 499.



того, что благодаря ей объем анализа ограничен определенными рамками, и не нужно будет неделями или месяцами «продираться» сквозь все материалы дела.

### 2.2.2. Склонность к подтверждению своей точки зрения

Те же факторы, которые порождают представленный «феномен бабена», могут также породить и особенно мощное искажение мышления в силу склонности к подтверждению своей точки зрения.

Как было отмечено, предвзятость подтверждения возникает, когда лица, принимающие решение, пришли к выводу по какому-либо вопросу факта или права либо к гипотезе, которые склоняют их к определенному результату. Как только это происходит, отмечается видимая тенденция таких лиц далее принимать или более благосклонно смотреть на представленный материал, который скорее подкрепляет их вывод или гипотезу, отвергая или с большей настороженностью относясь ко всему, что противоречит им или подрывает их. Э. Суссман в этой связи цитирует следующий отрывок из работы Р. Уэйтса и Дж. Лоренса:

«Типичный арбитр подходит к концу первого этапа процесса принятия решения с одной преобладающей картиной в уме. ...Немалое число арбитров к концу вступительных заявлений (т.е. до вызова свидетелей или представления доказательств) уже четко определяет, к чему склоняется. Таким образом, для большинства арбитров фактические выступления в ходе арбитража — это процесс фильтрации доказательств для проверки их личных гипотез о деле, чтобы либо подтвердить их, либо изменить свое изначальное понимание того, о чем же в действительности рассматриваемое ими дело.

<...>

<...> Арбитры... сделают все возможное, чтобы подогнать свое восприятие фактов и обстоятельств дела под сформированную ими картину.

<...>

Как только повествование приобрело четкие очертания в их голове, арбитры редко пересматривают свое мнение о том, что случилось, хотя порой они все же меняют его в части юридической квалификации событий, с которыми связано дело»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> *Sussman E.* Op. cit. P. 502 (с цитатой из: *Waites R.C., Lawrence J.E.* Ch. 4. Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy // *The Art of Advocacy in International Arbitration* / D. Bishop, E.G. Kehoe (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. Juris Pub., 2010. P. 109–110, 114 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.cailaw.org/media/files/ITA/ConferenceMaterial/2015/workshop/5r-waites-lawrence.pdf>).

Это, очевидно, представляет крайне серьезную опасность для процесса принятия решений, поскольку, сколь бы «открытым» ни считал себя сам трибунал, действие данной ошибки может привести к тому, что в действительности арбитры — зачастую неосознанно — будут смотреть на представленную им информацию сквозь несправедливые фильтры. И последствия могут быть тем более пагубными, чем раньше эта ошибка начнет влиять на их мышление. Если предварительные мнения или гипотезы укореняются на ранней стадии процесса, то восприятие арбитрами большинства доводов и доказательств может быть искажено.

По нашему мнению, если большие объемы материалов привели к тому, что арбитр зафиксировал для себя отправные точки, как описано выше, возникает еще более высокий риск. Если он допустит отступление от бакена, то его мысленная карта или путь к арбитражному решению могут быть утрачены. Однако совсем без бакенов арбитр вынужден дрейфовать среди массы документов и каким-то образом вернуться к материалам дела, а затем как-то отыскать другой путь сквозь них. Риск в случае необъятных материалов дела заключается в том, что этот поиск может быть для арбитра непривлекательной или даже невыполнимой задачей.

Иными словами, прочертив путь к принятию решения (и отыскав средство справиться с огромным объемом и сложностью дела), лицо, принимающее решение, по всей вероятности, будет более склонно принимать доводы и доказательства, которые соответствуют каждому бакену и подтверждают его, чем те, которые их опровергают и предполагают необходимость вновь обращаться ко всем материалам дела.

### 2.2.3. «Социальная лень»

В-третьих, существует дополнительный, но редко отмечаемый фактор в трибуналах из трех или более арбитров, который создает риск еще сильнее усугубить и осложнить феномен бакена и склонность искать подтверждение своей точки зрения. Ему дана особенно удачная специальная характеристика — «социальная лень».

«Социальная лень» — это явление, наблюдаемое в ряде ситуаций, в которых люди расслабляются (или «ленятся»), когда работают в группе или когда их индивидуальные усилия направлены на коллективный результат<sup>1</sup>. Иначе говоря, они утрачивают стимулы стараться так же,

---

<sup>1</sup> См., например: *Seidenfeld M.* Op. cit.; *Latané B., Williams K., Harkins St.* Many Hands Make Light the Work: The Causes and Consequences of Social Loafing // *Journal of Per-*

как если бы они действовали в одиночку, и сокращают или меняют степень своего участия и активности, исходя из того, что остальные члены группы компенсируют недостаток усилий с их стороны. Данный феномен особенно свойствен процессам коллективного принятия решений, где его последствия можно смягчить, если обеспечить возможность определить вклад индивида в конечный результат или ввести иную форму контроля участия каждого члена группы<sup>1</sup>.

На наш взгляд, это явление представляет риск для коллегий из трех или более арбитров, особенно если председательствующий арбитр инициативен, а соарбитры очень заняты. Опыт выполнения роли соарбитра и председательствующего или единоличного арбитра, естественно, сильно различается, но есть те, кто выполняет роль соарбитра, сильно полагаясь на своих коллег. Если такое случается, особенно в делах с огромным объемом материалов, скорее всего, соответствующим арбитрам понадобятся способы упростить свою работу. И сочетание «феномена бакена» со склонностью к подтверждению своей точки зрения как раз их и дает.

### ***2.3. Иные проблемы***

Мы кратко описали ряд проблем и слабостей в процессах единоличного и коллективного принятия решений на основе когнитивных искажений, но остается еще несколько потенциальных дисфункций, у которых нет никакого научного обоснования. Они излагаются ниже, исходя из исключительно субъективных наблюдений, почерпнутых из личного (неудачного) опыта. Данные явления известны, но их редко описывают формально (вне всяких сомнений, из страха, что это вызовет «карьеросократительный» эффект). Такие проблемы не являются универсальными, и их можно избежать, но крайне важно сказать о них в рассматриваемом контексте, поскольку если они все же возникают, то лишь усугубляют вышеописанные искажения.

#### ***2.3.1. Перегрузка расписания***

Если «информационная перегрузка» является ключевой проблемой международного арбитража, то то же самое можно сказать и о «перегрузке расписания». Появление такой фигуры, как профес-

---

sonality and Social Psychology. 1979. Vol. 37. No. 6. P. 830 (доступно в Интернете по адресу: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.1015.5811&rep=rep1&type=pdf>).

<sup>1</sup> *Seidenfeld M.* Op. cit. P. 511.

сиональный арбитр, работающий на постоянной основе, породило бизнес-модель, в рамках которой лица принимают практически любое предлагаемое им назначение (с тем расчетом, что некоторые дела закончатся мирным урегулированием спора). Равным образом в международном арбитраже сложилась своего рода *VIP*-культура: относительно небольшое число опытных и пользующихся доверием специалистов становятся легендами и после этого пользуются огромным спросом. В результате профессиональная жизнь многих международных арбитров – это гонка, бег со слушания на самолет и снова на слушание со сравнительно небольшими перерывами между подобными перебежками на подготовку или размышление. И если каждое дело столь масштабно, как описано выше, то количество страниц и вопросов, которые каждому такому арбитру нужно переварить в год, просто немыслимо.

Перегрузка расписания, как нам кажется, является самым главным побудительным фактором «феномена бакена», склонности к подтверждению своей точки зрения и «социальной лениности». Когда времени не хватает, некоторым арбитрам просто ничего не остается, кроме как попытаться определить то, с чем можно справиться, и овладеть хотя бы малой частью материалов отдельно взятого спора.

### *2.3.2. Упрощение и поверхностное восприятие с течением времени*

В отличие от многих судебных процессов, арбитры редко совещаются по окончании слушания. Они могут на короткое время собраться и поделиться своими первыми мыслями о том, в какую сторону они склоняются, но чаще всего к этому этапу они уже посматривают на часы, чтобы рассчитать, сколько времени им понадобится на дорогу до аэропорта / вокзала (и т.д.). Кроме того, использование письменных заявлений по итогам слушания часто служит причиной не устраивать совещания, чтобы дать всем сторонам возможность сначала завершить представление их позиций. Обычно это означает, что процесс совещания возобновляется лишь спустя несколько недель или даже месяцев. Учитывая проблему перегрузки расписания, составу арбитров может также быть трудно найти даты, в которые все они могут встретиться, так что количество этих месяцев еще больше увеличивается.

По прошествии времени и рассмотрения арбитрами других дел подробности спора неизбежно блекнут в их памяти. При этом отправные пункты, или бакены, изначально зафиксированные каждым арбитром, часто не теряют яркости. И действительно, по мере того

как остальные детали отходят на второй план, эти фиксированные точки могут все сильнее выделяться и по сути превращаться в краткое резюме всего дела. И вот, когда арбитры наконец собираются для обсуждения дела, действительный уровень их дискуссии вполне может быть неожиданно поверхностным и сводиться всего к нескольким ключевым моментам, тогда как значение других аспектов снижается, или арбитры и вовсе оставляют их, чтобы разобраться с ними в дальнейшем. Соответственно, степень детализации в совещаниях арбитров и заявлениях представителей может разительно отличаться. Это может проявиться в том, что в арбитражном решении появятся стандартные пункты, что трибунал подробно рассмотрел каждый довод, даже если не все они отражены в тексте арбитражного решения, однако существует опасность, что на самом деле никакого рассмотрения попросту не было.

### *2.3.3. Зависимость от секретарей трибунала*

Наконец, риски, связанные с «феноменом бакена», склонности к подтверждению своей точки зрения и «социальной лени», повышаются из-за зависимости некоторых международных арбитров от секретарей трибунала или юридических помощников.

Трибуналы часто — и не без причины — прибегают к помощи помощников. Равным образом отдельные постоянные арбитры все чаще привлекают собственных штатных помощников, которые оказывают им содействие во всех их делах — опять же не без причины.

Но одна из опасностей обращения к таким помощникам — чрезмерная зависимость. В частности, некоторые арбитры полагаются на то, что их секретари составят им подробные выжимки из материалов дела, включая краткие изложения аргументов сторон, хронологию ключевых событий, резюме основных спорных вопросов и др. Против такой помощи может быть нечего возразить, если это способ «вчитаться» в дело, но если на этом чтение арбитром материалов и заканчивается или если помощник арбитра по сути становится фильтром между арбитром и материалами дела, налицо очевидные проблемы. Например, — и это важно отметить для целей настоящей статьи — возникает вероятность того, что понимание арбитром всего дела в целом будет определяться выборкой ключевых вопросов (причем составленной не им самим). И, не владея самими материалами, арбитр может впоследствии не смочь или не иметь достаточно уверенности, чтобы отойти от таких избранных ключевых точек. Напротив, они еще сильнее укоренятся и укрепятся в его сознании.

### 3. Юридические приемы как причина дисфункции

Мы обозначили потенциальные проблемы и слабости в процессе принятия решений и совещаний арбитров и теперь можем перечислить конкретные аспекты стандартных устных и письменных приемов представителей, которые сами могут а) создавать или б) усугублять данные проблемы и приводить к дисфункции и сбоям в деятельности арбитров, и предложить подходы, позволяющие этого избежать.

#### 3.1. *«Информационная перегрузка» и «неравенство сторон»*

Как описано выше, «информационная перегрузка» лежит в основе многих из проблем, возникающих в процессе принятия решений и совещаний арбитров. В связи с этим необходимо в корне переосмыслить то, как готовятся и представляются арбитрам дела. В частности, следует четко осознать, что текущая модель основана на фундаментальном «неравенстве» между командами юристов — представителей сторон и арбитрами. В то время как в распоряжении представителей сторон находится большое число юристов, их помощников и вспомогательного персонала, с помощью которых они могут собрать детальнейшие заявления для подачи, у каждого арбитра, скорее всего, нет никого, кто бы ему помог, или в лучшем случае есть всего один сотрудник (секретарь) с очень ограниченной — в теории — ролью. Если не помнить об этом дисбалансе в связи с каждой подачей документов, то арбитры неизбежно столкнутся с проблемой «неподъемного» количества материалов дела, а также риском искажений и применения эвристических приемов, описанных выше.

Итак, простое решение — это представление дела таким образом, чтобы его можно было прочесть и усвоить в полном объеме, т.е. обеспечение того, чтобы его мог прочесть и усвоить один человек без посторонней помощи за разумное время (или, что более реалистично, учитывая «перегрузку расписания», за сравнительно короткий промежуток времени). Это самое очевидное предложение, но вместе с тем наиболее часто игнорируемое.

#### 3.2. *«Вагон и маленькая тележка»*

Как описано выше, тенденция писать меморандумы так, чтобы оставить открытыми все пути и варианты, и склонность в связи с этим включать в них все возможные вопросы, подвопросы и альтернативные аргументы (чтобы на более позднем этапе выбрать из них главные) оказывает прямое негативное влияние на способность три-

бунала руководить ведением дела, а также ходом принятия решений и совещаний.

Отбор должен производиться на раннем этапе, чтобы заявлялись только те вопросы факта и права, которые действительно и напрямую относятся к реальным основаниям иска и имеют для них существенное значение и на которые стороны действительно будут ссылаться. Этот подход обеспечивает краткость, ясность, позволяет расставить акценты и тем самым предоставляет сторонам возможность самим дать арбитрам карту или «бакены», на которые можно ориентироваться. Данный прием может быть очень мощным инструментом письменного и устного отстаивания позиции клиента. Но он требует от представителя стороны мужества для того, чтобы на ранней стадии принять сложные решения, отбросить слабые или второстепенные аспекты и наметить четкий и выполнимый курс для арбитров.

### ***3.3. Компиляция и сравнение источников права — две разные вещи***

Работа больших команд юристов, обладающих внушительными информационно-технологическими ресурсами, по приведению длинных цитат из источников на каждый вопрос права из каждой возможной юрисдикции — это занятие, связанное с высоким риском. Оно также увеличивает лежащее на арбитрах бремя и может тем самым склонить их к поиску простых путей разобраться с делом.

Самое главное — помнить о различии между сравнительным правоведением и простой компиляцией. Первое представляет собой анализ источников из других юрисдикций, которые особенно значимы для дела или тождественны применимым источникам, чтобы содействовать их пониманию арбитрами и тем самым убедить последних. Вторая же есть не более чем накопление и увеличение количества источников.

Руководящий принцип в данном случае вновь самый очевидный: следует приводить материалы, которые сможет прочитать и усвоить один человек без посторонней помощи в разумный промежуток времени. Это требует дисциплины в цитировании источников: необходимо выбирать из них только ключевые и опускать любые материалы, которые имеют лишь второстепенное значение или ничего не добавляют, но только повторяют принцип, о котором идет речь.

### ***3.4. Фикция свидетельских показаний***

Ставшее в наши дни повсеместным использование свидетельских показаний в качестве еще одного способа заявления позиции клиента (а не только для описания фактов) также влечет серьезный риск иска-

жений мышления и эвристики из-за того, что возлагает на арбитров дополнительное бремя. И этот риск нужно тщательно взвесить, учитывая растущий среди международных арбитров скептицизм относительно значимости подобных документов самих по себе.

Как и с любыми иными подаваемыми документами, стандартная практика подачи свидетельских показаний требует коренной переоценки. В идеале свидетельские показания должны представлять собой показания самого свидетеля, как бы странно это теперь ни звучало, и сосредоточиваться только на тех вопросах, которые действительно требуют уточнения со стороны свидетеля, вместо пространного пересказа дела. Чем более ограничена данная задача, тем вероятнее ее результат попадет в картину дела арбитров.

### *3.5. «Прожженные» эксперты*

К стандартной практике приобщения к материалам дела заключений экспертов применимо то же критическое замечание, и она также может вызывать и усугублять нарушения в работе арбитров. Как было отмечено выше, экспертные заключения могут представлять собой наиболее трудноусвояемые и требующие наибольших усилий для понимания документы в материалах арбитражного дела, к которым некоторые арбитры подходят с определенной опаской (особенно если они касаются сложных вопросов оценки убытков). С точки зрения эвристики и искажений получается, что вопросы, требующие экспертных знаний, с меньшей вероятностью будут фигурировать среди фиксированных отправных точек. Но даже если арбитры не испытывают колебаний при рассмотрении экспертных заключений, их подача может существенно увеличить общее бремя прочтения и усвоения материалов дела, которое возложено на арбитров. Это может произойти по двум причинам:

1) из-за объема поданных экспертных заключений и их сложности для понимания;

2) из-за привлечения «прожженных» экспертов, которые регулярно готовят заключения и дают показания при рассмотрении споров, а также представляют мнения с диаметрально отличающимися позициями в пользу той стороны, которая им платит.

Эти два фактора сильно затрудняют задачу арбитров. И второй фактор может осложнить все рассмотрение в целом, поскольку в ответ на одно заключение с такой крайней позицией, вероятнее всего, будет подано заключение с прямо противоположной позицией в пользу другой стороны. Как было отмечено в одном недавнем арбитражном решении по спору между инвестором и государством, «[Т]рибунал



отмечает, что стороны в инвестиционных делах могут быть склонны использовать радикально отличающиеся подходы к представлению вопросов расчета убытков, чтобы довести свою позицию до максимума или свести к минимуму позицию противной стороны. Такой конфликт может привести к тому, что аргументы о методике расчетов и теории оценки, предлагаемые спорящими сторонами, будут пересекаться в незначительной степени или не будут пересекаться вовсе»<sup>1</sup>.

В результате такая контрпродуктивная «перестрелка» экспертов в некоторых ситуациях может сделать область спора, к которому она относится, попросту непроходимой для арбитров. И вот они вновь начинают искать более простые способы разобраться в деле.

В связи с этим экспертные заключения также должны подстраиваться под конкретные нужды и возможности арбитров — опять-таки чтобы в идеале появиться на мысленной карте спора, которую составляют арбитры, с самого начала.

### **3.6. Не та публика**

Одна из причин, почему стороны в итоге подают чрезмерно объемные меморандумы, свидетельские показания и экспертные заключения, состоит в том, что часто эти документы составляют без учета того, для кого они пишутся.

В ходе состязательного процесса может быть естественным сосредоточивать усилия на а) разрушении позиции и благонадежности противника и б) обеспечении катарсиса для клиента, который мог долго ждать шанса дать волю своим расстроенным чувствам и сказать все, что хотелось. Но ни первый, ни последний не являются верными адресатами. Единственной публикой, которая имеет значение, являются арбитры, и их потребности часто вовсе не удовлетворяют ни нападки на противника, ни «терапия» для клиента. В действительности это три совершенно разные задачи, которые никогда не следует смешивать.

Каждый подаваемый документ должен быть сосредоточен исключительно на тех нескольких вопросах, которые составу арбитров в самом деле необходимо прояснить, чтобы проложить свой путь к арбитражному решению. И следует руководствоваться этой задачей, даже если нападки и обвинения противной стороны останутся без ответа, а эмоции клиента — без выхода.

<sup>1</sup> *Tenaris S.A. and Talta – Trading e Marketing Sociedade Unipessoal Lda. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/26, Award (29 January 2016), ¶ 523 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7098.pdf>).

### ***3.7. Несовпадение культур***

В настоящем анализе акцент делается на действительных потребностях и возможностях арбитров в любом конкретном деле. В сфере международного арбитража это неизбежно предполагает их выявление в каждом случае, поскольку потребности и возможности арбитров могут сильно различаться в зависимости от образования, культуры, опыта и ожиданий каждого из них.

Частые ошибки здесь включают а) универсальный подход ко всем арбитрам и б) бездумное принятие стиля страны, где ведется разбирательство, который часто выводится из практики ее судов. В конечном итоге единственным самым главным ориентиром с точки зрения эффективного представления позиции как устно, так и на письме будет определение, насколько это возможно, ожиданий каждого арбитра. Если они будут удовлетворены, более высок шанс, что представленные материалы повлияют на восприятие арбитром дела. Если же такие ожидания не оправдаются, снова возникнет риск, что арбитры запутаются и начнут искать более простые пути к решению.

### ***3.8. Слишком много допущений***

Многие слушания в международном арбитраже начинаются с того, что арбитры сообщают сторонам, что прочли все материалы и что поэтому представителям не нужно повторять какие-либо из их письменных заявлений в ходе их устных выступлений. Но если арбитраж следует обычному описанному выше курсу и материалы арбитражного дела очень объемны, стороны могут и не принять это утверждение всерьез. В действительности в некоторых случаях утверждение арбитров о том, что они все прочли, само по себе крайне маловероятно — по меньшей мере если под «прочли» понимать также «усвоили» и «полностью поняли». И это тем более так, если имеются какие-либо признаки перегрузки расписания арбитров. В подобных случаях кажущаяся уверенность арбитров в понимании материалов дела на самом деле может свидетельствовать о том, что имел место «феномен бакена» и что они уже отыскивали некий рабочий способ «пробиться» сквозь большую часть материалов.

Эффективные устные выступления адвокатов в таких ситуациях могут требовать дипломатичного признания того, что, как арбитры заявили, они заблаговременно прочли материалы, и столь же дипломатичного напоминания о ключевых элементах письменной позиции в любом случае, чтобы обеспечить правильную расстановку бакенов.

### *3.9. Слишком мало допущений*

Равным образом представление позиции исходя из того, что арбитры не читали материалы и не поняли аргументы сторон, когда на самом деле они все прочли и поняли, может нанести большой урон. Это рождает риск выключения внимания арбитров. Но в таком случае возникает риск их возврата к существующим «картам» и картинам дела.

### *3.10. Бич письменного заявления по итогам слушания*

Наконец, существует проблема письменных заявлений по итогам слушания.

Подача таких документов спустя некоторое время после окончания устного слушания на данный момент прочно укоренилась как часть стандартной модели ведения арбитражного разбирательства. Но если взглянуть на нее в разрезе проблем и потенциальных слабостей процесса совещания и принятия решений, которые обозначены выше, эта практика сопряжена со значительными трудностями по следующим причинам:

1) такие письменные изложения позиции часто подменяют собой устные заключительные выступления или краткие выводы по итогам основного слушания. При этом некая форма резюме на данном этапе разбирательства может быть критически важным элементом устной защиты позиции адвокатами. Именно к концу слушания арбитров «провели» по всему делу, и им вполне может понадобиться помощь в организации и закреплении всего ими услышанного;

2) сроки подачи письменных изложений позиции часто таковы, что вместо подведения итогов, когда все еще свежо в коллективном разуме состава арбитров, случается долгий перерыв. Арбитры могут предварительно обсудить дело между собой непосредственно перед своим отъездом, но такое обсуждение часто носит ограниченный характер во избежание окончательного закрепления каких-либо мнений до получения письменных заявлений сторон по итогам слушания. Однако из-за задержки, которая происходит в этом случае, более мелкие детали дела неизбежно блекнут в памяти каждого арбитра, тем более если арбитры, разъезжаясь, переключаются на другие дела и слушания. В результате к тому времени, когда они получают письменные заявления по итогам слушания, возникает опасность, что уже существующие «бакены» всплыли и вновь вышли на первый план в характеристике дела в мыслях каждого арбитра;

3) когда такие письменные заявления наконец подаются, они могут добавить к существующему «списку для чтения» арбитров несколько сотен дополнительных страниц. В связи с этим они могут побудить арбитров вернуться к найденному к тому моменту более простому решению.

Письменное заявление по итогам слушания может, напротив, стать мощным инструментом защиты позиции клиента, если оно составлено как разумный и удобный в работе документ, позволяющий разобраться в материалах арбитражного разбирательства. В каком-то смысле оно может дать арбитрам тот самый более легкий путь решить дело, который они будут искать в любом случае. Но, чтобы это произошло (как и в случае со всеми другими элементами разбирательства), представитель должен выключить свой «автопилот» и подумать о том, что же на самом деле нужно конкретным арбитрам в данном рассматриваемом деле.

**Section 2**  
**PROCEDURAL ISSUES**  
**IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

---

**Раздел 2**  
**ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ**  
**МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

## МЕЖИНСТИТУЦИОНАЛЬНАЯ КОНСОЛИДАЦИЯ АРБИТРАЖНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ

**С.Д. ИВАНОВ,**  
магистр частного права (РШЧП),  
помощник юриста практики разрешения споров  
юридической фирмы “BGP Litigation”,

**А.В. ШАГАЛОВ,**  
магистр частного права (РШЧП),  
специалист кафедры международного частного права  
Исследовательского центра частного права  
им. С.С. Алексеева при Президенте РФ

*В статье рассматривается институт межинституциональной консолидации — объединения арбитражных разбирательств, начатых в рамках различных арбитражных регламентов. Предложение о введении системы межинституциональной консолидации было озвучено в 2017 г. в Меморандуме Сингапурского международного арбитражного центра. В статье предпринята попытка осмысления высказанных в данном Меморандуме предложений с точки зрения теории международного арбитража. Рассматриваются возможные преимущества и потенциальные недостатки указанного механизма, а также процессуальные проблемы, которые могут возникнуть в связи с межинституциональным объединением. В этом контексте обсуждаются также вопросы определения органа, компетентного принимать решение о консолидации, и критериев, на основании которых будет приниматься такое решение.*

*Ключевые слова: межинституциональная консолидация; разрешение комплексных споров; автономия воли сторон; формирование арбитражного трибунала; место арбитража; признание и приведение в исполнение арбитражных решений.*



## CROSS-INSTITUTIONAL CONSOLIDATION OF ARBITRAL PROCEEDINGS

**SERGEY IVANOV,**

Master of Private Law (Russian School of Private Law),  
Paralegal in the Dispute Resolution Practice,  
*BGP Litigation Law Firm,*

**ANTON SHAGALOV,**

Master of Private Law (Russian School of Private Law),  
Researcher in the Department of International Private Law  
of the Alexeev Private Law Research Centre at the President  
of the Russian Federation

*The article considers the concept of cross-institutional consolidation — a merger of arbitration proceedings commenced under different arbitration rules. The proposal to introduce an inter-institutional consolidation system was announced in 2017 in the Memorandum of the Singapore International Arbitration Centre. The article attempts to assess proposals expressed in the Memorandum from the standpoint of the theory of international arbitration. Authors scrutinize possible advantages and disadvantages of such mechanism, as well as procedural problems that may arise in connection with cross-institutional consolidation. To this effect, issues of determining the body competent to make a decision on such consolidation, as well as the criteria on the basis of which such a decision will be made, are discussed.*

*Keywords: cross-institutional consolidation; resolution of complex disputes; party autonomy; constitution of an arbitral tribunal; seat of arbitration; recognition and enforcement of arbitral awards.*



## 1. Консолидация арбитражных разбирательств: история вопроса, цели, современное регулирование

Постоянное усложнение частноправовых институтов вкупе с развитием всевозможных форм трансграничных коммерческих отношений, участники которых зачастую выбирают международный арбитраж в качестве способа разрешения споров<sup>1</sup>, неизбежно влечет адаптацию процедуры их рассмотрения к новым экономическим реалиям и запросам их сторон.

Одним из аспектов современного трансграничного торгового оборота является комплексность таких отношений и множественность их участников. Так, современные экономические отношения зачастую включают деятельность транснациональных корпораций, групп компаний, включающих несколько самостоятельных организаций в различных юрисдикциях, а крупные проекты едва ли обходятся без сложного международного структурирования.

Закономерным следствием умножения участников и связей между ними является возникновение споров на разных этапах одной экономической цепочки или в рамках нескольких связанных договоров. При этом такие споры зачастую не только затрагивают интересы их непосредственных участников, но и влияют на другие, связанные со спорными правоотношения. Рассмотрение данных споров может быть сопряжено с целым рядом проблем, как то: возбуждение участниками нескольких параллельных разбирательств, которые могут привести к вынесению нескольких противоречащих друг другу решений; сложности с получением доказательств и изучением фактических обстоятельств дела, которые также увеличивают материальные и временные издержки сторон спора, и, наконец, возможные затруднения или невозможность последующего эффективного приведения в исполнение вынесенных арбитражных решений.

В этой связи институт консолидации, под которой следует понимать объединение нескольких арбитражных разбирательств, имеющих одинаковый или различающийся субъектный состав<sup>2</sup>, представляет собой механизм, направленный на повышение эффективности разрешения

---

<sup>1</sup> 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>). P. 5.

<sup>2</sup> *Born G.B.* International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2014. P. 2564.



коммерческих споров, поскольку объединение арбитражных разбирательств в единый арбитражный процесс является одним из способов устранения обозначенных рисков<sup>1</sup>.

Как будет показано ниже, хотя некоторые правовые порядки при определенных условиях допускают возможность консолидации арбитражных разбирательств в отсутствие согласия всех сторон<sup>2</sup>, в силу консенсуальной природы самого арбитража применение института консолидации требует, чтобы участники арбитражных разбирательств выразили свое согласие на их объединение. В то же время включение положений, касающихся регулирования многосторонних споров, в соглашения сторон является скорее исключением, чем общепринятой практикой<sup>3</sup>, поэтому более реалистичным представляется выражение сторонами косвенного согласия на консолидацию — путем отсылки к нормам, регулирующим эту процедуру.

Вместе с тем нормативное закрепление института консолидации является неоднородным: в юрисдикциях, чье законодательство основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ), вопросам консолидации внимание обычно не уделяется, тогда как иные юрисдикции регулируют этот вопрос на законодательном уровне<sup>4</sup>.

В отличие от национальных законодателей, большинство арбитражных учреждений, следуя потребностям участников споров<sup>5</sup>, включило в свои регламенты положения, регулирующие объединение арбитражных разбирательств<sup>6</sup>. При этом такое регулирование в части перечня

<sup>1</sup> Далее для целей настоящего исследования термины «консолидация» и «объединение арбитражных разбирательств» предполагаются взаимозаменяемыми.

<sup>2</sup> Статья 1046 ГПК (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) Нидерландов (<https://wetten.overheid.nl/BWBR0001827/2019-10-01>), ст. 2 Приложения 2 к Ордонансу об арбитраже (Arbitration Ordinance) Гонконга 2011 г. (<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>).

<sup>3</sup> *Tong Chun Fai E., Dewan N. Drafting Arbitration Agreements with “Consolidation” in Mind?* // *Asian International Arbitration Journal*. 2009. Vol. 5. Issue 1. P. 73–74.

<sup>4</sup> Статья 35 Закона об арбитраже (Arbitration Act) Англии 1996 г. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/35>), ст. 26 Закона об арбитраже (Arbitration Act) Сингапура 2001 г. (<https://sso.agc.gov.sg/Act/AA2001>), ст. 23а Закона об арбитраже (Lag (SFS 1999:116) om skiljeförfarande) Швеции 1999 г. (<https://lagen.nu/1999:116>).

<sup>5</sup> См., например: LCIA 2018 Annual Casework Report (<http://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=772>). P. 17.

<sup>6</sup> К примеру, при принятии Арбитражного регламента Международной торговой палаты (МТП) (International Chamber of Commerce (ICC)) 2012 г. в него была включена ст. 10, регламентирующая консолидацию арбитражных разбирательств.

условий для удовлетворения заявления о консолидации, органа, компетентного разрешать данный вопрос, и порядка принятия соответствующего решения может существенно различаться в зависимости от регламента (см. об этом подробнее ниже).

В чем все ведущие арбитражные регламенты по рассматриваемому вопросу совпадают, так это в требовании того, чтобы все объединяемые разбирательства регулировались именно тем регламентом, который предусматривает консолидацию. Таким образом, возможность объединения споров, начатых в разных арбитражных учреждениях, на сегодняшний день отсутствует.

В целях преодоления указанного препятствия и полноценного использования преимуществ института консолидации Сингапурский международный арбитражный центр (Singapore International Arbitration Centre (далее – *SIAC*)) в 2017 г. опубликовал Меморандум с предложением введения системы так называемой «межинституциональной консолидации»<sup>1</sup>, т.е. возможности объединения арбитражных разбирательств, проводимых по различным арбитражным регламентам и администрируемых разными арбитражными учреждениями. Указанный документ не ставит своей целью урегулирование всех процессуальных вопросов, которые могут возникнуть при межинституциональной консолидации. Так, к примеру, Меморандум *SIAC* не затрагивает других процессуальных институтов привлечения дополнительных участников спора (*intervention / joinder*). По понятным причинам также не рассматривается вопрос действия межинституциональной консолидации в отношении арбитражных разбирательств *ad hoc*. Кроме того, Меморандум *SIAC* исходит из необходимости идентичности места арбитража объединяемых разбирательств, тогда как авторам настоящей статьи это требование не представляется столь очевидным (см. подробнее п. 4.3 ниже).

Таким образом, в настоящей статье предпринята попытка рассмотреть институт межинституциональной консолидации арбитражных разбирательств как с точки зрения предложений, высказанных в Меморандуме *SIAC*, так и за его пределами. Авторами предлагается логика, позволяющая, как представляется, теоретически обосновать внедрение механизма межинституциональной консолидации и способы его применения в арбитражных разбирательствах в свете консенсу-

---

<sup>1</sup> Memorandum Regarding Proposal on Cross-Institution Consolidation Protocol ([http://siac.org.sg/images/stories/press\\_release/2017/Memorandum%20on%20Cross-Institutional%20Consolidation%20\(with%20%20annexes\).pdf](http://siac.org.sg/images/stories/press_release/2017/Memorandum%20on%20Cross-Institutional%20Consolidation%20(with%20%20annexes).pdf)) (далее – Меморандум *SIAC*).

ального характера арбитража и практически полной недопустимости «принудительного» объединения соответствующих споров. Кроме того, в статье рассматриваются некоторые из множества процессуальных вопросов, которые поднимает механизм межинституциональной консолидации, и предлагаются возможные пути их решения.

## **2. Автономия воли сторон и реализация механизмов межинституциональной консолидации**

Одним из ключевых вопросов, которые затрагивает действие механизма межинституциональной консолидации, является согласие сторон на такую консолидацию. В целом вопрос согласия на объединение арбитражных разбирательств не является уникальным именно для межинституциональной консолидации, поэтому большая часть теоретических и практических решений, разработанных для консолидации разбирательств в рамках одного арбитражного регламента, будет применима и для разрешения вопросов, возникающих при межинституциональной консолидации. При этом с учетом процессуальных сложностей, имманентно присущих объединению споров, рассматриваемых разными арбитражными учреждениями, такие вопросы, как определение органа, уполномоченного на принятие решения о консолидации, или способы выражения согласия участников разбирательств на их объединение встают с новой силой.

Примечательно, что вопросы объединения арбитражных разбирательств напрямую не затрагиваются ни Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее – Нью-Йоркская конвенция)<sup>1</sup>, ни Типовым законом ЮНСИТРАЛ. В то же время некоторые авторы отмечают, что положения ст. II Нью-Йоркской конвенции, регулирующие признание арбитражных соглашений, подразумевают также и признание соглашения сторон о возможности проведения консолидированного арбитражного разбирательства<sup>2</sup>. Зачастую этот вопрос обходят и национальные законодатели (как, например,

<sup>1</sup> По заявлению проф. А. ван ден Берга, Нью-Йоркская конвенция «не содержит положений о многосторонних спорах» (*Berg A.J. van den. The New York Arbitration Convention of 1958: Towards A Uniform Judicial Interpretation / T.M.C. Asser Institute. Kluwer Law & Taxation Pub., 1981. P. 168*).

<sup>2</sup> *Born G.B. Op. cit. P. 2570–2571.*

во Франции<sup>1</sup>, Швейцарии<sup>2</sup> или Италии<sup>3</sup>). Если же он регулируется на уровне национального законодательства, то такое регулирование подразумевает необходимость согласия сторон для консолидации<sup>4</sup>. При этом законодательное закрепление возможности «принудительной» консолидации – в отсутствие прямого или подразумеваемого согласия сторон – является редким исключением<sup>5</sup> и применяется с существенными оговорками<sup>6</sup>.

Хотя круг юрисдикций, прямо допускающих консолидацию в отсутствие согласия всех сторон, весьма ограничен, интересно отметить следующие рассуждения ряда комментаторов. Несмотря на установленный ст. V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции приоритет соглашения сторон над положениями права места арбитража, в ситуации, когда

<sup>1</sup> См. ст. 1504–1527 ГПК (Code de procédure civile) Франции (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>). Тем не менее требование о необходимости согласия сторон на консолидацию арбитражных разбирательств получило свое закрепление в судебной практике (см.: *OIAETI et Sofidif c/ COGEMA, SERU, Eurodif, CEA*, CA Versailles (Chambres réunies), 7 mars 1990, Rev. arb. 1991, 326, note E. Loquin).

<sup>2</sup> См. ст. 176–194 Закона о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)) Швейцарии 1987 г. (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>). В части внутреннего арбитража данный вопрос урегулирован в ст. 376 ГПК (Zivilprozessordnung (ZPO) / Code de procédure civile (CPC)) Швейцарии (<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>).

<sup>3</sup> См. ст. 806–840 ГПК (Codice di procedura civile) Италии (<https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>).

<sup>4</sup> См. ст. 35 Закона об арбитраже Англии 1996 г.

<sup>5</sup> См. ст. 1046 ГПК Нидерландов, ст. 2 Приложения 2 Ордонанса об арбитраже Гонконга 2011 г. В части допустимости консолидации арбитражных разбирательств по решению суда в отсутствие согласия всех сторон в разных штатах США см.: *Barron W.M.* Court-Ordered Consolidation of Arbitration Proceedings in the United States // *Journal of International Arbitration*. 1987. Vol. 4. Issue 1. P. 81–86; *Branson D.J., Wallace R.E., Jr.* Court-Ordered Consolidated Arbitrations in the United States: Recent Authority Assures Parties the Choice // *Journal of International Arbitration*. 1988. Vol. 5. Issue 1. P. 89–94.

<sup>6</sup> Так, положения ст. 1046 ГПК Нидерландов распространяются только на арбитражные разбирательства на территории Нидерландов, а также оставляют сторонам возможность исключить их применение. Приложение 2 Ордонанса об арбитраже Гонконга 2011 г. по умолчанию распространяется только на внутренний арбитраж (domestic arbitration) и содержит лишь указание на возможность участников международного арбитража своим соглашением распространить на себя действие этого регулирования. По вопросу «принудительной» консолидации разбирательств арбитрами см.: *Platte M.* When Should an Arbitrator Join Cases? // *Arbitration International*. 2002. Vol. 18. Issue 1. P. 67–82. <https://doi.org/10.1023/A:1014252924905>

право места арбитража устанавливает правило о «принудительной» консолидации, такая консолидация не будет нарушением согласованной сторонами процедуры арбитража, поскольку само соглашение сторон подвергается ограничениям, установленным нормами права места арбитража<sup>1</sup>. Однако эта логика применима только в ситуации, когда нормы национального законодательства о «принудительной» консолидации имеют императивный характер.

Большинство арбитражных учреждений в соответствующих положениях своих регламентов также наделяют арбитров или само арбитражное учреждение весьма ограниченными полномочиями, предпочитая следовать договоренностям самих участников спора<sup>2</sup>.

Таким образом, с учетом договорной природы арбитража для абсолютного большинства случаев согласие сторон на объединение арбитражных разбирательств является *conditio sine qua non*. В этой связи представляется необходимым рассмотреть те формы и способы вы-

<sup>1</sup> Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration / Trans. by St.V. Berti, A. Ponti. Sweet & Maxwell, 2007. Para. 249.

<sup>2</sup> См. ст. 10(a) Арбитражного регламента ICC 2017 г. (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/01/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-russian-version.pdf>), ст. 19(1)(d) Арбитражного регламента Китайской международной торгово-экономической арбитражной комиссии (China International Economic Trade Arbitration Commission (далее – CIETAC)) 2015 г. (<http://www.cietac.org/Uploads/201904/5caae5be03bb5.pdf>), ст. 8(1)(a) Правил международного арбитража Международного центра по урегулированию споров (МЦУС) (International Centre for Dispute Resolution (далее – ICDR)) 2014 г. ([https://www.icdr.org/sites/default/files/document\\_repository/ICDR\\_Rules.pdf](https://www.icdr.org/sites/default/files/document_repository/ICDR_Rules.pdf)), ст. 28.1(a) Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств Гонконгского международного арбитражного центра (ГМАЦ) (Hong Kong International Arbitration Center (далее – HKIAC)) 2018 г. ([https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck\\_filebrowser/PDF/arbitration/AARules2018\\_Russian.pdf](https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/AARules2018_Russian.pdf)), ст. 22.1(ix) Арбитражного регламента Лондонского международного третейского суда (ЛМТС) (London Court of International Arbitration (далее – LCIA)) 2014 г. (<https://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=410>), ст. 15(1)(i) Арбитражного регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (Stockholm Chamber of Commerce (далее – SCC)) 2017 г. ([https://sccinstitute.com/media/1407441/arbitrationrules\\_russian\\_2020.pdf](https://sccinstitute.com/media/1407441/arbitrationrules_russian_2020.pdf)), ст. 8.1(a) Арбитражного регламента SIAC 2016 г. ([https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20\(Russian%20version\)\\_Complete.pdf](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20(Russian%20version)_Complete.pdf)), § 12(1) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ (<http://mkas.tppf.ru/download.php?GET=FtYz1HQmKbs8%2BpR5giBPCqbaSCHiBI8vUj8bJa topg9hYWFhYWFhYWFhYWFhYWFhDMJST%2B5P>) 2017 г., ст. 33(1) Арбитражного регламента Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража (далее – РАЦ при РИСА) 2019 г. (<https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2019/11/регламент-2019.pdf>), ст. 28(1) Регламента Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей (далее – АЦ при РСПП) 2018 г. (<https://arbitration-rspp.ru/documents/rules/regulation/>).

ражения согласия, которые могут позволить реализовать механизмы межинституциональной консолидации.

Наиболее очевидным способом выражения согласия, конечно, является прямое соглашение фактических или потенциальных участников спора, будь то в арбитражной оговорке при заключении договора или впоследствии, до или после возникновения спора. Однако урегулирование в арбитражной оговорке вопросов консолидации разбирательств является сравнительно редким явлением в коммерческой практике<sup>1</sup>; тем более это можно сказать о согласовании объединения процессов после возникновения спора, когда интересы сторон разбирательства противопоставляются и достижение соглашения по какому-либо вопросу наименее вероятно<sup>2</sup>. Таким образом, прямо выраженное согласие едва ли может рассматриваться в качестве распространенного сценария.

Поэтому наиболее практически применимым и теоретически верным представляется обоснование выражения согласия сторон на применение механизма межинституциональной консолидации посредством включения в арбитражные соглашения отсылки к арбитражным регламентам, содержащим положения, регулирующие условия и порядок объединения арбитражных разбирательств, администрируемых разными арбитражными учреждениями. Объединение разбирательств на основании положений арбитражного регламента, который стороны инкорпорировали в свое арбитражное соглашение, и при указанных в нем условиях будет осуществляться на основании соответствующей договоренности сторон, достигнутой путем отсылки<sup>3</sup>, а значит, требование о согласии сторон на консолидацию будет выполняться<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Tong Chun Fai E., Dewan N.* Op. cit. P. 70–94; см. также: FCEC Standard Form of Sub-contract for Use with the ICE Conditions, Art. 18(2).

<sup>2</sup> См. пример случая, когда сторонам удалось договориться о консолидации арбитражных разбирательств: ICC Case No. 6719 of 1991 // *Arnaldez J.-J., Derains Y., Hascher D.* Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Vol. III: 1991–1995. Kluwer Law International; ICC Pub., 1997. P. 567.

<sup>3</sup> Часть 12 ст. 7 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже), п. 13 ст. 7 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА); см. также: *Born G.B.* Op. cit. P. 2571.

<sup>4</sup> *Born G.B.* Op. cit. P. 2579; *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration (ICC Publication No. 729E). ICC Pub., 2012. Para. 3-353.

Более того, некоторые арбитражные регламенты прямо предусматривают, что, передавая спор в соответствующее арбитражное учреждение, стороны соглашаются с возможностью соединения требований, объединения разбирательств или привлечения дополнительных сторон на условиях, указанных в таком регламенте<sup>1</sup>.

Поскольку любое объединение арбитражных разбирательств в случаях и на условиях, указанных в арбитражном регламенте, представляет собой консолидацию по соглашению сторон (коль скоро эти стороны распространили на себя действие арбитражного регламента, включив отсылку к нему в свое арбитражное соглашение), представляется возможным утверждать, что объединение разбирательств в описываемой ситуации означает также подразумеваемое изменение арбитражных соглашений между сторонами объединяемых разбирательств, в результате которого устраняются возможные противоречия, препятствующие консолидации соответствующих споров.

Применительно к механизмам межинституциональной консолидации из этого можно сделать вывод, что включение сторонами арбитражного соглашения отсылки к регламенту, содержащему подобный механизм, может толковаться как заранее данное ими согласие на изменение заключенного ими арбитражного соглашения таким образом и при таких условиях, как это указано в правилах о межинституциональной консолидации применимых арбитражных регламентов.

### **3. Баланс между соблюдением надлежащего процесса и повышением эффективности разрешения комплексных споров**

Как уже отмечалось выше, межинституциональная консолидация, хотя и является принципиально новым для международного коммерческого арбитража механизмом, во многом схожа с уже известным институтом объединения арбитражных разбирательств в рамках одного арбитражного регламента. Поэтому все основные достоинства и недостатки «обычной» консолидации *mutatis mutandis* применимы и к межинституциональной консолидации.

В качестве главных достижений института консолидации арбитражных разбирательств чаще всего отмечается повышение процессуальной эффективности арбитражного разбирательства в части

---

<sup>1</sup> См. § 15(1) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ 2017 г.



временных и денежных расходов, а также устранение риска вынесения противоречащих друг другу решений<sup>1</sup>. Действительно, рассмотрение тесно взаимосвязанных споров, по которым будут представлены одни и те же доказательства, опрошены одни и те же свидетели и эксперты, оценены идентичные доводы сторон, в рамках одного разбирательства кажется логичным с точки зрения расходов сторон на процедуру.

Дополнительным аргументом, подтверждающим процессуальную эффективность объединения связанных разбирательств, является повсеместное закрепление в отношении процессов в государственных судах на уровне национального законодательства норм, позволяющих суду *ex officio* объединять их по соображениям эффективности разбирательства и последующего действия судебного решения не только по запросу сторон спора, но и без него и даже вопреки их воле<sup>2</sup>.

Однако в противовес указанным достоинствам консолидации приводятся такие возражения против нее, как существенное усложнение процедуры арбитража в связи с необходимостью решения дополнительных процессуальных вопросов, как то: формирование арбитражного трибунала<sup>3</sup>; выплата вознаграждения арбитрам, участвовавшим в рассмотрении объединенных споров; распределение арбитражных расходов и целый ряд других возможных затруднений, которые, помимо прочего, могут поставить под удар последующее признание и приведение в исполнение арбитражного решения по причине потенциальных процессуальных нарушений. Необходимость участия сторон в разрешении указанных вопросов также увеличивает их расходы на проведение консолидированного арбитражного разбирательства, что ставит под сомнение тезис об эффективности рассматриваемого института с точки зрения сокращения процессуальных издержек<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Gaillard E. The Consolidation of Arbitral Proceeding and Court Proceedings // Complex Arbitrations: Perspectives on Their Procedural Implications: Special Supplement 2003 to the ICC International Court of Arbitration Bulletin (ICC Publication No. 688E). ICC Pub., 2003. P. 36.

<sup>2</sup> См., например, ст. 367 ГПК Франции, ст. 130 АПК РФ; см. также: *Born G.B.* Op. cit. P. 2566.

<sup>3</sup> См., например, ст. 8.6 Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г., ст. 28(4) Регламента АЦ при РСПП 2018 г.

<sup>4</sup> *Hascher D.T.* Consolidation of Arbitration by American Courts: Fostering or Hampering International Commercial Arbitration? // *Journal of International Arbitration*. 1984. Vol. 1. Issue 2. P. 136; *Chiu J.C.* Consolidation of Arbitral Proceedings and International Commercial Arbitration // *Journal of International Arbitration*. 1990. Vol. 7. Issue 2. P. 60;



Кроме того, дополнительным предметом критики именно института межинституциональной консолидации может послужить нарушение правомерных ожиданий сторон, которые справедливо полагали, что разрешение возникшего между ними спора будет проходить на условиях, согласованных в их арбитражном соглашении, и, как отмечалось выше, едва ли учитывали возможность консолидации, тем более сопряженной с изменением применимого арбитражного регламента и других немаловажных процессуальных правил.

В этой связи представляется возможным поставить вопрос о необходимости минимального стандарта защиты ожиданий сторон, который будет предоставлять им определенную часть тех прав, которые они бы имели, если бы не произошла консолидация разбирательств, даже после ее осуществления. Предполагается, что такая защита может среди прочего гарантировать сторонам изначально согласованные режим конфиденциальности и выбранный язык арбитражного разбирательства.

Поскольку положения о конфиденциальности существенно варьируются в зависимости от арбитражного регламента, изменение применимого регламента из-за консолидации споров может кардинально изменить режим раскрытия сведений в ходе арбитража.

Вместе с тем не стоит забывать, что консолидированное разбирательство продолжает включать в себя несколько самостоятельных споров, внутри которых возможно сочетание различных режимов.

Представляется, что в указанном случае достижение баланса интересов возможно посредством сохранения режима конфиденциальности в отношении объединенного разбирательства в том случае, если изначальный выбор сторон хотя бы одного из консолидированных споров его предусматривал. Таким образом, при указанном подходе изменение применимого арбитражного регламента в связи с объединением споров не затронет выбор сторон в части конфиденциальности.

Что касается языка арбитражного разбирательства, то для целей сохранения процессуальных гарантий всех участников консолидиро-

---

*Leboulanger Ph.* Multi-Contract Arbitration // Journal of International Arbitration. 1996. Vol. 13. Issue 4. P. 64–70; *Schwartz M.D.* Multiparty Disputes and Consolidated Arbitrations: An Oxymoron or the Solution to a Continuing Dilemma // Case Western Reserve Journal of International Law. 1990. Vol. 22. No. 2. P. 343 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1679&context=jil>); *Born G.V.* Op. cit. P. 2070–2072; *Лысов С.В.* Консолидация разбирательств в международном коммерческом арбитраже // Третейский суд. 2016. №. 2/3 (104/105). С. 143 (доступно в Интернете по адресу: <http://kkplaw.ru/files/1.pdf>).

ванного спора представляется необходимым наделить арбитров правом определять язык объединенного разбирательства таким образом, чтобы участие в нем не стало для стороны существенно более обременительным, нежели предполагалось изначально. По меньшей мере такое изменение языка арбитражного разбирательства не должно влиять на право стороны на полноценное представление своей позиции<sup>1</sup>. Опять же ведение единого разбирательства на нескольких языках, как правило, представляется менее затратным по сравнению с расходами на параллельное разбирательство. Однако мы допускаем, что в отдельных случаях задействование в полном объеме дополнительного языка может быть нецелесообразным (например, когда вопросы, рассматриваемые в одном из консолидируемых процессов, хотя и являются значимыми для объединенного разбирательства, но составляют меньшую часть от общего перечня вопросов, вынесенных на разрешение арбитражного трибунала).

В любом случае действие первоначальных положений о конфиденциальности и о языке разбирательства должно распространяться на доводы сторон и подтверждающие их доказательства, которые являются общим предметом изучения в связанных спорах.

Конечно, описанные выше гарантии касаются только ситуаций, когда консолидация (и сопряженное с ней изменение применяемых процессуальных норм) изменила изначальные договоренности сторон. Таким образом, в отсутствие выраженного выбора сторон на первый план должны выходить соображения повышения эффективности арбитражного разбирательства. Соответственно, обращение к минимальному стандарту уместно в случае возникновения нового процессуального элемента, не предусмотренного первичными договоренностями сторон, если это может повлечь нарушение принципа равного отношения к ним.

#### **4. Материальные критерии объединения арбитражных разбирательств**

Одним из важнейших вопросов, который необходимо решить для успешной имплементации механизма межинституциональной консолидации, является вопрос условий, при которых арбитражные

---

<sup>1</sup> *Tung S. Ch. 34. The Importance of Languages in International Arbitration and How They Impact Parties' Due Process Rights // The Powers and Duties of an Arbitrator: Liber Amicorum Pierre A. Karrer / P. Shaughnessy, S. Tung (eds.). Kluwer Law International, 2017. P. 369–370.*

разбирательства могут быть объединены, т.е. определение критериев консолидации.

В качестве общего замечания представляется важным отметить, что унификация критериев является краеугольным камнем всего рассматриваемого механизма, тем, без чего функционирование института межинституциональной консолидации не представляется возможным.

#### **4.1. Гармонизация подходов арбитражных регламентов**

Закрепленные в настоящее время в арбитражных регламентах положения о консолидации разбирательств имеют много общего, однако существующие между ними различия не позволяют говорить о введении на их базе универсального института, которым призвана стать межинституциональная консолидация.

В то же время разрабатывать единообразные критерии межинституциональной консолидации, полностью игнорируя существующие положения арбитражных регламентов, представляется неправильным как с точки зрения накопленного арбитражными центрами опыта, так и в аспекте обеспечения скорейшей имплементации положений о межинституциональной консолидации арбитражными учреждениями, которые, вероятно, с большей готовностью согласятся применять критерии, схожие или идентичные с закрепленными в их арбитражном регламенте, нежели вновь разработанные и кардинально отличающиеся от существующих.

Очевидно, что *согласие всех сторон* является практически безусловным основанием для объединения разбирательств, получившим закрепление в подавляющем большинстве арбитражных регламентов<sup>1</sup>. И хотя согласие участников спора, как это было показано выше, имеет определяющее значение для решения вопроса консолидации разбирательств, договоренность сторон об их объединении не представляет интереса в качестве материального критерия, поскольку исключает необходимость принятия решения арбитрами или арбитражным учреждением. Представляется уместным еще раз отметить, что при

<sup>1</sup> См., например, ст. 10(a) Арбитражного регламента ICC 2017 г., ст. 19(1)(d) Арбитражного регламента CIETAC 2015 г., ст. 8(1)(a) Правил Международного арбитража ICDR 2014 г., ст. 28.1(a) Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств HKIAC 2018 г., ст. 22.1(ix) Арбитражного регламента LCIA 2014 г., ст. 15(1)(i) Арбитражного регламента SCC 2017 г., ст. 8.1(a) Арбитражного регламента SIAC 2016 г., §12(1) Правил арбитража международных коммерческих споров MKAC при ТПП РФ 2017 г., ст. 33(1) Арбитражного регламента РАЦ при РИСА 2019 г., ст. 28(1) Регламента АЦ при РСПП 2018 г.

объединении в связи с наличием согласия всех потенциальных участников консолидированного разбирательства арбитражные оговорки, во исполнение которых были начаты такие разбирательства, можно считать измененными в соответствующей части. Применительно к межинституциональной консолидации это также означает подразумеваемое согласование такого арбитражного учреждения, компетентного администрировать соответствующий спор, которое будет выбрано согласно положениям о ней.

Приводимые ниже критерии не предполагают наличия отдельного прямо выраженного согласия всех сторон консолидируемых разбирательств. Так, большинство арбитражных регламентов закрепляют право арбитров / арбитражного учреждения объединить арбитражные разбирательства в случае, если все требования, заявленные в рамках указанных разбирательств, подпадают под *одно арбитражное соглашение*<sup>1</sup>. При этом важно отметить, что в данном случае термин «арбитражное соглашение» должен пониматься в узком смысле — исключительно как соглашение о передаче споров в то или иное арбитражное учреждение, поскольку одна оговорка о порядке разрешения споров может содержать несколько таких соглашений. К примеру, условное (альтернативное) арбитражное соглашение, которое ставит компетенцию того или иного арбитражного учреждения в зависимость от соблюдения какого-либо условия (например, в зависимость того, какая из сторон будет выступать истцом), может включать несколько арбитражных соглашений в узком смысле. Соответственно, применение критерия единства арбитражного соглашения для описанных случаев представляется неверным.

Это, помимо прочего, подтверждается тем, что критерии консолидации арбитражных разбирательств, содержащиеся в современных регламентах, рассчитаны исключительно на объединение споров, рассматриваемых по одному регламенту, поскольку при их разработке арбитражные учреждения не принимали в расчет возможность межинституциональной консолидации. С учетом изложенного указанное основание не представляется важным для целей межинституциональ-

---

<sup>1</sup> Статья 10(b) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г., ст. 19(1)(a) Арбитражного регламента *CIETAC* 2015 г., ст. 8(1)(b) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г., ст. 28.1(b) Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г., ст. 22.1(x) Арбитражного регламента *LCIA* 2014 г., ст. 15(1)(ii) Арбитражного регламента *SCC* 2017 г., § 12(2) Правил арбитража международных коммерческих споров *МКАС* при ТПП РФ 2017 г., ст. 33(2)(1) Арбитражного регламента *РАЦ* при *РИСА* 2019 г.

ной консолидации, которая *ipso facto* предполагает объединение разбирательств, администрируемых разными арбитражными учреждениями.

Также необходимо уделить внимание требованию об *идентичности сторон* объединяемых разбирательств. Несмотря на то что многие арбитражные учреждения не предъявляют такого требования для возможности консолидации<sup>1</sup>, а другие сокращают сферу его применения<sup>2</sup>, критерий идентичности закреплен в той или иной форме в ряде современных арбитражных регламентов<sup>3</sup>. При этом представляется, что на сегодняшний день он является архаичным и избыточным и искусственно ограничивает сферу применения института консолидации разбирательств, что противоречит целям введения межинституциональной консолидации, которая, напротив, предполагает расширение возможности объединения споров. Установление требования об идентичности сторон объединяемых споров делает затруднительным — или невозможным вовсе — объединение споров из последовательной цепочки договоров, а также отдельных категорий споров, например страховых или строительных споров с участием перестраховщиков или субподрядчиков.

Другим распространенным критерием, определяющим возможность объединения разбирательств, является требование об *идентичности или совместимости арбитражных соглашений*<sup>4</sup>. Вопрос о том, какие положения арбитражных соглашений являются существенными для целей определения их совместимости, является во многом от-

<sup>1</sup> Статья 28 Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г., ст. 8 Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г., ст. 15 Арбитражного регламента *SCC* 2017 г.

<sup>2</sup> Например, при принятии Арбитражного регламента *ICC* 2012 г. было решено не распространять требование об идентичности сторон на случаи консолидации разбирательств по соглашению сторон (см. подробнее: *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* Op. cit. Para. 3-349).

<sup>3</sup> Статья 10(c) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г., ст. 19(1)(b) Арбитражного регламента *CIETAC* 2015 г., ст. 8(1)(c) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г., ст. 22.1(x) Арбитражного регламента *LCIA* 2014 г., ст. 33(2)(2)(a) Арбитражного регламента РАЦ при РИСА 2019 г.

<sup>4</sup> Статья 10(c) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г., ст. 19(1)(b) Арбитражного регламента *CIETAC* 2015 г., ст. 8(1)(c) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г., ст. 28.1(c) Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г., ст. 22.1(x) Арбитражного регламента *LCIA* 2014 г., ст. 15(1)(iii) Арбитражного регламента *SCC* 2017 г., ст. 8.1(c) Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г., § 12(2) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ 2017 г., ст. 33(2)(2) Арбитражного регламента РАЦ при РИСА 2019 г.

крытым. Разные авторы считают непреодолимыми препятствиями для консолидации различия в положениях, регулирующих порядок формирования коллегии арбитров, определяющих процедуру, язык или место арбитража и т.д.<sup>1</sup> Комментарий к Арбитражному регламенту *ICC* называет явно несовместимыми два арбитражных соглашения, одно из которых определяет место арбитража в Париже, а другое – в Нью-Йорке, а равно если одно соглашение предусматривает разрешение спора тремя арбитрами, а другое – единоличным арбитром<sup>2</sup>. В то же время практически не подвергается сомнению, что различия в арбитражных соглашениях, которые представляют собой препятствия для объединения разбирательств, могут быть устранены по договоренности сторон<sup>3</sup>.

Как отмечалось выше, включая в арбитражное соглашение отсылку к тому или иному арбитражному регламенту, стороны распространяют на себя действие его положений. При этом если арбитражный регламент предполагает возможность объединения арбитражных разбирательств при наступлении определенных обстоятельств, то стороны считаются согласившимися и с такими его положениями. Более того, подобная консолидация по решению арбитров / арбитражного учреждения будет считаться осуществленной по соглашению участников разбирательств, поскольку стороны заранее наделили арбитров / арбитражное учреждение соответствующим правом, согласившись с положениями арбитражного регламента.

Представляется, что в случае имплементации положений о межинституциональной консолидации в арбитражные регламенты, эта же логика будет всецело применима для обоснования устранения противоречий между арбитражными соглашениями участников консолидируемых споров. Соответственно, коль скоро сторона арбитражного разбирательства, согласившись с положениями арбитражного регламента, дала свое согласие на применение механизма межинституциональной консолидации, являющегося составной частью такого регламента,

---

<sup>1</sup> *Pair L.M., Frankenstein P.* The New ICC Rule On Consolidation: Progress or Change // *Emory International Law Review*. 2011. Vol. 25. No. 3. P. 1061–1085 (доступно в Интернете по адресу: [https://law.emory.edu/eilr/\\_documents/volumes/25/3/recent-developments/pair-frankenstein.pdf](https://law.emory.edu/eilr/_documents/volumes/25/3/recent-developments/pair-frankenstein.pdf)); *Smith G.* Comparative Analysis of Joinder and Consolidation Provisions under Leading Arbitral Rules // *Journal of International Arbitration*. 2018. Vol. 35. Issue 2. P. 173–202; *Poudret J.-F., Besson S.* Op. cit. Paras. 240–241.

<sup>2</sup> *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* Op. cit. Para. 3–243.

<sup>3</sup> *Ibidem.*

несовместимость арбитражных соглашений, на основании которых возникли соответствующие разбирательства, не может стать препятствием для консолидации, поскольку любые различия между ними преодолеваются согласием сторон на их изменение<sup>1</sup>.

С учетом изложенного наиболее релевантным критерием для определения возможности объединения арбитражных разбирательств представляется *близость материальных правоотношений*, которые стали предметом рассмотрения в соответствующих арбитражных разбирательствах. Этот критерий находит свое отражение в правилах о консолидации большинства арбитражных регламентов. Так, некоторые из них предусматривают, что консолидируемые споры должны вытекать из одной и той же сделки (серии сделок) или из одного правоотношения<sup>2</sup> либо из правоотношений одинаковой правовой природы (of the same nature)<sup>3</sup>. Кроме того, ряд арбитражных регламентов прямо указывает в качестве примера связанных материальных правоотношений, споры из которых могут быть консолидированы, основное и акцессорное обязательства<sup>4</sup>. В целом удачной представляется формулировка, в соответствии с которой объединение разбирательств допускается в случаях, когда в подлежащих консолидации спорах поднимаются общие фактические или юридические вопросы<sup>5</sup>. Справедливым будет возражение, что указанный критерий предполагает существенную дискрецию органа, уполномоченного принимать решение о консолидации, однако фактически вопросы объединения арбитражных разбирательств и на сегодняшний день решаются на основе оценки всех обстоятельств спора (case-by-case basis) и предполагают широкое усмотрение третейского суда или арбитражного учреждения.

<sup>1</sup> *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* Op. cit. Para. 3-247.

<sup>2</sup> Статья 10(c) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г., ст. 8(1)(c) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г., ст. 8.1(c)(i) Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г., ст. 15(1)(iii) Арбитражного регламента *SCC* 2017 г. Относительно применения этого критерия в Арбитражном регламенте *ICC* отмечается, что данное положение предусматривает скорее экономическое единство отношений (см. *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* Op. cit. Para. 3-357).

<sup>3</sup> Статья 19(b) Арбитражного регламента *CIETAC* 2015 г.

<sup>4</sup> Статья 19(c) Арбитражного регламента *CIETAC* 2015 г., ст. 8.1(c)(ii) Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г., ст. 33(2)(2)(б) Арбитражного регламента РАЦ при РИСА 2019 г.

<sup>5</sup> Статья 28.1(c) Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г.

#### **4.2. Возможность частичной консолидации арбитражных разбирательств**

Одним из наиболее дискуссионных вопросов, поднятых в Меморандуме *SIAC* (п. 25), является обсуждение возможности частичной консолидации, т.е. объединения арбитражных разбирательств в той части, которая соответствует установленным критериям, не затрагивающего параллельные разбирательства по остальным вопросам. С одной стороны, такое объединение может показаться наиболее логичным, поскольку общие для двух или более споров вопросы будут разрешаться совместно, а вопросы, возникающие в рамках только одного из разбирательств, останутся в ведении изначально сформированных арбитражных трибуналов. В то же время подобное умножение арбитражных процессов ставит под вопрос цели, которым служит консолидация вообще и межинституциональная консолидация в частности, — повышение эффективности и снижение издержек арбитражного разбирательства.

С теоретической точки зрения это предложение также ставит вопрос о том, возможно ли такое деление арбитражного разбирательства, при котором один из поднимаемых вопросов может быть разрешен самостоятельно, без учета других вопросов, поднимаемых в том же споре. Соответственно, ключевым вопросом в данном случае представляется принципиальная «делимость» арбитражного спора.

Этот вопрос может подниматься применительно к компетенции на рассмотрение спора. Так, возможна ситуация, при которой третейский суд признает свою компетенцию в отношении части заявленных требований, при этом отказав в рассмотрении других требований<sup>1</sup>. Более того, Арбитражный регламент *SIAC* 2016 г. содержит прямое указание на возможность деления арбитражных разбирательств для целей решения вопроса об их объединении и наделяет арбитров / арбитражный центр правом удовлетворить заявление об объединении споров полностью или в части<sup>2</sup>.

На уровне национального законодательства подробное регулирование является скорее исключением. К примеру, ранее процессуальное законодательство Нидерландов прямо предусматривало право судьи Окружного суда Амстердама удовлетворить запрос об объединении арбитражных разбирательства *полностью или в части* (курсив наш. —

---

<sup>1</sup> См., например, § 25(3) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ 2017 г.

<sup>2</sup> Статьи 8.4 и 8.9 Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г.



С.И., А.Ш.). Действующая редакция ГПК Нидерландов не содержит такой формулировки, однако устанавливает, что объединение может быть предписано в той мере, в какой это не приводит к неоправданному затягиванию разбирательства<sup>1</sup>.

Таким образом, принципиальная возможность выделения тех или иных вопросов для рассмотрения в отдельном арбитражном разбирательстве существует, и теоретических препятствий для применения механизма частичной консолидации нет.

#### **4.3. Возможность консолидации арбитражных разбирательств с разным местом арбитража**

Высказанное в Меморандуме *SIAC* предложение о возможности объединения споров несмотря на различные применимые арбитражные регламенты является революционным с точки зрения повышения эффективности арбитражного разбирательства. В то же время Меморандум *SIAC* (п. 8) сохраняет требование к арбитражным соглашениям, на основании которых начаты консолидируемые споры, в части определения одного и того же места арбитража. С учетом изложенной выше логики, объясняющей природу межинституциональной консолидации как данного сторонами согласия на изменение арбитражного соглашения, обязательный выбор одного места арбитража представляется излишним. Даже при существующем консервативном регулировании в доктрине высказывается точка зрения о допустимости консолидации разбирательств, имеющих место арбитража в различных административно-территориальных субъектах федеративного государства<sup>2</sup>.

Место арбитража имеет важное значение для теории международного коммерческого арбитража прежде всего постольку, поскольку его выбор опосредует применение процессуальных норм законодательства об арбитраже соответствующего правопорядка. Кроме того, место арбитража также предопределяет компетенцию государственного суда в том числе в части полномочий по содействию арбитражу в формировании третейского суда, получении доказательств, процедуре отвода арбитров и т.д., а также по осуществлению контроля за соблюдением арбитрами надлежащего процесса. В то же время многие современные правопорядки допускают исключение ком-

<sup>1</sup> Статья 1046(2) ГПК Нидерландов.

<sup>2</sup> *Schramm D. Commentary on the Swiss Rules (Art. 4) // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / M. Arroyo (ed.). 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2018. P. 486.*

петенции государственных судов места арбитража по указанным вопросам по соглашению сторон.

В этой связи представляется, что если стороны своим соглашением вправе полностью исключить компетенцию судов места арбитража, то они *a fortiori* вправе договориться о передаче указанных полномочий иному государственному суду<sup>1</sup>. Так или иначе, коль скоро указанные полномочия подвержены изменениям по воле сторон, приведенная выше логика модификации арбитражного соглашения при реализации механизма межинституциональной консолидации позволяет утверждать, что различия в арбитражных соглашениях в части определения места арбитража не являются препятствиями для объединения арбитражных разбирательств в рамках такой консолидации.

Тем более это справедливо для тех случаев, когда стороны прямо не предусматривают в арбитражном соглашении место арбитража, а оставляют его определение арбитражному учреждению или третейскому суду; в таком случае вопрос *противоречия* мест арбитража в принципе не имеет места<sup>2</sup>.

Более того, предлагаемая логика позволяет говорить о возможности объединения арбитражных разбирательств даже в тех случаях, когда одно из арбитражных соглашений содержит отсылку к арбитражному регламенту, в котором место арбитража закреплено императивно<sup>3</sup>. Поскольку консолидация споров, как уже было показано, будет подразумевать изменение арбитражного соглашения, даже императивные положения изначально применимого арбитражного регламента не будут применяться к объединенной процедуре.

В то же время, учитывая консенсуальную природу арбитража, было бы неправильно игнорировать волю участников арбитражных разбирательств. В этой связи представляется необходимым предусмотреть возможность исключения соглашением сторон применения правил о межинституциональной консолидации, включенных в арбитражный регламент (так называемый механизм *opt-out*). Аналогичные примеры уже известны современным арбитражным регламентам. Так, напри-

---

<sup>1</sup> Французское процессуальное законодательство прямо предусматривает такую возможность в отношении французских судов (см. ст. 1505(3) ГПК Франции).

<sup>2</sup> См. в этой части: *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* Op. cit. Para. 3-244.

<sup>3</sup> См., например, § 21(1) Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ, ст. R28 Кодекса спортивного арбитража (Code of Sports-related Arbitration / Code de l'arbitrage en matière de sport) 2019 г. ([https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Code\\_2019\\_\\_en\\_.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2019__en_.pdf)).

мер, одним из основных нововведений действующего Арбитражного регламента *ICC* 2017 г. являются положения об ускоренной процедуре, которые автоматически применяются к разбирательствам с суммой спора менее 2 млн долл. США<sup>1</sup>. Однако важно отметить, что указанные правила не являются императивными, поскольку одним из условий их применения является отсутствие соглашения сторон об обратном<sup>2</sup>.

## **5. Определение органа, компетентного принимать решение о консолидации разбирательств**

Меморандум *SIAC* предлагает в качестве вариантов 1) формирование для каждого конкретного случая комитета, состоящего из представителей всех арбитражных учреждений, упоминаемых в арбитражных оговорках, на основании которых инициировались разбирательства, или (2) назначение одного арбитражного учреждения с наделением его полномочием разрешать вопрос о межинституциональной консолидации на основе собственного регламента.

Авторы Меморандума *SIAC* находят предпочтительным вариант с назначением межинституционального комитета как наиболее простой (п. 18). Мы склонны согласиться с данным предложением, поскольку оно позволяет учесть интересы участников спора, не имевших до постановки вопроса о консолидации какой-либо связи с арбитражным учреждением, которое потенциально будет компетентным рассматривать объединенное разбирательство; кроме того, исключаются случаи, когда решение о консолидации будет принимать арбитражный трибунал (если таким правомочием его наделяет соответствующий регламент<sup>3</sup>), в формировании которого не участвовала сторона консолидируемого разбирательства.

Наконец, устраняется проблемный этап установления критерия, на основании которого будет определяться арбитражный центр, полномочный принимать решение о консолидации<sup>4</sup>.

Дополнительно отметим, что передача вопроса о подобной специфической консолидации именно на межинституциональный уровень

<sup>1</sup> Статья 30(1) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г., ст. 1(2) Приложения VI к Арбитражному регламенту *ICC* 2017 г.

<sup>2</sup> Статья 30(3)(b) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г.

<sup>3</sup> См., например, ст. 22.1(x) Арбитражного регламента *LCIA* 2014 г., ст. 8.7 Арбитражного регламента *SIAC* 2016 г.

<sup>4</sup> Пункт 13(b) Меморандума *SIAC*.

позволит обеспечить большую объективность и прозрачность процесса и не оставит места для домыслов и сомнений в заинтересованности.

На другую чашу весов можно положить фактор увеличения времени, связанный с ожиданием формирования комитета и принятия им решения, однако этого явно недостаточно, поскольку в данном случае его будет перевешивать необходимость учета интересов всех участников объединяемых разбирательств.

## **6. Критерии определения арбитражного центра, компетентного администрировать объединенное арбитражное разбирательство**

Трудности, связанные с поиском критерия для назначения консолидирующего арбитражного учреждения, актуальны и для этапа определения арбитражного учреждения, компетентного вести консолидированное разбирательство.

Меморандум *SIAC* (п. 27) рассматривает возможность администрирования консолидированного разбирательства 1) либо совместно всеми арбитражными центрами, имеющими отношение к консолидируемым разбирательствам, на основе единых правил, 2) либо конкретным арбитражным центром, определяемым на основе объективного критерия.

Первый из указанных вариантов является более привлекательным с точки зрения удобства тяжущихся сторон, поскольку минимизирует неожиданные для них последствия консолидации (изменение состава третейского суда, места слушаний), а также с точки зрения наращивания взаимодействия между арбитражными центрами.

С другой стороны, в настоящее время арбитражные центры выступают по отношению друг к другу скорее в качестве конкурентов, и в ближайшем будущем вряд ли стоит ожидать действительно качественных изменений в вопросах обоюдного сотрудничества по администрированию дел, хотя это значительно упростило бы ведение процесса и дало бы максимальную степень защищенности интересов сторон и соблюдения принципа равного отношения к лицам, участвующим в деле, тем более что имеющиеся технологические разработки, используемые арбитражными центрами<sup>1</sup>, вполне позволили бы осуществить подобное совместное ведение дел.

---

<sup>1</sup> См., например: *Antonov J.V. Conduct of Electronic Arbitration // Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration. 2017. Vol. VII. P. 3–26; SCC Platform – Simplifying Secure Communication from Request to Award* (<https://sccinstitute.com/scc-platform/>).

В качестве примерных критериев предлагаются: количество дел; совокупная цена исков; момент инициирования первого разбирательства; существо спора; национальность и местонахождение сторон<sup>1</sup>.

Каждый из предложенных критериев, как отмечается и авторами Меморандума, имеет свои слабые стороны. Поэтому выбор какого-то одного из них будет напоминать скорее выбор меньшего из зол.

Однако дополнительным недостатком большинства из них, который может быть отталкивающим для арбитражных институтов, на наш взгляд, является их неравное положение. В самом деле, на протяжении периода своего существования каждый из арбитражных центров завоевывал свою область географического, национального или предметного рынка, и арбитражные институты, находящиеся в менее выгодном положении, могут не иметь интереса в консолидации, понимая, что с большой долей вероятности они не будут принимать участия в администрировании консолидированного разбирательства.

Процесс установления соответствующего критерия осложняется еще и тем, что решение о консолидации принимается без изучения обстоятельств дела по существу, а на основе фактов, *prima facie* свидетельствующих о необходимости такого объединения.

Поэтому, на первый взгляд кажущийся наиболее нейтральным критерий момента инициирования более раннего разбирательства, может стать инструментом злоупотребления стороны, которая, предвидя возникновение основного разбирательства, заблаговременно инициировала второстепенный процесс в надежде выгадать для себя какие-либо процессуальные преимущества. Таким образом, применение данной точки отсчета может скорее поспособствовать увеличению количества конфликтных ситуаций, нежели их недопущению<sup>2,3</sup>.

---

<sup>1</sup> Пункты 31–41 Меморандума *SIAC*.

<sup>2</sup> *Teh L.* Consolidation of Separate Arbitration (<https://www.baniarbitration.org/assets/presentation/BANI-IArbi2018/SESSION%20II/Presentation%201%20-%20Lawrence%20Teh%20-CONSOLIDATION%20OF%20SEPARATE%20ARBITRATIONS-2018.10.26%20BANI%20Conference%20Paper.pdf>). P. 8.

<sup>3</sup> С другой стороны, возникновение дополнительных споров и вовлечение в них остальных участников экономического отношения является лишь вопросом времени (см. об этом подробнее: *Macedo R.* Cross-Institutional Consolidation Protocol: The Gifted Horse (12 July 2018) (<https://www.linkedin.com/pulse/cross-institutional-consolidation-protocol-gifted-macedo-moreira/>)).

Во избежание подобных ситуаций авторы Меморандума *SIAC* предлагают руководствоваться факультативными критериями (п. 37), что является вполне разумным решением. С нашей точки зрения, такими факультативными критериями должны выступать 1) предмет спора и 2) совокупная цена исков.

Критерий предмета спора позволяет в первом приближении оценить структуру экономических связей, выстроенных между сторонами, получить представление о месте каждого из спорных правоотношений в такой структуре и выявить основной спор, который будет являться своего рода «ядром» консолидированного разбирательства. Критерий совокупной цены исков может привлекаться во вспомогательных целях, если договоры, в отношении которых возникли разногласия, носят однородный характер и занимают равное положение в структуре экономических отношений сторон.

Наконец, мы не оставляем надежды на выработку более универсального критерия определения компетентного арбитражного центра, а также на достижение согласия по вопросам совместного администрирования консолидированного разбирательства.

## **7. Отдельные процессуальные вопросы консолидированных арбитражных разбирательств: формирование арбитражного трибунала; распределение арбитражных сборов**

Следующий момент связан с определением правил формирования третейского суда для разрешения консолидированного спора: должно ли сохраняться за сторонами право назначать арбитров, либо же более целесообразным является делегирование данной функции арбитражному институту?

В частности, последний подход нашел отражение в отдельных арбитражных регламентах, согласно положениям которых стороны считаются отказавшимися от своего права назначать арбитров, уполномочивая на это арбитражное учреждение<sup>1</sup>.

Отдельные авторы также придерживаются мнения, что в подобной экстраординарной ситуации вопросы формирования арбитражного трибунала предпочтительнее передать на уровень арбитражного учреждения, дабы не допустить рисков отмены решения по мотивам на-

---

<sup>1</sup> Статья 8(2) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г., ст. 28.8 Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г., ст. 4(1) Швейцарского регламента международного арбитража 2012 г. ([https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012\\_Russian\\_2019.pdf](https://www.swissarbitration.org/files/837/SwissRules2012_Russian_2019.pdf)).

рушения принципа равного отношения к участникам разбирательства или несоответствия третейского суда соглашению сторон<sup>1</sup>. Подобное делегирование особенно актуально в ситуациях многосторонних споров, особенно когда каждый из участников занимает противоположную позицию по отношению к остальным; при подобных обстоятельствах маловероятно, что участники смогут прийти к согласию по кандидатурам арбитров, а реализация каждой из сторон права на избрание арбитра, скорее всего, приведет к неоправданному увеличению численности арбитражного трибунала и к увеличению сроков проведения разбирательства, поскольку каждому из участников или группе участников должно быть предоставлено время для согласования кандидатуры арбитра<sup>2</sup>.

Немаловажными также являются вопросы допустимости заявления о консолидации после того, как были сформированы составы третейских судов по всем или по части разбирательств, и дальнейшей судьбы сформированных составов в случае принятия решения о консолидации.

В данном случае следует исходить из того, что необходимость консолидировать отдельные разбирательства по объективным причинам может быть выявлена уже после момента формирования трибуналов. Но при подобных обстоятельствах сведение разбирательств в единый процесс может быть осложнено.

Так, если одним из условий удовлетворения ходатайства о консолидации является идентичность трибуналов во всех разбирательствах<sup>3</sup>, то оно предоставляет ответчику своего рода «лазейку», позволяющую ему к своей выгоде избежать консолидации, ведь именно от ответчика, имеющего последнее слово на этапе формирования

<sup>1</sup> *Hanotiau B.* Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. Kluwer Law International, 2006. P. 201; *Baetens F.* Procedural Issues Relating to Shared Responsibility in Arbitral Proceedings (SHARES Research Paper 18 (2012)) ([https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2220632](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2220632)). P. 9; *Roos C.C.* Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approaches // 50 Years of the New York Convention (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 14) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2009. P. 426.

<sup>2</sup> *Chiu J.C.* Op. cit. P. 74; *Konrad Chr.W., Schwarz F.T.* The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria. Kluwer Law International, 2009. P. 327.

<sup>3</sup> См., например, ст. 15(1)(1.2) Арбитражного регламента Венского международного арбитражного центра (Vienna International Arbitral Centre (VIAC)) ([https://www.viac.eu/images/documents/vienna\\_rules/FINAL\\_Wiener\\_Regeln\\_2018\\_Brosch%C3%BCre\\_Russisch.pdf](https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/FINAL_Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_Russisch.pdf)) 2018 г.

трибунала, будет зависеть итоговый состав арбитров<sup>1</sup>. По этой причине подобное условие оценивается в доктрине в качестве чересчур ограничительного<sup>2</sup>.

Следует учитывать, что в некоторых случаях объективно нецелесообразным будет именно прекращение полномочий уже сформированного трибунала. В качестве обстоятельства, препятствующего такому прекращению, в доктрине указывают на специфичность спора, требующую от арбитров наличия узкой специализации и опыта по конкретной категории дел<sup>3</sup>. В то же время выходом из подобной ситуации является переназначение таких специализированных арбитров из «побочного» разбирательства в «основное»<sup>4</sup>.

В любом случае, если прекратить полномочия сформированных арбитражных трибуналов не представляется возможным, на помощь может прийти так называемая «консолидация *de facto*», которая фигурирует и в Меморандуме *SIAC* (п. 27) в качестве варианта администрирования консолидированного спора и которая может быть осуществлена следующими способами:

- назначение общих арбитров в несколько составов;
- изучение обстоятельств, рассматриваемых в параллельных процессах<sup>5</sup>, путем принятия трибуналом приказа о раскрытии сторонами сведений о ходе параллельных процессов или проведения совместных заседаний<sup>6</sup>.

Данные методы позволяют членам трибуналов действовать более оперативно, исключая неоправданные задержки и обеспечивая согласованность принятых решений<sup>7</sup>. Вместе с тем их использование может создать и дополнительные проблемные моменты: так, назначение общих арбитров породит вопросы об их потенциальной пристрастности, особенно если разбирательства проводятся последовательно,

---

<sup>1</sup> *Konrad Chr.W., Schwarz F.T.* Op. cit. P. 324.

<sup>2</sup> *Ibid.* P. 336.

<sup>3</sup> *Pryles M., Waincymer J.M.* Multiple Claims in Arbitration between the Same Parties // 50 Years of the New York Convention (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 14) / A.J. van den Berg (ed.). P. 486–487.

<sup>4</sup> *Schramm D.* Op. cit. P. 489.

<sup>5</sup> *Hanotiau B.* Op. cit. P. 109–111.

<sup>6</sup> *Ambrose C., Maxwell K., Collette M.* London Maritime Arbitration. 4<sup>th</sup> ed. Informa Law from Routledge, 2018. P. 247.

<sup>7</sup> *Leboulanger Ph.* Op. cit. 1996. P. 74, 89; *Hanotiau B.* Op. cit. P. 218–220.



и арбитры уже представили свои умозаключения по аналогичному вопросу в более раннем слушании<sup>1</sup>; желаемая гармонизация действий и выводов также может быть достигнута не всегда, поскольку арбитры уполномочены разрешать спор только в пределах тех заявлений и доказательств, которые представлены сторонами<sup>2</sup> и которые, скорее всего, будут не совпадать в каждом из разбирательств.

Указанные ухищрения могут быть справедливо расценены как основание для упреков в ущемлении прав сторон на выбор арбитра. Однако подобные меры предосторожности со стороны арбитражных центров обусловлены стремлением обеспечить исполнимость арбитражного решения.

Ключевым примером по данному вопросу, который регулярно упоминается в доктрине, является дело Кассационного суда Франции *Siemens & BKMI v. Dutco*<sup>3</sup>, в котором Суд со ссылкой на нарушение публичного порядка отказался привести в исполнение арбитражное решение по причине того, что со стороны ответчиков не был номинирован арбитр, и его назначение было произведено за них арбитражным центром, одновременно оставившим в силе мандат арбитра, номинированного истцом.

Вместе с тем данный прецедент косвенно демонстрирует, что если стороны консолидированного разбирательства находились в равном положении, выразившемся в отсутствии у одной из них каких-либо преимуществ, связанных с назначением арбитра, то решение, принятое по итогам разбирательства, не должно пасть жертвой положений ст. V(1)(d) Нью-Йоркской конвенции.

Принимая во внимание иные упомянутые сложности, связанные с администрированием консолидированного арбитража, мы находим оправданным применение описанного осторожного подхода в формировании арбитражного трибунала.

Заключительный вопрос связан с распределением арбитражных сборов и гонораров арбитров, участвующих в разрешении консолидированного спора.

---

<sup>1</sup> *Leboulanger Ph.* Op. cit. P. 85.

<sup>2</sup> *Prokić D.D.* SIAC Proposal on Cross-Institution Consolidation Protocol: Can It Be Transplanted into Investment Arbitration? // *Journal of International Arbitration*. 2019. Vol. 36. Issue 2. P. 177.

<sup>3</sup> *Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco*, Cass. 1<sup>o</sup> civ., 7 janvier 1992, pourvois n<sup>o</sup>s 89-18.708, 89-18.726, Bull. civ. 1, n<sup>o</sup> 2, p. 2, Rev. arb. 1992, 470, note Bellet, JDI 1992, 707, note Ch. Jarrosson, RTD com. 1992, 796, obs. J.-Cl. Dubarry et E. Loquin.

Полагаем, что итоговый вариант протокола межинституциональной консолидации должен содержать положения, которые предусматривали бы механизмы распределения арбитражных сборов между всеми арбитражными центрами, имеющими отношение к конкретному консолидированному разбирательству.

В самом деле, если, например, при варианте администрирования спора одним арбитражным центром другие, «выбывающие» институты будут лишены права на получение определенной доли от сборов, уплаченных за администрирование разбирательства, они потеряют всякий стимул участвовать в подобной инициативе. Вместе с тем вопрос пропорций остается открытым, и вокруг него будет сломано немало копий, если предложение *SIAC* получит свое продолжение.

Что касается арбитров трибуналов, чьи полномочия прекращаются вследствие консолидации, их труд также должен быть оплачен. Однако лишь некоторые арбитражные регламенты содержат подробные правила о вознаграждении таких арбитров.

Например, ст. 34.5 Арбитражного регламента для администрируемых арбитражных разбирательств *HKIAC* 2018 г. предполагает включение гонораров, уплачиваемых выбывшим арбитрам, в итоговую сумму арбитражных расходов, подлежащих возмещению. В качестве примера довольно сбалансированного регулирования считаем оправданным указать ст. 9(4) Положения об арбитражных сборах и арбитражных расходах РАЦ при РИСА<sup>1</sup>, которая предусматривает возложение обязанности об уплате вознаграждения арбитрам, чьи полномочия прекращаются, на любую из сторон. Учитывая, что выплата вознаграждения является одним из условий для консолидирования разбирательств (ст. 9(5) указанного Положения), рискнем предположить, что такой стороной в подавляющем большинстве случаев будет являться участник, инициировавший консолидацию, особенно если у иных сторон будет отсутствовать интерес в участии в едином разбирательстве.

В остальных же случаях арбитражные регламенты содержат довольно широкую формулировку о принятии во внимание всех значимых обстоятельств при исчислении итоговой суммы арбитражных расходов<sup>2</sup>.

Потенциальная коллизия при решении вопроса уплаты гонораров «выбывающим» арбитрам может возникнуть в связи с несовпадением

---

<sup>1</sup> <https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2017/11/Положение-о-сборах-и-расходах.pdf>

<sup>2</sup> Статья 39(1) Швейцарского регламента международного арбитража 2012 г., ст. 35(1) Правил международного арбитража *ICDR* 2014 г.

арбитражных регламентов в части определения момента такой уплаты: каким должно быть решение в ситуации, когда положения арбитражного регламента, на основании которого действовали «выбывающие» арбитры, предусматривают оплату их услуг до принятия решения о консолидации, а арбитражный регламент, по которому администрируется консолидированное разбирательство, предусматривает такую оплату после определения всех арбитражных расходов, что обычно происходит уже на этапе вынесения решения?

Таким образом, рассмотрение отдельных процедурных аспектов, связанных с осуществлением консолидации и ведением единого разбирательства, обнажает значительные расхождения в подходах различных арбитражных институций к обозначенным вопросам, которые могут стать серьезным препятствием для продвижения инициативы *SIAC*. Указанные различия также придают бóльшую актуальность предлагаемой Меморандумом *SIAC* (п. 7(a)) опции, связанной с разработкой единых правил межинституциональной консолидации.

## **8. Перспективы межинституциональной консолидации в России**

Прошедшая в России арбитражная реформа значительно изменила положение дел в сфере третейского разбирательства. Однако регулирование международного коммерческого арбитража продолжает в основном следовать Типовому закону ЮНСИТРАЛ. Основной российской спецификой в данном случае видятся нормы, касающиеся образования и деятельности постоянно действующих арбитражных учреждений (далее — ПДАУ). Как уже отмечалось выше, регламенты ПДАУ предоставляют значительную дискрецию как коллегии арбитров, так и административным органам арбитражного учреждения по вопросам ведения арбитража, в том числе и по объединению разбирательств.

Следовательно, основные препятствия на пути реализации механизма межинституциональной консолидации в России могут возникнуть в части соответствия процедуры арбитража действующему российскому законодательству и ее влияния на возможность признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации решения, принятого в рамках консолидированного разбирательства.

В частности, действующим законодательством предусмотрено, что если арбитражное решение было принято третейским судом на территории Российской Федерации при администрировании разбирательства иностранным арбитражным учреждением, не имеющем статуса

ПДАУ, такое решение рассматривается на территории Российской Федерации как принятое третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора (*ad hoc*)<sup>1</sup>.

Данная норма влечет за собой риск отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, принятых на территории Российской Федерации по тем категориям споров, которые, согласно российскому законодательству, могут рассматриваться только в рамках арбитража, администрируемого ПДАУ (в частности, корпоративные споры)<sup>2</sup>, если споры соответствующей категории входили в состав консолидированного разбирательства. При этом не стоит исключать ситуацию, при которой отказ в приведении в исполнение распространится на арбитражное решение целиком. Хотя российское право и правоприменительная практика вслед за Нью-Йоркской конвенцией<sup>3</sup> допускают частичное приведение в исполнение арбитражного решения<sup>4</sup>, вопрос об отделимости исполнимых от неисполнимых положений такого решения остается на усмотрение государственного суда, что влечет значительную неопределенность по поводу его исполнимости.

Кроме того, с учетом имеющихся разъяснений ВС РФ относительно приведения в исполнение решений, вынесенных в рамках арбитража *ad hoc*, российский суд может сделать вывод о нарушении предусмотренной законом процедуры из-за наличия у процесса принятия таких решений признаков, свойственных институциональному арбитражу<sup>5</sup>. Хотя суд и не может *ex officio* ссылаться на несоблюдение процедуры как на основание для отказа в приведении в исполнение данного решения<sup>6</sup>, стороне, в пользу которой оно было вынесено, придется опровергать доводы оппонента о наличии таких нарушений, что может дополнительно усложнить признание и приведение в исполнение арбитражного решения.

---

<sup>1</sup> Часть 3 ст. 44 Федерального закона об арбитраже.

<sup>2</sup> См., например, ч. 7 и 10 ст. 45 Федерального закона об арбитраже.

<sup>3</sup> Статья V(1)(с) Нью-Йоркской конвенции.

<sup>4</sup> Абзац первый п. 52 постановления Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» (далее – Постановление № 53).

<sup>5</sup> Пункт 50 Постановления № 53.

<sup>6</sup> Пункт 46 Постановления № 53.

Другим препятствием в признании и приведении в исполнение в России решений по консолидированным спорам может стать подход отечественного законодателя к категории арбитрабельности. Так, один из споров, являвшихся предметом рассмотрения в консолидированном разбирательстве, может быть признан неарбитрабельным в соответствии с российским правом<sup>1</sup>. В этой связи возможно представить ситуацию, при которой неарбитрабельность одного из споров, выступавших предметом рассмотрения в консолидированном разбирательстве, повлечет за собой отказ в признании и принудительном исполнении всего арбитражного решения, несмотря на указанную выше возможность приведения в исполнение решения в части арбитрабельных споров.

Вместе с тем приведенные риски имеют место и в отсутствие межинституциональной консолидации – они лишь в иной форме поднимают уже известные проблемы российского законодательства о третейском разбирательстве. При этом справедливо будет отметить, что в отношении большинства категорий споров, рассматриваемых в порядке арбитража между частными субъектами, российский правопорядок не имеет дополнительных ограничений, препятствующих возможной имплементации механизма межинституциональной консолидации в российских арбитражных учреждениях, а также признанию и приведению в исполнение арбитражных решений, вынесенных по результатам таких разбирательств, а потому предложенные в настоящей статье теоретические подходы в полной мере применимы и к российскому правопорядку.

## 9. Заключение

Идея, представленная в Меморандуме *SIAC*, является новаторской и в определенной степени провокационной. Этот документ не решает всех процессуальных вопросов, которые ставит механизм межинституциональной консолидации, однако порождает множество интересных дополнительных проблем в сфере теории международного арбитража. Детальный анализ внедрения и функционирования данного механизма обнажает значительное количество противоречий как практического, так и догматического характера<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Статья V(2)(а) Нью-Йоркской конвенции, абзац второй п. 2 ст. 36 Закона о МКА.

<sup>2</sup> В частности, авторы Меморандума *SIAC*, намеренно или случайно, дали пищу для размышлений в отношении вопроса о природе арбитража. Как можно видеть, указанный документ содержит отдельные положения, которые могли бы быть взяты

Так, фундаментальной основой консолидации (в том числе и меж-институциональной) является согласие сторон. В этой связи вопрос о форме и способе получения согласия участников разбирательства представляется краеугольным. По мнению авторов настоящей статьи, имплементация механизмов межинституциональной консолидации возможна путем включения соответствующих положений в регламенты арбитражных учреждений. Соответственно, согласие сторон на объединение их споров будет выражено в форме отсылки к арбитражному регламенту, содержащему нормы о межинституциональной консолидации (так называемая *incorporation by reference*). Такой подход позволяет обосновать консенсуальный характер объединения споров даже в тех случаях, когда при непосредственном решении вопроса о консолидации компетентным органом участник спора по тем или иным причинам будет возражать против этого решения. Более того, консенсуальный подход к объединению арбитражных разбирательств позволяет преодолеть указанный в Меморандуме *SIAC* (п. 8) критерий идентичности места арбитража объединяемых разбирательств, поскольку наличие согласия всех сторон на необходимые для консолидации процессуальные действия подразумевает их согласие на внесение необходимых изменений в арбитражные соглашения.

При этом наличие согласия участников разбирательства (в форме отсылки к арбитражному регламенту) позволяет устранить риск отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного по окончании объединенного разбирательства, поскольку процедура такого разбирательства *de jure* будет соответствовать соглашению сторон с учетом его подразумеваемого изменения при применении механизма межинституциональной консолидации.

Соответственно, представляется, что предложенный механизм с догматической точки зрения может получить свое место в современной арбитражной практике. Однако, несмотря на свой потенциал, инициатива *SIAC* предполагает наличие достаточно высокого уровня кооперации между арбитражными центрами, тогда как вопрос о предпосылках для ее наращивания в настоящее время остается открытым, что может служить основным препятствием для реализации механизма, предложенного Меморандумом *SIAC*.

---

на вооружение приверженцами юрисдикционной теории арбитража, — от возможности проведения принудительной консолидации до отстранения сторон от процедуры формирования третейского суда. Волеизъявление сторон в таком случае имеет второстепенное значение по отношению к правилам применимого регламента и решениям третейского суда и арбитражного учреждения.

Что касается практических вопросов реализации института меж-институциональной консолидации арбитражных разбирательств, то видится важным резюмировать следующие основные моменты. Так, по мнению авторов, органом, компетентным принимать решение об объединении, должен быть комитет, состоящий из представителей арбитражных центров, претендующих на администрирование консолидируемых разбирательств. Порядок такого объединения и его критерии должны быть унифицированы среди арбитражных учреждений, поскольку расхождения между положениями их регламентов могут стать существенным препятствием на пути внедрения рассматриваемого механизма. Кроме того, процесс формирования арбитражного трибунала объединенного разбирательства не должен существенно затягивать его ход, в связи с чем наиболее нейтральным представляется предложение о подразумеваемом отказе сторон от своего права номинировать арбитра в случае консолидации споров. При этом необходимо предусмотреть нормы, позволяющие прекращать или перераспределять полномочия арбитров, уже назначенных в других объединяемых разбирательствах.

Таким образом, видится, что механизм межинституциональной консолидации может существенно поспособствовать повышению уровня взаимодействия между арбитражными учреждениями и положительно повлиять на эффективность арбитражных разбирательств, предполагающих множественность лиц и связанность материальных правоотношений.

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАКТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ РЕМИССИИ В АРБИТРАЖЕ

Д.А. АНДРЕЕВ,  
адвокат коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба,  
Степанов и Партнеры» (Москва)

*Статья посвящена процедуре ремиссии, в рамках которой государственный суд вправе возвратить арбитражное решение третейскому суду, а третейский суд – возобновить арбитраж для исправления недостатков в арбитражном решении. Хотя данная процедура существует в России с 1993 г., она получила подробное регулирование в законе только по результатам арбитражной реформы 2016 г.*

*В статье обсуждаются история процедуры ремиссии, ее основные модели (типы) и стадии, соотношение ремиссии с принципом *functus officio* (мандат третейского суда прекращается вынесением арбитрами арбитражного решения) и связанные с этим теоретические и практические проблемы ремиссии. Систематизированы условия, при которых государственный суд может прибегнуть к ремиссии, порядок формирования ремитированных вопросов, а также сроки ремиссии. Отдельно рассмотрены вопросы возобновления арбитража в третейском суде, такие как состав третейского суда для рассмотрения ремитированных вопросов, пределы мандата арбитров и форма акта, который арбитры могут принять по результатам ремиссии. В статье обобщен зарубежный опыт законодательного регулирования и применения судами процедуры ремиссии, на основании которого даны рекомендации российским судам по наиболее сложным проблемам.*

*Ключевые слова: взаимодействие государственного суда и третейского суда; отмена арбитражного решения; ремиссия; возобновление арбитража; исправление недостатков в арбитражном решении.*





## REMISSION IN ARBITRATION: THEORY AND PRACTICE

DMITRY ANDREEV,  
Attorney at *Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners*  
Law Firm (Moscow)

*This article is about remission, that is, a procedure by which a state court may remit an arbitral award back to the arbitral tribunal, and the arbitral tribunal may reopen arbitration to remedy defects in the arbitral award. Although this procedure has been known in Russia since 1993, it obtained detailed legal regulation only after the 2016 arbitration reform.*

*The article discusses the history of remission as a legal concept, its main models (types) and phases, how remission correlates with the *functus officio* principle (an arbitral tribunal's mandate terminates when arbitrators make an arbitral award) and related problems of remission in theory and practice. The author seeks to codify the conditions when a state court may resort to remission, the procedure how a court should formulate the remitted matters and the applicable time periods. Special attention is given reopening of arbitration, including composition of an arbitral tribunal to consider the remitted matters, limits of the arbitrators' mandate and the form of an act that arbitrators can make to decide on remitted matters. The article gives a digest on foreign practice of regulating and using remission by the judiciary; on this basis, the article summarizes best practices for Russian courts on complex issues.*

*Keywords: interaction between state courts and arbitral tribunals; set aside an arbitral award; remission; reopening of arbitration; remedy defects in an arbitral award.*



## 1. Введение

Ремиссия (от лат. *remissio* — «обратная отправка») — это процедура взаимодействия государственных и третейских судов, в рамках которой государственный суд, обнаружив у арбитражного решения серьезные недостатки, вправе возратить (или ремитировать — от лат. *remittere*) его третейскому суду, а третейский суд — возобновить арбитраж и исправить такие дефекты. Хотя термины «ремиссия», «ремитировать» и «ремитированные [вопросы]» пока редко встречаются в российской науке арбитража (в отличие, например, от медицины), автор будет использовать данную терминологию по тексту статьи, поскольку она позволяет коротко обозначить соответствующие явления и, вполне возможно, станет общепринятой в будущем.

Институт ремиссии появился в России в 1993 г. с принятием Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА), в свою очередь, основанного на положениях Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ)<sup>1</sup>. Однако до третейской реформы 2016 г. российские суды и стороны арбитража крайне редко прибегали к ремиссии для исправления недостатков арбитражного решения, даже несмотря на рекомендации Президиума ВС РФ<sup>2</sup>. В российской литературе эта процедура также практически не упоминалась<sup>3</sup>.

Новые, более подробные положения о ремиссии, вступившие в силу с 1 сентября 2016 г., вдохнули в эту процедуру новую жизнь. Соответствующие нормы появились в российских процессуальных кодексах и теперь регулируют ремиссию не только в международном коммерческом арбитраже, но и во внутреннем арбитраже<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Пункт 4 ст. 34 Закона о МКА, п. 4 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<sup>2</sup> Постановление Президиума ВС РФ от 15 ноября 2000 г. № 169пв-2000.

<sup>3</sup> Небольшие разделы, посвященные ремиссии, были только в работах С.А. Курочкина (см., например: *Курочкин С.А.* Международный коммерческий арбитраж и третейское разбирательство. М.: Инфотропик Медиа, 2013. Гл. 11; *Он же.* Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М.: Волтерс Клувер, 2008. П. 80).

<sup>4</sup> Часть 5 ст. 420 и ч. 8 ст. 425 ГПК РФ; ч. 5 ст. 232 и ч. 8 ст. 238 АПК РФ; ч. 6 ст. 37 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Если говорить о статистике, то за три с половиной года после реформы российские суды общей юрисдикции и арбитражные суды согласились ремитировать арбитражное решение как минимум в 10 делах. В пяти из таких дел арбитры исправили дефекты, обозначенные государственным судом, и это позволило избежать отмены арбитражного решения<sup>1</sup>.

Между тем при кажущейся простоте и лаконичности норм, регулирующих данную процедуру, ремиссия является сложной правовой конструкцией как с точки зрения теории, так и с точки зрения применения данной процедуры на практике. Так, автор участвовал в круглом столе по вопросам содействия государственных судов третейским судам, который проводился в рамках VI Всероссийского форума альтернативного разрешения споров, посвященного 80-летию профессора В.А. Мусина. Из всех затронутых на этом круглом столе тем именно ремиссия вызвала наибольшее количество вопросов и непонимание как у действующих судей арбитражных судов и ВС РФ, так и у представителей российских арбитражных учреждений и практикующих юристов.

В настоящей работе проводится подробный анализ института ремиссии и обозначены теоретические и практические проблемы, с которыми могут столкнуться российские суды, арбитры, арбитражные учреждения и стороны арбитража в рамках данной процедуры. Поскольку практика использования ремиссии в России еще не сформировалась, в статье проанализирован прежде всего зарубежный опыт разрешения таких проблем, и на его основе сформулированы практические предложения по использованию соответствующих подходов в России.

## 2. История института ремиссии

Изначально ремиссия была институтом англосаксонского права и до конца XX в. была неизвестна странам континентального права. В зарубежной литературе обычно указывают, что ремиссия впервые появилась в Законе о судопроизводстве в судах общего права (Common Law Procedure Act) Англии 1854 г. (ст. VIII)<sup>2</sup>. Однако автор находил судебные прецеденты, относящиеся к более раннему времени, в кото-

---

<sup>1</sup> В качестве успешных примеров ремиссии можно привести дела № А40-203696/2018, А03-14926/2016, А71-9806/2017, А07-1154/2017, А53-19347/2018.

<sup>2</sup> Arbitration in England, with chapters on Scotland and Ireland / J.D.M. Lew, H. Bor, G. Fullelove, J. Greenaway (eds.). Kluwer Law International, 2013. P. 3.

рых аналогичное полномочие суда – направить арбитражное решение обратно арбитрам для исправления недостатков – было предусмотрено арбитражным соглашением<sup>1</sup>. Другие страны общего права (в основном бывшие английские колонии и доминионы) позаимствовали нормы о ремиссии из английского законодательства при разработке собственных законов об арбитраже.

В 1983 г. делегация из Великобритании, участвовавшая в разработке проекта Типового закона ЮНСИТРАЛ, предложила предусмотреть в нем возможность ремиссии арбитражных решений. Сначала данное предложение вызвало критику со стороны делегатов стран континентального права, в том числе представителей Франции и Австрии. Однако в 1985 г. представитель Великобритании лорд Мастилл (Lord Mustill) и наблюдатель от Королевского института арбитров (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)) лорд Уилберфорс (Lord Wilberforce) смогли убедить представителей стран просоветского блока в целесообразности норм о ремиссии, и благодаря поддержке СССР данные нормы были включены в итоговую версию Типового закона ЮНСИТРАЛ<sup>2</sup>.

По мере того как государства принимали или изменяли свое законодательство об арбитраже на основе положений Типового закона ЮНСИТРАЛ, институт ремиссии постепенно получил свое распространение и в странах континентальной правовой семьи. Россия была одной из первых таких юрисдикций.

### 3. Ремиссия и *functus officio*

В российской литературе ремиссию часто критикуют как неоднозначную процедуру, которая ставит под сомнение свойство окончательности арбитражного решения и не устраняет проблем с таким решением, а лишь порождает новые<sup>3</sup>. Некоторые ученые также отмечают, что ремиссия устанавливает фактическое подчинение третейского

---

<sup>1</sup> *Nickalls v. Warren*, (1844) 115 E.R. 231.

<sup>2</sup> *Holtzmann H.M., Neuhaus J.E.* A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary. Kluwer Law & Taxation Pub., 1989. P. 936–940, 983–986.

<sup>3</sup> *Морозов М.Э.* Закон изменился, а проблемы остались? Размышления о новеллах в регулировании арбитража // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: Сборник статей / Сост. и отв. ред. И.П. Грешников. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2019 (СПС «КонсультантПлюс»).

суда государственному суду, создавая гибридную форму рассмотрения спора «арбитраж – судопроизводство – арбитраж»<sup>1</sup>.

Действительно, с формальной точки зрения ремиссия противоречит одному из основных принципов арбитража, согласно которому мандат третейского суда прекращается вынесением арбитрами арбитражного решения (лат. *functus officio* – «дело выполнено»)². Поскольку третейский суд уже вынес решение, полномочия арбитров следует считать исчерпанными, что создает препятствия для возобновления арбитража по указанию государственного суда и изменения арбитрами ранее принятого арбитражного решения или вынесения нового решения.

Формальное противоречие ремиссии принципу *functus officio* привело к тому, что некоторые страны континентального права отказались вводить данную процедуру в свое законодательство об арбитраже. Так поступили, например, Франция и Австрия, указавшие на данное противоречие на сессиях ЮНСИТРАЛ (притом что Австрия инкорпорировала большинство остальных положений Типового закона ЮНСИТРАЛ в свой ГПК (*Zivilprozessordnung (ZPO)*))³.

Как с точки зрения науки можно разрешить данное противоречие и обосновать допустимость ремиссии в арбитраже? Существуют два подхода к решению этой проблемы.

Согласно первому, преобладающему в доктрине подходу, процедуру ремиссии следует считать частным исключением из общего принципа *functus officio*⁴. Такой подход действует в большинстве стран, принявших Типовой закон ЮНСИТРАЛ⁵. В этом случае обычно про-

<sup>1</sup> Севастьянов Г.В. Теория частного процессуального права vs «судоизация и материализация арбитража» // Закон. 2017. № 9. С. 41–59.

<sup>2</sup> Poudret J.-F., Besson S. Comparative Law of International Arbitration / Trans. by St.V. Berti, A. Ponti. 2<sup>nd</sup> ed. Sweet & Maxwell, 2007. P. 686.

<sup>3</sup> Kühner D. Annulment and Enforcement of Arbitral Awards in France // Annulment and Enforcement of Arbitral Awards from a Comparative Law Perspective: Contributions from CEPANI40 Colloquium Held on October 18, 2018 / S. Goldman, S. Van Rompaey (eds.). CEPANI; Wolters Kluwer, 2018. P. 43 (доступно в Интернете по адресу: <https://bm-havocats.com/assets/uploads/2018/10/CEPANI-Detlev-K%C3%BChner-Brussels-2018.pdf>); Handbook Vienna Rules: A Practitioner's Guide. Wirtschaftskammer Österreich, 2014. P. 234.

<sup>4</sup> См. п. 3 ст. 32 Типового закона ЮНСИТРАЛ; см. также: Riegler St. Remission of the Case from the State Court to the Arbitral Tribunal // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2012. P. 237–238.

<sup>5</sup> См., например: *AKN & Anor. v. ALC & Ors. and Other Appeals*, [2015] SGCA 63; *P v. M*, [2018] HKCFI 2280, HCCT 30/2018.

водят аналогию с другими полномочиями арбитров, которые сохраняются у них на определенный срок после вынесения арбитражного решения и также рассматриваются как исключения из принципа *functus officio*:

- исправить арифметические или технические ошибки в решении;
- истолковать неясности в решении; и
- вынести дополнительное решение по вопросу, который по ошибке не был рассмотрен арбитрами<sup>1</sup>.

Можно также провести аналогию с правом третейского суда в исключительных случаях пересмотреть или отозвать арбитражное решение, если оно было получено путем обмана, сокрытия или предоставления подложных доказательств, — с оговоркой, что такое право есть у арбитров лишь в небольшом количестве юрисдикций, например во Франции и Нидерландах<sup>2</sup>.

Российское право, вероятно, также придерживается данного подхода: Пленум ВС РФ, давая судам разъяснения о ремиссии, рекомендовал использовать ее в том числе для исправления опечаток и ошибок в подсчетах, тем самым указав на сходство обеих процедур<sup>3</sup>.

Однако, несмотря на некоторое сходство, процедура исправления технических и арифметических ошибок в арбитражном решении имеет ряд существенных отличий от процедуры ремиссии.

*Во-первых*, стороны вправе просить третейский суд исправить ошибки только в течение короткого периода времени, — как правило, не более одного-двух месяцев после вынесения решения. Такой короткий срок мотивирует стороны своевременно обращаться к арбитрам, когда они еще доступны, хорошо помнят обстоятельства дела и могут быстро исправить недочеты в арбитражном решении. В то же время процедура ремиссии может иметь место гораздо позднее — через несколько месяцев или даже лет после вынесения решения. Поэтому предложение ВС РФ исправлять опечатки и ошибки в подсчетах в рамках процедуры ремиссии небесспорно: фактически оно продляет установленный срок для исправления таких ошибок.

---

<sup>1</sup> Статья 33 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<sup>2</sup> Статья 1502 ГПК (Code de procédure civile) Франции, ст. 1068 ГПК (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) Нидерландов.

<sup>3</sup> Пункт 55 постановления Пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 г. № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» (далее — Постановление № 53).

*Во-вторых*, небольшие ошибки, которые должен исправить третейский суд, как правило, очевидны и не являются основанием для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения. В то же время в рамках ремиссии третейский суд должен устранить существенные дефекты, которые иначе могут привести к отмене решения.

*В-третьих*, процедура исправления опечаток и ошибок в подсчетах не предполагает участия в их реализации сразу двух субъектов — государственного суда и третейского суда.

Поэтому в науке арбитража был разработан второй подход, согласно которому ремиссию необязательно рассматривать как исключение из общего принципа *functus officio*. Если руководствоваться наиболее полным содержанием данного принципа, мандат арбитров прекращается вынесением не любого арбитражного решения, а только такого, которое одновременно и *окончательно*, т.е. разрешает все вопросы, поставленные перед арбитрами, и *исполнимо*, т.е. вынесено с соблюдением всех требований применимого права, которые могут затронуть возможность его принудительного исполнения<sup>1</sup>.

Как будет рассмотрено ниже, государственные суды прибегают к ремиссии как раз в тех случаях, когда у арбитражного решения имеются недостатки, затрагивающие его окончательность или исполнимость. Соответственно, если государственный суд ремитировал арбитражное решение арбитрам, это значит, что их мандат еще не прекратился и завершится только после того, как они исполнят указания государственного суда и исправят соответствующие недостатки. Данный подход получил наибольшее распространение в практике судов США<sup>2</sup>.

#### 4. Модели (виды) ремиссии

В связи с особенностями исторического развития института ремиссии в международном арбитраже еще не сформировался единый подход к применению данной процедуры. Поэтому при изучении зарубежного опыта для его дальнейшего использования в российской юридической науке важно учитывать региональные особенности регулирования и применения ремиссии в каждой исследуемой юрисдикции.

<sup>1</sup> Webster Th.H. *Functus Officio* and Remand in International Arbitration // ASA Bulletin. 2009. Vol. 27. Issue 3. P. 443.

<sup>2</sup> *Brown v. Witco Corp.*, 340 F.3d 209, 219 (5th Cir. 2003); *Office & Prof'l Emps. Int'l Union, Local No. 471 v. Brownsville Gen. Hosp.*, 186 F.3d 326 (3d Cir. 1999).

Можно выделить следующие три модели ремиссии:

1) *англосаксонская модель*. Данная модель действует в Англии, США и других странах общего права, за исключением тех, которые приняли новые законы об арбитраже на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ (хотя большинство таких стран сохранили прежнюю англосаксонскую модель для внутреннего арбитража). Согласно рассматриваемой модели, полномочие суда ремитировать арбитражное решение арбитрам является альтернативой полномочию отменить такое арбитражное решение. Соответственно, просьбу о ремиссии подает сторона, недовольная исходом арбитража, — либо в качестве основного требования, либо в качестве альтернативного требованию об отмене решения.

Суды обычно рассматривают ремиссию как более «мягкую» форму контроля за третейским судом<sup>1</sup>. В рамках дружелюбной политики по отношению к арбитражу суды стремятся в большинстве случаев возвращать решение арбитрам для исправления недостатков, а более суровую санкцию, такую как отмена решения, применять только в серьезных случаях, когда ремиссия невозможна или нецелесообразна<sup>2</sup>;

2) *германская модель*. Данная модель закреплена в ГПК (Zivilprozessordnung (ZPO)) Германии, а также действует в Швейцарии для международного арбитража, хотя там она предусмотрена не законом, а вытекает из судебной практики<sup>3</sup>. Согласно рассматриваемой модели, суд может ремитировать арбитражное решение арбитрам одновременно с принятием решения об отмене такого решения. Соответственно, сторона, не согласная с арбитражным решением, не может просить суд не отменять решение, а лишь ремитировать его арбитрам, как это возможно в англосаксонской модели, и должна заявить о ремиссии лишь в качестве дополнительного требования<sup>4</sup>. В результате суд должен

---

<sup>1</sup> Greenberg S., Fry J. Remission of Awards: Conditions and Consequences — A Review of Statute and Case Law // International Arbitration under Review: Essays in Honour of John Beechey / A. Carlevaris, L. Lévy, A. Mourre, E.A. Schwartz (eds.) (ICC Publication No. 772E). ICC Pub., 2015. P. 164.

<sup>2</sup> См., например, ст. 68(3) и 69(7) Закона об арбитраже (Arbitration Act) Англии 1996 г.; см. также: *Steelworkers v. Enterprise Car*, 363 U.S. 593 (1960); *Weiss v. Sallie Mae, Inc.*, No. 18-2362, 2019 U.S. App. LEXIS 27476 (2d Cir. Sept. 12, 2019).

<sup>3</sup> Абзац 4 § 1059 ГПК Германии; BGer 4A\_532/2016 vom 30.5.2017 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170530\\_4A\\_532-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170530_4A_532-2016.html)); перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/30%20mai%202017%204A%20532%202016.pdf>).

<sup>4</sup> Arbitration in Germany: The Model Law in Practice / К.-Н. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2015. P. 393.



будет сначала отменить арбитражное решение по одному из оснований, предусмотренных законом, и лишь после этого решить, целесообразно ли направить стороны обратно в третейский суд для того, чтобы тот мог оперативно исправить выявленные недостатки и вынести новое решение;

3) *модель ЮНСИТРАЛ*. Данная модель действует в большинстве государств, разработавших свое законодательство об арбитраже на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ. Среди них страны как англосаксонской, так и континентальной правовых систем. Согласно рассматриваемой модели, ремиссия является промежуточной стадией до принятия государственным судом акта по вопросу отмены арбитражного решения, которой может воспользоваться одна из сторон для того, чтобы избежать отмены последнего. Если государственный суд уже отменил арбитражное решение, ремиссия не допускается<sup>1</sup>.

Таким образом, ремиссия является не основным требованием, которое рассматривает государственный суд (он рассматривает только требование об отмене арбитражного решения), а вспомогательным инструментарием, в рамках которого суд вправе, если посчитает это целесообразным, позволить сторонам обратиться к арбитрам за исправлением недостатков решения<sup>2</sup>. Если арбитры устранят такие недостатки, то с большой долей вероятности необходимость в отмене арбитражного решения отпадет.

Так как российское законодательство придерживается модели ЮНСИТРАЛ, дальнейший анализ практических аспектов ремиссии будет производиться прежде всего для этой модели.

## 5. Этапы ремиссии

Поскольку ремиссия является процедурой, в рамках которой взаимодействуют два института — государственный суд и третейский суд, эту процедуру можно условно разделить на два этапа:

1) рассмотрение вопроса о ремиссии в государственном суде. Задача государственного суда — установить наличие оснований для ремиссии и определить круг вопросов, ремитированных третейскому суду;

<sup>1</sup> *The United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 1529; *AKN & Anor. v ALC & Ors. and Other Appeals*, [2015] SGCA 63; *Kinnari Mullick & Anor. v. Ghanshyam Das Damani*, (2018) 11 SCC 328; определение Советского районного суда г. Новосибирска от 22 июня 2018 г. по делу № 2-600/2018 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>2</sup> *Holtzmann H.M., Neuhaus J.E.* Op. cit. P. 967.

2) рассмотрение третейским судом вопросов, ремитированных государственным судом. Арбитры могут либо согласиться с ремиссией и исправить соответствующие недостатки арбитражного решения, либо отказать в этом.

Ниже будут рассмотрены некоторые проблемы, возникающие на каждом из указанных этапов ремиссии.

## **5.1. Проблемы ремиссии в государственном суде**

### *5.1.1. Компетенция государственного суда*

Исходя из содержания п. 4 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ, воспользоваться ремиссией могут лишь стороны судебного процесса об отмене арбитражного решения, т.е. право ремитировать арбитражное решение арбитрам есть только у государственного суда по месту арбитража (месту принятия решения). На первый взгляд это логично, поскольку именно данный суд взаимодействует с третейским судом и осуществляет контроль за третейским разбирательством в пределах его территориальной юрисдикции<sup>1</sup>.

Некоторые российские авторы высказывали мнение, что ремиссию было бы разумно использовать не только в рамках производства по вопросу отмены арбитражного решения, но и в рамках производства о принудительном исполнении арбитражного решения<sup>2</sup>. Иными словами, предлагалось предоставить право ремиссии не только суду по месту арбитража, но и суду по месту исполнения арбитражного решения (месту нахождения должника или его имущества).

Российский законодатель воспринял данный подход и в настоящее время допускает ремиссию как на стадии отмены арбитражного решения, так и на стадии его принудительного исполнения<sup>3</sup>. Вероятно, это связано с тенденцией к сближению обеих процедур и правовых последствий для арбитражного решения как в части выдачи исполнительного листа, так и в части повторного обращения в третейский суд. Между тем у этого подхода есть свои недостатки.

*Во-первых*, возможность ремиссии на стадии принудительного исполнения арбитражного решения осложняется длительными сроками

---

<sup>1</sup> Статья 6 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<sup>2</sup> *Зверева Н.С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции / Под ред. докт. юрид. наук, проф. В.В. Яркова. М.: Статут, 2017. П. 215 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>3</sup> Часть 8 ст. 425 ГПК РФ; ч. 8 ст. 238 АПК РФ; п. 55 Постановления № 53.

подачи соответствующего заявления в государственный суд. По общему правилу заявление об отмене арбитражного решения должно быть подано в течение трех месяцев, тогда как заявление о принудительном исполнении — в течение трех лет со дня принятия арбитражного решения или окончания установленного в нем срока для добровольного исполнения решения<sup>1</sup>. Чем позже сторона попросит о ремиссии, тем меньше вероятность того, что арбитры будут иметь возможность или желание исправить дефекты в арбитражном решении и что такая ремиссия будет целесообразна.

*Во-вторых*, сомнительна допустимость ремиссии при принудительном исполнении *иностранных* арбитражных решений. С одной стороны, при ремиссии государственный суд не обращается напрямую к арбитрам и не дает им обязательные указания исправить недостатки в решении, а лишь предоставляет сторонам возможность обратиться к арбитрам за исправлением недостатка. Теоретически можно говорить о том, что право стороны просить о ремиссии часто является подразумеваемым, вытекающим из арбитражного соглашения, и поэтому любой государственный суд, рассматривающий вопросы, касающиеся арбитражного решения, вправе дать стороне возможность реализовать такое право и позволить самому третейскому суду ликвидировать какие-либо дефекты<sup>2</sup>.

С другой стороны, вопросы отмены арбитражного решения входят в исключительную компетенцию судов страны места арбитража<sup>3</sup>. Отмена решения судом по месту арбитража является основанием для отказа в его исполнении в других юрисдикциях. Таким образом, если вопросы ремиссии будет рассматривать суд по месту исполнения арбитражного решения, это может помешать компетентному суду разрешить спор об отмене данного решения и приведет к риску возникновения противоречащих друг другу судебных актов в различных юрисдикциях.

Если посмотреть на зарубежный опыт, то примеры ремиссии на стадии принудительного исполнения арбитражных решений,

<sup>1</sup> Пункт 62 Постановления № 53.

<sup>2</sup> *Born G.B. International Arbitration: Law and Practice*. 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2015. P. 355.

<sup>3</sup> Подпункт «е» п. 1 ст. V и ст. VI Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.); п. 1 ст. IX Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.); ст. 36 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

включая иностранные решения, есть только в Германии и США<sup>1</sup>. Однако обе юрисдикции не придерживаются модели ЮНСИТРАЛ, так что их подход не совсем применим в российском праве. Поэтому российским судам можно рекомендовать использовать ремиссию при принудительном исполнении только «внутренних» арбитражных решений, т.е. вынесенных на территории РФ, и только если с момента их вынесения не истек значительный период времени (например, не более полугода).

### 5.1.2. Требования (условия) для ремиссии

Для того чтобы государственный суд мог прибегнуть к процедуре ремиссии, должны быть соблюдены определенные требования (условия). Можно выделить два условия допустимости ремиссии:

- необходимость ремиссии, т.е. у арбитражного решения должен быть существенный недостаток, из-за которого оно подлежит отмене; и
- целесообразность ремиссии, т.е. данный недостаток арбитражного решения может быть устранен третейским судом.

*Условие о необходимости ремиссии* обычно не вызывает вопросов. В зарубежной доктрине господствует подход, согласно которому государственный суд вправе ремитировать арбитражное решение только в том случае, если он установил наличие оснований для отмены решения<sup>2</sup>. И наоборот, суду не следует прибегать к ремиссии, если дефекты арбитражного решения несут незначительный характер и не являются основанием для его отмены. В противном случае недобросовестная сторона сможет злоупотреблять данной процедурой и подавать просьбы о ремиссии с целью затянуть рассмотрение дела и отсрочить принудительное исполнение арбитражного решения<sup>3</sup>.

Хрестоматийным примером злоупотреблений при ремиссии является американское дело *M&C Corporation v. Erwin Behr GmbH*. В данном деле ответчик смог трижды добиться от суда первой инстанции воз-

---

<sup>1</sup> *Wighardt N.Chr.* Verfahrensfragen bei der Zurückverweisung der Sache an das Schiedsgericht // *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)*. 2010. Bd. 8. Heft 5. S. 252–256; *Fry J., Greenberg S., Mazza F.* The Secretariat's Guide to ICC Arbitration: A Practical Commentary on the 2012 ICC Rules of Arbitration from the Secretariat of the ICC International Court of Arbitration (ICC Publication No. 729E). ICC Pub., 2012. Para. 3-1312.

<sup>2</sup> *Roth M.* 14. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration // *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration* / F.-B. Weigand (ed.). Oxford University Press, 2009. P. 1109.

<sup>3</sup> *Harris C.* Abuse of the Arbitration Process – Delaying Tactics and Disruptions: A Respondent's Guide // *Journal of International Arbitration*. 1992. Vol. 9. Issue 2. P. 87–95.

врата решения арбитрам для исправления незначительных недостатков. В результате истец не мог в течение 10 лет получить возмещение убытков, присужденных им третейским судом, пока в дело не вмешался апелляционный суд, запретив суду первой инстанции осуществлять ремиссию<sup>1</sup>.

*Условие о целесообразности ремиссии* является более сложным и многогранным. Некоторые государства ввели закрытый перечень оснований для отмены арбитражного решения, по которым целесообразно исправлять его путем ремиссии. Так, российский законодатель разрешает ремиссию при наличии у решения одного из следующих дефектов:

- сторона не была извещена о процессе или не смогла представить свои объяснения;
- третейский суд вышел за пределы арбитражного соглашения; или
- была нарушена процедура арбитража или формирования третейского суда<sup>2</sup>.

Другие страны закрепляют лишь общее требование о целесообразности ремиссии, оставляя выбор конкретных критериев на усмотрение суда, исходя из фактических обстоятельств. Такой подход был закреплен и в Типовом законе ЮНСИТРАЛ<sup>3</sup>.

При этом более узкие критерии целесообразности ремиссии хотя и постепенно формируются в практике, но остаются достаточно гибкими и эластичными. Например, суды Германии и Ирландии руководствуются только соображениями того, сэкономит ли возобновление арбитража время и издержки сторон на разрешение спора, и не принимают во внимание серьезность ошибки, подлежащей исправлению<sup>4</sup>. Суды Англии и Гонконга, наоборот, оценивают, могут ли ошибки арбитров говорить об их непрофессионализме или подорвать доверие сторон к ним, а также риск того, что арбитры не захотят признавать свою ошибку и пересматривать арбитражное решение по указанию суда<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *M & C Corp. v. Erwin Behr GmbH & Co., KG*, 411 F.3d 749 (6th Cir. 2005).

<sup>2</sup> Часть 5 ст. 420 ГПК РФ, ч. 5 ст. 232 АПК РФ.

<sup>3</sup> См. п. 4 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<sup>4</sup> *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* / К.-Н. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. P. 418; см. также: *Fayleigh Ltd. v. Plazaway Ltd. t/a Hotel Partners & Anor.*, [2014] IЕНС 52.

<sup>5</sup> *A v. B*, [2015] НКCFI 1077, [2015] 3 НКLRD 586, [2015] 5 НКC 509, НCCT 40/2014 (15 June 2015); *Sinclair Roche & Temperley & Ors. v. Heard & Anor.*, [2004] UKEAT 0738\_03\_2207.

Общее требование о целесообразности ремиссии можно назвать более предпочтительным, поскольку оно позволяет учитывать конкретные обстоятельства дела, а не ограничиваться заявленными основаниями для отмены решения, как это сейчас предусмотрено российским законом. Так, многие арбитражные решения, которые российские суды признают противоречащими публичному порядку РФ, могли бы быть достаточно эффективно исправлены путем ремиссии, хотя закон запрещает ее использование в данной ситуации. Здесь можно привести примеры отмен решений, когда третейские суды не рассмотрели по существу или не приняли во внимание тот или иной публичный аспект спора, который российские суды посчитали существенным (о недействительности сделки в силу ее крупности, о нахождении стороны арбитража в процедуре банкротства и т.д.)<sup>1</sup>.

Возможны и обратные ситуации, когда с точки зрения российского закона суд вправе ремитировать арбитражное решение, но это было бы нелогичным исходя из времени и затрат сторон (например, допущенная ошибка настолько серьезна, что ее исправление со всей очевидностью потребует возобновления арбитража с самого начала, и, соответственно, ни о какой экономии времени и расходов не может идти речь<sup>2</sup>). Наиболее яркий пример, исходя из российских реалий: сторона ошибочно подала иск не в то арбитражное учреждение, которое предусмотрено арбитражным соглашением, или в арбитражное учреждение, которое утратило право администрировать спор. В этом случае наиболее разумным сценарием являются отмена арбитражного решения и повторное обращение стороны с иском, но уже в правильное арбитражное учреждение или разрешение соответствующего спора в рамках арбитража *ad hoc*.

### *5.1.3. Каким образом формируются ремитированные вопросы?*

С точки зрения теории результатом ремиссии в государственном суде является утверждение своеобразного акта о полномочиях (*terms of reference*) по ремитированным вопросам, в формировании которого участвуют три стороны:

---

<sup>1</sup> См., например, постановления АС Московского округа от 30 августа 2019 г. № Ф05-13615/2019 по делу № А40-46243/2019, от 25 апреля 2018 г. № Ф05-4897/2018 по делу № А40-176466/2017.

<sup>2</sup> *The Secretary of State for the Home Department v. Raytheon Systems Ltd.*, [2015] EWHC 311 (TCC).

- сторона арбитража, не согласная с арбитражным решением и требующая его отмены в связи с наличием ошибок, которые могут быть предметом ремиссии;
- сторона арбитража, которая желает избежать отмены арбитражного решения и просит суд позволить арбитрам исправить соответствующие ошибки в порядке ремиссии; и
- государственный суд, который санкционирует возможность ремиссии, т.е. подтверждает наличие условий о ее необходимости и целесообразности и формирует список ремитированных вопросов, которые должен рассмотреть третейский суд.

Из этого подхода можно вывести следующие практические правила.

*Во-первых*, суд не может направить арбитражное решение арбитрам для исправления недостатков по своей инициативе. Для формирования соответствующего акта о полномочиях необходимо заявление хотя бы одной из сторон<sup>1</sup>. Единственное, что может сделать суд, — это разъяснить сторонам право ходатайствовать о ремиссии<sup>2</sup> или же поставить данный вопрос на обсуждение сторон, чтобы убедиться, что ни одна из них не желает возобновления арбитража<sup>3</sup>.

*Во-вторых*, для формирования указанного акта о полномочиях достаточно заявления одной из сторон, как правило, ответчика по заявлению об отмене арбитражного решения. Если стороны хотят исключить возможность ремиссии, они могут установить в арбитражном соглашении предельный срок для принятия арбитрами решения, по истечении которого третейский суд утратит компетенцию на разрешение спора между сторонами и не сможет рассматривать любые вопросы, включая ремитированные государственным судом<sup>4</sup>.

При этом суд не должен без веских причин использовать механизм ремиссии по ходатайству стороны, которая заявила об отмене решения, поскольку ее истинной целью может быть не исправление того или иного недостатка, а затягивание процесса<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Kinnari Mullick & Anor. v. Ghanshyam Das Damani*, (2018) 11 SCC 328.

<sup>2</sup> Определения Арбитражного суда Алтайского края от 22 мая 2017 г. по делу № А03-2295/2017, от 22 июня 2017 г. по делу № А03-5776/2017; определение Арбитражного суда Ростовской области от 23 июля 2018 г. по делу № А53-19347/18.

<sup>3</sup> Абзац второй п. 55 Постановления № 53; определение Арбитражного суда города Москвы от 7 ноября 2018 г. по делу № А40-203696/18-83-1103.

<sup>4</sup> См., например, § 10(a)(5) Федерального закона об арбитраже (Federal Arbitration Act) США.

<sup>5</sup> *Greenberg S., Fry J.* Op. cit. P. 167.

*В-третьих*, суд должен закрепить условия соответствующего акта о полномочиях в своем судебном акте, определив конкретный список ремигированных вопросов, т.е. недостатков арбитражного решения, которые арбитры вправе исправить. В зарубежной практике уже были случаи, когда третейский суд требовал от сторон предоставить копию судебного акта со списком замечаний к арбитражному решению<sup>1</sup>.

*В-четвертых*, к решению по вопросу ремиссии следует применять те же пределы компетенции государственных судов, которые установлены для решения по вопросу отмены арбитражного решения. Поскольку суд не вправе пересматривать арбитражное решение по существу, он также не должен ставить перед арбитрами вопрос о необходимости изменения выводов, сделанных ими по существу спора<sup>2</sup>.

В качестве иллюстрации: суд может предложить арбитрам рассмотреть важный довод, который был заявлен стороной в арбитраже, однако не получил отражения в арбитражном решении, но не вправе указывать арбитрам, какой именно вывод они должны сделать по данному вопросу, чтобы исключить риск отмены арбитражного решения.

#### *5.1.4. Сроки ремиссии*

Если государственный суд принимает решение о ремиссии, он должен обозначить сторонам срок, в течение которого третейский суд вправе возобновить арбитраж и устранить недостатки в арбитражном решении<sup>3</sup>. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не содержит конкретных сроков и предполагает, что государственный суд определяет их по своему усмотрению, исходя из объема ремигированных вопросов и характера действий, которые необходимо осуществить третейскому суду для исправления дефектов. В зависимости от обстоятельств дела, государственные суды устанавливали сроки ремиссии продолжительностью как в три, так и в 18 месяцев<sup>4</sup>.

Третейская реформа 2016 г. дополнила данное положение, ограничив срок, на который российский суд вправе приостановить

---

<sup>1</sup> *BSM v. BSN and Another Matter*, [2019] SGHC 185.

<sup>2</sup> UNCITRAL 2012 Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration. UN, 2012. P. 165 (para. 162) (доступно в Интернете по адресу: <https://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf>).

<sup>3</sup> Пункт 4 ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

<sup>4</sup> *BSM v. BSN and Another Matter*, [2019] SGHC 185; *The United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 1529.



производство для проведения ремиссии, тремя месяцами<sup>1</sup>. Очевидно, что целью законодателя было избежать злоупотребления процедурой ремиссии и неоправданного затягивания судебного процесса. Примером подобного злоупотребления является дело *ВО «Союзхимэкспорт» против ЕАО «Фармахим холдинг»*. В данном деле Московский городской суд в течение трех лет не возобновлял производство по заявлению об отмене арбитражного решения, хотя арбитры не предпринимали никаких действий для того, чтобы устранить обозначенные судом дефекты<sup>2</sup>.

Между тем новый срок в три месяца является чрезмерно коротким даже по меркам российского арбитража. Третейский суд вряд ли за такое время сможет устранить дефекты арбитражного решения, если для этого потребуется, например, повторно известить стороны, провести повторное устное слушание или назначить другого арбитра. Зарубежные авторы считают установление столь коротких и негибких сроков неудачным подходом, поскольку он лишает арбитров возможности самим исправить недостатки арбитражного решения<sup>3</sup>.

Было бы правильнее рассматривать трехмесячный или иной установленный судом срок как максимальный период времени, в течение которого стороны, арбитражное учреждение и арбитры должны предпринять шаги для возобновления арбитража. Если по истечении данного срока государственный суд убедится, что третейский суд намерен устранить дефекты в арбитражном решении и совершает необходимые для этого действия, но ему требуется дополнительное время для того, чтобы завершить указанную процедуру, государственному суду следует повторно приостановить производство и дождаться результатов ремиссии.

И наоборот, если государственный суд приостановил производство по заявлению об отмене арбитражного решения на максимальный срок в три месяца, но до его истечения третейский суд устранил недостатки или же отказывается заниматься их устранением, сторона арбитража вправе просить государственный суд возобновить производство досрочно<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Часть 5 ст. 420 ГПК РФ, ч. 5 ст. 232 АПК РФ.

<sup>2</sup> Определение ВС РФ от 30 октября 2001 г. № 5-Г01-139.

<sup>3</sup> *Poudret J.-F., Besson S.* Op. cit. Para. 766.

<sup>4</sup> Определение Арбитражного суда Алтайского края от 1 декабря 2016 г. по делу № А03-14926/2016.

## 5.2. Проблемы ремиссии в третейском суде

Ни российское законодательство, ни арбитражные регламенты российских постоянно действующих арбитражных учреждений не содержат положений о том, каким образом третейский суд может рассмотреть ремитированные вопросы и исправить дефекты арбитражного решения<sup>1</sup>. Поэтому именно данная стадия ремиссии вызывает наибольшее число вопросов у практикующих юристов.

### 5.2.1. Применимые правила

Пионером в принятии специальных правил о ремиссии является Международная торговая палата (МТП) (International Chamber of Commerce (далее – *ICC*)). С 2012 г. в Арбитражном регламенте *ICC* есть отдельный пункт о ремиссии. Аналогичные положения постепенно появляются и в регламентах других арбитражных учреждений: например, они есть у Бельгийского центра арбитража и посредничества (Centre belge d'arbitrage et de médiation (далее – *CEPANI*)) и у Венского международного арбитражного центра (Vienna International Arbitral Centre (далее – *VIAC*))<sup>2</sup>.

Положения данных регламентов, посвященные вопросам ремиссии, не содержат подробного описания порядка, согласно которому арбитры должны рассмотреть ремитированные вопросы. Однако они закрепляют базовые принципы такой процедуры:

- арбитражное учреждение примет все необходимые меры, чтобы арбитры могли рассмотреть вопросы, переданные им в рамках ремиссии, в том числе обеспечит депонирование средств на покрытие арбитражных расходов и осуществит иное администрирование данной процедуры;
- к процедуре ремиссии применимы, насколько это возможно, те же нормы арбитражного регламента, которые регулируют основную стадию разрешения спора, включая нормы о порядке вынесения арбитражного решения;
- по результатам ремиссии третейский суд может вынести либо новое арбитражное решение, либо дополнение к предыдущему решению.

Данные положения, несмотря на их лаконичность, информируют стороны и арбитров о наличии процедуры ремиссии и создают ми-

---

<sup>1</sup> Часть 1 ст. 60 Регламента Арбитражного центра при РСПП лишь упоминает возможность возобновления полномочий арбитра при ремиссии.

<sup>2</sup> Статья 36(4) Арбитражного регламента *ICC* 2017 г. (ст. 35(4) Арбитражного регламента *ICC* 2012 г.), ст. 33(6) Арбитражного регламента *CEPANI* 2013 г., ст. 40 Арбитражного регламента *VIAC* (Венских правил) 2018 г.

нимально необходимые условия для ее проведения под эгидой соответствующего арбитражного учреждения. Их можно рекомендовать к использованию сторонами и арбитрами как *best practices*, даже если применимый арбитражный регламент не содержит специальных правил о ремиссии.

### 5.2.2. Состав третейского суда для рассмотрения ремитированных вопросов

Существуют два варианта того, кому государственный суд может поручить исправить недостатки арбитражного решения: это может быть либо тот же состав третейского суда, который вынес соответствующее арбитражное решение, либо новые арбитры, специально назначенные для рассмотрения ремитированных вопросов.

По общему правилу при ремиссии состав третейского суда не изменяется. Это предпочтительно с точки зрения процессуальной экономии: сторонам не нужно тратить время для поиска и назначения новых арбитров, а новым арбитрам не потребуется время для исследования материалов дела<sup>1</sup>. Третейский суд может изучить замечания, сделанные государственным судом, и учесть их при исправлении дефектов в своем решении.

Критики данного подхода отмечают, что прежний состав третейского суда может быть небеспристрастен по вопросу о наличии недостатков в его собственном арбитражном решении и предрасположен к тому, чтобы сохранить его в первоначальной редакции<sup>2</sup>. Однако практика использования ремиссии говорит, скорее, об обратном: в подавляющем большинстве случаев арбитры не вступают в полемику с государственным судом и соглашаются выполнить все его указания<sup>3</sup>. Парадоксально, но можно говорить даже об обратной предрасположенности арбитров: они заинтересованы в том, чтобы избежать риска отмены арбитражного решения, поскольку такая отмена может повлиять на их профессиональную репутацию.

<sup>1</sup> *Riegler St. Op. cit.* P. 239.

<sup>2</sup> *Gessel-Kalinowska vel Kalisz B. UNCITRAL Model Law: Composition of the Arbitration Tribunal Re-considering the Case upon Setting Aside of the Original Arbitration Award // Journal of International Arbitration.* 2017. Vol. 34. Issue 1. P. 30–31 (доступно в Интернете по адресу: <https://gessel.pl/app/uploads/2018/01/joia-340102.pdf>).

<sup>3</sup> См., например: *BSM v. BSN and Another Matter*, [2019] SGHC 185; *Stockman Interhold SA v. Arricano Real Estate Plc*, [2017] EWHC 2909 (Comm.).

Между тем в определенных случаях участие прежних арбитров невозможно. Например, это может быть вызвано тем, что дефект, который подлежит исправлению в рамках ремиссии, связан с нарушением порядка формирования состава третейского суда или сомнениями в беспристрастности и независимости арбитров<sup>1</sup>. Кроме того, кто-то из арбитров может оказаться физически недоступен для участия в процедуре ремиссии или отказаться принимать в ней участие по личным причинам.

Российские правоведаы придерживаются консервативной точки зрения, что, если предыдущий состав третейского суда не может рассмотреть вопрос об исправлении недостатков арбитражного решения, ремиссия является нецелесообразной, поскольку участие в ней новых арбитров вызовет только бóльшие сложности<sup>2</sup>. В таком случае более простым и предпочтительным способом разрешения возникшей ситуации называют отмену арбитражного решения и повторное обращение сторон в третейский суд за разрешением спора<sup>3</sup>.

Если обратиться к зарубежному опыту, то там известных случаев ремиссии с участием новых арбитров практически нет<sup>4</sup>. Однако иностранные суды допускают в своих рассуждениях возможность формирования нового состава третейского суда в рамках возобновленного арбитража<sup>5</sup>. В литературе отмечается, что изменение состава третейского суда не должно привести к нарушению прав одной из сторон, поскольку цель ремиссии — исправить те или иные ошибки в решении, а не пересмотреть весь спор целиком<sup>6</sup>.

По мнению автора, необходимость формирования нового состава третейского суда не должна сама по себе приводить к невозможности использования ремиссии. Целесообразность ремиссии в данном случае следует рассматривать с применением общего критерия экономии времени и расходов.

---

<sup>1</sup> *Fleetwood Wanderers Ltd. (t/a Fleetwood Town Football Club) v. AFC Fylde Ltd.*, [2018] EWHC 3318 (Comm.).

<sup>2</sup> Хвалей В.В. Новое законодательство об арбитраже: жить стало лучше, жить стало веселее // Закон. 2016. № 5 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>3</sup> Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017. Гл. 15, § 9 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>4</sup> Редкое исключение — дело *Miller Construction Ltd. v. James Moore Earthmoving* ([2000] EWHC Technology 52).

<sup>5</sup> *BLC & Ors. v BLB & Anor.*, [2014] SGCA 40; *K & Ors. v. P & Ors.*, [2019] EWHC 589 (Comm.).

<sup>6</sup> *Riegler St.* Op. cit. P. 240.

### 5.2.3. Пределы мандата арбитров в рамках ремиссии

Мандат третейского суда на стадии ремиссии вытекает не только из арбитражного соглашения, но и из своеобразного *акта о полномочиях*, содержащегося в решении государственного суда о ремиссии. Соответственно, полномочия арбитров на данной стадии не идентичны полномочиям по разрешению спора, предоставленным им в начале третейского разбирательства, и ограничиваются изучением и исправлением недостатков арбитражного решения, на которые указал государственный суд в таком акте о полномочиях<sup>1</sup>.

Поэтому по общему правилу третейский суд должен рассматривать вопрос исправления лишь тех ошибок и дефектов, которые ранее обозначил государственный суд при вынесении решения о ремиссии. В противном случае арбитры выйдут за пределы своего мандата<sup>2</sup>.

Определенную сложность составляют ситуации, при которых исправление той или иной ошибки, ранее обозначенной государственным судом, может повлечь за собой необходимость исправления последующих ошибок или пересмотр иных выводов, содержащихся в арбитражном решении. Например, в одном деле суд ремитировал арбитрам вопрос расторжения договора, который они не рассмотрели надлежащим образом в своем арбитражном решении. Третейский суд пришел к выводу о неправомерности расторжения договора и был вынужден также рассмотреть вопрос об убытках, причиненных таким расторжением, в том числе возникших после даты изначального арбитражного решения. Естественно, что в подобном случае исследование нового вопроса об убытках следует признать допустимым и входящим в мандат третейского суда<sup>3</sup>.

Чтобы избежать споров о пределах мандата арбитров, государственному суду следует четко обозначать границы возможного пересмотра арбитражного решения в своем судебном акте и указывать на допустимость исследования и других вопросов, затронутых в арбитражном решении, если это потребуется в результате исправления ошибки. Например, суды Сингапура предлагают указывать, что «мандат [тре-

<sup>1</sup> *Carter (t/a Michael Carter Partnership) v. Harold Simpson Associates (Architects) Ltd. (Jamaica)*, [2004] UKPC 29.

<sup>2</sup> *L W Infrastructure Pte. Ltd. v. Lim Chin San Contractors Pte. Ltd.*, [2014] 1 SLR 1221; *Glencore International AG v. Beogradska Plovidba (The "Avala")*, [1996] 2 Lloyd's Rep. 311 (QB); *Domino Group, Inc. v. Charlie Parker Memorial Found.*, 985 F.2d 417 (8th Cir. 1993).

<sup>3</sup> *Stockman Interhold SA v. Arricano Real Estate Plc.*, [2017] EWHC 2909 (Comm.).

тейского суда] возобновляется в той степени, в какой это необходимо для того, чтобы исправить [арбитражное решение]»<sup>1</sup>.

Следует также добавить, что в юрисдикциях, где принята за основу германская модель ремиссии, при которой суд принимает решение сначала об отмене арбитражного решения, а затем о ремиссии, действует иной подход. Поскольку арбитражное решение уже прекратило свое действие, третейский суд не связан какими-либо рамками и должен заново разрешить дело целиком, учитывая замечания государственного суда к его предыдущему решению<sup>2</sup>.

#### 5.2.4. Форма акта третейского суда по результатам ремиссии

Наибольшее количество споров на круглом столе в СПбГУ вызвал вопрос о том, в какой форме третейскому суду следует исправить недостатки, обозначенные государственным судом. В российской доктрине и судебной практике встречаются два подхода к форме соответствующего акта третейского суда:

- согласно первому подходу, по результатам ремиссии третейский суд выносит новое арбитражное решение, которое фактически отменяет действие прежнего арбитражного решения<sup>3</sup>. Предыдущее арбитражное решение формально не теряет свою силу, но не применяется ввиду наличия нового арбитражного решения. Государственный суд также может продолжить рассмотрение заявления об отмене арбитражного решения и вынести судебный акт по вопросу его отмены<sup>4</sup>;

- согласно второму подходу, суд выносит постановление о внесении изменений или об изложении арбитражного решения в новой

---

<sup>1</sup> *L W Infrastructure Pte. Ltd. v. Lim Chin San Contractors Pte. Ltd.*, [2014] 1 SLR 1221.

<sup>2</sup> *Lachmann J.-P.* Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis. 3. Aufl. Otto Schmidt, 2008. Rn. 2393.

<sup>3</sup> Определение Арбитражного суда Алтайского края от 10 мая 2017 г. по делу № А03-14926/2016; определение Арбитражного суда Удмуртской Республики от 25 декабря 2017 г. по делу № А71-9806/2017; определение Арбитражного суда Ростовской области от 11 января 2019 г. по делу № А53-19347/2018; постановление АС Уральского округа от 20 февраля 2018 г. № Ф09-652/18 по делу № А07-1154/2017; апелляционное определение Томского областного суда от 12 декабря 2017 г. по делу № 33-4035/2017.

<sup>4</sup> *Грешников И.П.* Понятие и общая характеристика решения международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж и вопросы частного права: Сборник статей / Сост. и отв. ред. И.П. Грешников. 2-е изд., перераб. и доп. (СПС «КонсультантПлюс»).

редакции<sup>1</sup>. Таким образом, юридическая сила нового постановления полностью поглощается (абсорбируется) действующим арбитражным решением<sup>2</sup>.

Интересно, что в одном и том же научном издании можно встретить сразу обе точки зрения, высказанные разными авторами в разных его главах<sup>3</sup>.

С практической точки зрения, несмотря на активное обсуждение данного вопроса в науке, разница в формах акта третейского суда, принятого по результатам ремиссии, невелика. Стороны будут обязаны руководствоваться прежде всего вновь принятым актом третейского суда, независимо от того, является ли он изменением прежнего арбитражного решения или новым арбитражным решением.

По этой причине законодательство иностранных юрисдикций не содержит каких-либо требований к форме такого акта третейского суда<sup>4</sup>. Регламенты иностранных арбитражных учреждений, регулирующие процедуру ремиссии, также не придерживаются какого-либо определенного подхода к этому вопросу и разрешают арбитрам вынести по результатам рассмотрения ремитированных вопросов как дополнительное постановление (*addendum*) к предыдущему решению, так и новое арбитражное решение<sup>5</sup>.

### 5.2.5. Вправе ли третейский суд не согласиться с ремиссией?

Формально третейский суд не связан выводами государственного суда и не обязан следовать его указаниям и исправлять обозначенные недостатки арбитражного решения<sup>6</sup>. Никаких санкций за это в отно-

<sup>1</sup> Определения Арбитражного суда города Москвы от 12 апреля 2019 г. по делу № А40-203696/18-83-1103, от 8 августа 2013 г. по делу № А40-13334/13.

<sup>2</sup> Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. Гл. 15, § 9.

<sup>3</sup> Международный коммерческий арбитраж: Учебник / Науч. ред.: О.Ю. Скворцов, М.Ю. Савранский, Г.В. Севастьянов; Отв. ред. Т.А. Лунаева. 2-е изд., перераб. и доп. СПб.: АНО «Редакция журнала «Третейский суд»; М.: Статут, 2018. П. 18.5.6 (автор — И.П. Грешников), П. 20.2 (автор — С.А. Курочкин).

<sup>4</sup> Исключение составляет ст. 1065а(3) ГПК Нидерландов, согласно которой третейский суд в рамках ремиссии выносит именно новое арбитражное решение, которое заменяет прежнее решение.

<sup>5</sup> Статья 36(4) Арбитражного регламента ICC 2017 г., ст. 33(6) Арбитражного регламента CEPANI 2013 г.

<sup>6</sup> *Sans Souci Ltd. v. VRL Services Ltd. (Jamaica)*, [2012] UKPC 6.

шении арбитров закон не предусматривает, помимо риска того, что в таком случае государственный суд, вероятнее всего, отменит арбитражное решение.

Между тем не стоит забывать, что ремиссия — это институт взаимодействия государственных и третейских судов, предполагающий обоюдное сотрудничество между арбитрами и судьями по вопросу отмены арбитражного решения. Поэтому государственному суду не следует автоматически отменять арбитражное решение, если третейский суд отказался исправлять обозначенные дефекты, и стоит прислушаться к мнению арбитров по данному вопросу.

Так, в зарубежной практике был случай, когда государственный суд направил арбитражное решение третейскому суду для исправления недостатков, однако тот в ответ написал подробное обоснование для государственного суда, почему ремиссия в данном случае недопустима. В результате государственный суд согласился с арбитрами и пересмотрел свое собственное решение<sup>1</sup>.

Аналогичная ситуация однажды возникла и в практике МКАС при ТПП РФ. Российский суд вернул коллегии арбитров МКАС при ТПП РФ арбитражное решение с указанием на ненадлежащее уведомление иностранного лица — ответчика по делу. Коллегия арбитров изучила данный вопрос, в том числе положения иностранного законодательства о доверенности, и пришла к выводу, что ответчик был надлежащим образом извещен через своего надлежащим образом уполномоченного представителя. В результате арбитражное решение сохранило свою силу, а постановление МКАС при ТПП РФ по вопросам ремиссии оказалось в два раза больше по объему решения по существу спора<sup>2</sup>.

## 6. Заключение

В целом ремиссию в арбитраже (как, впрочем, и в иных областях науки) можно, несмотря на ее критику, охарактеризовать скорее как положительное, чем отрицательное явление. Успешное взаимодействие государственных и третейских судов в рамках этой процедуры

---

<sup>1</sup> *The United Mexican States v. Metalclad Corp.*, 2001 BCSC 1529.

<sup>2</sup> Практика разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде: сегодняшний день и перспективы: Интервью с А.С. Комаровым (7 мая 2009 г.) (<http://www.garant.ru/interview/10307/>) (судебные акты по данному делу отсутствуют в свободном доступе).



позволяет сохранить действительность арбитражного решения и минимизировать временные и финансовые затраты сторон на повторное рассмотрение дела. При этом проблемы ремиссии, связанные с ее сложной правовой конструкцией, имеют свои способы решения, что подтверждает иностранный опыт применения данного института.

Приведенные в статье решения можно использовать при подготовке проекта разъяснений для российских судов о процедуре ремиссии, а также при написании проекта положений о ремиссии для включения их в арбитражные регламенты российских постоянно действующих арбитражных учреждений.

## **В ПОИСКАХ БАЛАНСА МЕЖДУ НАДЛЕЖАЩЕЙ ПРОЦЕДУРОЙ, ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ЭФФЕКТИВНОСТЬЮ И АВТОНОМИЕЙ ВОЛИ СТОРОН: НА ПРИМЕРЕ ОСОБЕННОСТЕЙ СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА**

**Н.Н. Кислякова,**  
юрист адвокатского бюро «КИАП»,  
соискатель кафедры международного частного  
и гражданского права МГИМО МИД России

*В настоящей статье автор ставит задачу определить, какие ограничения автономии воли сторон существуют в силу прямого указания на это в регламенте Спортивного арбитражного суда, какие ограничения сложились на практике, будучи нигде не закрепленными, и какие аналогичные ограничения автономии воли существуют в рамках ускоренных процедур в международном коммерческом арбитраже.*

*Через описание особенностей Спортивного арбитражного суда предпринимается попытка ответить на глобальный концептуальный вопрос, допустимо и обоснованно ли жертвовать автономией воли сторон в пользу скорости и эффективности, а также где находится оптимальный баланс между эффективностью, надлежащим процессом и интересами сторон.*

*Также в статье анализируется вопрос возможных последствий и рисков существования указанных ограничений в пользу эффективности и скорости.*

*Ключевые слова: автономия воли сторон; надлежащая процедура арбитража; эффективность процесса разрешения спора; Спортивный арбитражный суд; ускоренная процедура.*



# IN SEARCH OF A BALANCE BETWEEN DUE PROCESS, PROCEDURAL EFFICIENCY AND PARTY AUTONOMY: THE EXAMPLE OF THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT

NATALIA KISLIAKOVA,  
Associate at *KIAP* Attorneys at Law,  
Ph.D. Student of the Department of Private International  
and Civil Law, MGIMO University

*In the following article the author makes an attempt to determine, which restrictions of the party autonomy exist based on the CAS procedural rules, which restrictions follow from the precedents without special regulations in the rules and which similar restrictions of party autonomy exist in expedited proceedings within international commercial arbitration.*

*Through description of several specific features of the Court of Arbitration for Sport we try to answer to the global question, whether it is reasonable and allowed to sacrifice party autonomy for the sake of speed and procedural efficiency, as well as where the best balance between efficiency, due process and interests of the parties exists.*

*The issue of the possible consequences and risks of such restrictions is also covered by the article.*

*Keywords: party autonomy; due process; procedural efficiency; Court of Arbitration for Sport; expedited proceedings.*



Все участники арбитража (арбитры, стороны и арбитражные институты) все чаще опасаются того, что если при ведении разбирательства будет иметь место нарушение баланса интересов сторон и так называемой надлежащей процедуры разбирательства (нарушение *due process*), то решение может быть отменено, либо будет отказано в его

исполнении. Такую тенденцию называют в последнее время паранойей надлежащей процедуры (*due process paranoia*)<sup>1</sup>. В то же время излишняя осторожность приводит к тому, что коллегия арбитров боится ограничивать стороны в их процессуальных правах — стороны начинают допускать злоупотребления (так называемые *guerilla tactics*)<sup>2</sup>, представлять все новые необоснованные процессуальные ходатайства, а сроки вынесения арбитражного решения при этом необоснованно затягиваются.

Глобальный вопрос нахождения баланса между надлежащей процедурой арбитража, автономией воли сторон и процессуальной эффективностью имеет различные возможные решения. В последнее время намечается тенденция более подробного регламентирования различных аспектов применимыми процессуальными правилами, которые становятся все детальнее и многочисленнее. Однако такое решение не является панацеей.

Спортивный арбитражный суд (Court of Arbitration for Sport (CAS) / Tribunal Arbitral du Sport (TAS)) (далее — *CAS*) в Лозанне, пожалуй, самый яркий пример института, максимально ограничивающего автономию воли, арбитрам которого чужда паранойя надлежащей процедуры.

## **1. Примеры ограничения автономии воли, предусмотренные Регламентом *CAS*<sup>3</sup>**

Среди основных примеров ограничения автономии воли сторон Регламентом *CAS* можно выделить ограничения возможности представления письменных доказательств, представления показаний свидетелей и экспертов, назначения арбитра не из списка, свободного выбора места арбитража, заявления ходатайств об обеспечительных мерах. Следует оговориться, что в *CAS* существует несколько процедур,

---

<sup>1</sup> *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. Vol. 32. Issue 3. P. 415–435. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020>

<sup>2</sup> *Mohtashami R.* Towards Procedural Predictability in International Arbitration: Confronting Guerrilla Tactics // *Austrian Yearbook on International Arbitration*. 2017. P. 105–114.

<sup>3</sup> Процессуальный регламент *CAS*, являющийся составной частью Кодекса спортивного арбитража (Code of Sports-related Arbitration / Code de l'arbitrage en matière de sport), для удобства в настоящей статье именуется Регламентом *CAS*.

и некоторые из предусмотренных Регламентом CAS ограничений касаются не всех из них, а только апелляционной процедуры.

### **1.1. Ограничение в части возможности представления письменных доказательств**

Регламент CAS предусматривает два основных ограничения в части возможности представления письменных доказательств:

- 1) невозможность представления новых доказательств, если они были доступны еще на первом раунде обмена документами;
- 2) невозможность представления доказательств в рамках апелляционной процедуры, если они были доступны на этапе рассмотрения спора в спортивной организации (на решение которой подается жалоба в CAS).

В CAS достаточно строгие правила представления доказательств: в соответствии со ст. R44.1 и R56 Регламента CAS после первого раунда обмена письменными пояснениями каким-либо образом дополнить их доказательствами уже практически невозможно. Более того, как это следует из практики, нельзя «зарезервировать» возможность представить доказательства впоследствии<sup>1</sup>. В соответствии с Регламентом CAS представление новых, дополнительных доказательств возможно только при условии наличия «исключительных обстоятельств». При этом Регламент CAS не разъясняет, что конкретно к ним относится. Из практики CAS следует, что поздняя подача новых доказательств должна быть обоснована<sup>2</sup>; кроме того, они должны подтверждать уже заявленные ранее аргументы<sup>3</sup>.

Помимо описанного ограничения в части представления письменных доказательств Регламентом CAS предусмотрено еще одно. В соответствии с абзацем третьим ст. R57 Регламента CAS у коллегии арбитров в рамках апелляционной процедуры есть право отказаться принимать доказательства, если эти доказательства были доступны

<sup>1</sup> *KSV Cercle Brugge v. FC Radnicki*, CAS 2011/A/2681, Award (19 September 2012) (<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2681.pdf>).

<sup>2</sup> *Данилевич А.С., Ольховка Ф.К.* Роль исключительных обстоятельств при разрешении споров в Спортивном арбитражном суде // Третейский суд. 2016. № 2/3. С. 163–170; *La Rochefoucauld E. de*. The Taking of Evidence before the CAS // CAS Bulletin. 2015. Issue 1. P. 30 (доступно в Интернете по адресу: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2015\\_1\\_internet3.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2015_1_internet3.pdf)).

<sup>3</sup> *Mavromati D., Reeb M.* The Code of the Court of Arbitration for Sport: Commentary, Cases and Materials. Kluwer Law International, 2015. P. 498.

на стадии рассмотрения дела в рамках спортивной организации, на решение которой подается жалоба. Данное положение существует с 2013 г. и вызывает критику<sup>1</sup>. Однако нельзя не отметить, что коллегия арбитров не запрещается принимать новые доказательства — данный вопрос оставлен на усмотрение арбитров; отказ принимать доказательства является их правом, а не обязанностью<sup>2</sup>. В то же время ст. R57 Регламента CAS прямо не устанавливает, на ком лежит бремя доказывания того факта, что ранее доказательства не были доступны. Регламент CAS также не дает ответа на вопрос о том, должна ли коллегия арбитров автоматически или только по заявлению противоположной стороны проверять доказательства на соответствие ст. R57.

Вопрос соответствия данного положения Регламента CAS публичному порядку проверялся Федеральным (Верховным) судом (Bundesgericht / Tribunal fédéral) Швейцарии, и Суд пришел к выводу о том, что основания для отмены решения CAS отсутствуют: отказ исследовать доказательства не представляет собой нарушение<sup>3</sup>.

В то же время даже в «Бюллетене CAS», в котором публикуются самые релевантные решения и комментарии, сказано, что ст. R57 теоретически идет вразрез с п. “d” абз. 2 ст. 190 Закона о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)) Швейцарии. В соответствии с указанным положением основанием для отмены арбитражного решения является нарушение равенства сторон или их права быть заслушанными в состязательном процессе, что непосредственно связано с вопросом исследования доказательств<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> *Arroyo M.* Arbitration in Switzerland: The Practitioner’s Guide. Kluwer Law International, 2013. P. 1036; *Mavromati D.* The Panel’s Right to Exclude Evidence Based on Article 57 Para. 3 CAS Code: A Limit to CAS’ Full Power of Review? // CAS Bulletin. 2014. Issue 1. P. 50 (доступно в Интернете по адресу: [https://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulleting\\_2014-1\\_revised.pdf](https://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulleting_2014-1_revised.pdf)).

<sup>2</sup> *MFK Dubnica v. FC Parma*, CAS 2014/A/3486, Award (2 February 2015) (<https://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3486.pdf>), para. 53; см. также: *La Rochefoucauld E. de*. Op. cit. P. 38.

<sup>3</sup> BGer 4A\_386/2010 vom 03.01.2011 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110103\\_4A\\_386-2010.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110103_4A_386-2010.html)); перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/3%20janvier%202011%204A%20386%202010.pdf>).

<sup>4</sup> *Mavromati D.* The Panel’s Right to Exclude Evidence Based on Article 57 Para. 3 CAS Code: A Limit to CAS’ Full Power of Review? P. 53–54.

## **1.2. Ограничение в возможности представлять свидетелей и экспертов**

В соответствии со ст. R44.1, R51 Регламента CAS список свидетелей и экспертов подается заранее – впоследствии его невозможно дополнить либо скорректировать.

Например, известным спортсменкам Л. Лазутиной и О. Даниловой отказали в возможности привлечь эксперта, так как он был заявлен слишком поздно; попытка оспорить решение CAS на этом основании со ссылкой на нарушение принципа равного отношения к сторонам не привела к успеху<sup>1</sup>.

Данный подход судов Швейцарии не только подвергается критике в литературе<sup>2</sup>, но в других условиях мог бы привести к отмене арбитражного решения ввиду того, что стороне отказали в возможности представить доказательства, как это было, например, в деле *ICSID № ARB/03/25*<sup>3</sup>.

В другом деле<sup>4</sup> коллегия арбитров отклонила заявленное стороной ходатайство о вызове свидетеля. Заявитель получил возможность ознакомиться с объемными пояснениями противоположной стороны и показаниями экспертов только за несколько дней до начала слушания; он хотел представить возражения на новые аргументы, однако ему отказали в этой возможности. По мнению заявителя, в целях обеспечения равенства сторон арбитры должны были либо согласиться заслушать свидетеля, либо исключить из материалов дела письменные пояснения экспертов противоположной стороны. Так как ни то, ни другое сделано не было, тем самым, по мнению заявителя, было нарушено его право представить свою позицию по делу, а также принцип равного

<sup>1</sup> АТЕ 129 III 445 (доступно в Интернете по адресу: [http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F129-III-445%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-445%3Ade&lang=de&type=show_document); перевод на русский язык: Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4(8). С. 139–160).

<sup>2</sup> *Scherer M.* Calling a Witness (Too) Late in the Proceedings (15 September 2011) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/09/15/calling-a-witness-too-late-in-the-proceedings/>).

<sup>3</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on the Application for Annulment of Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide (23 December 2010) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0341.pdf>).

<sup>4</sup> BGer 4A\_162/2011 vom 20.07.2011 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110720\\_4A\\_162-2011.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/110720_4A_162-2011.html); перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20juillet%202011%204A%20162%202011.pdf>).

отношения к сторонам. В этой связи заявителем была предпринята попытка отменить соответствующее арбитражное решение, однако Федеральный (Верховный) суд Швейцарии указал, что не видит процессуальных нарушений.

### **1.3. Ограничение в части возможности назначить арбитра не из списка**

Особенностью CAS является закрытый список арбитров. Это значит, что лицо может быть назначено арбитром только в том случае, если оно указано в утвержденном списке арбитров. Список арбитров формируется Международным спортивным арбитражным советом (International Council of Arbitration for Sport) каждые четыре года. Список арбитров (для обычной и апелляционной процедур) насчитывает 400 человек<sup>1</sup>, что существенно ограничивает выбор сторон.

Это положение давно вызывает дискуссии: одни авторы (например, С. Штеблер) говорят о том, что закрытый список арбитров гарантирует высокое качество выносимых решений<sup>2</sup>, в то время как другие (например, С. Нетцле, С. Горбылев) являются сторонниками свободного выбора, без утвержденного списка<sup>3</sup> и критикуют CAS за ограничение «фундаментальной свободы в выборе арбитра»<sup>4</sup>. Г. Борн отмечает, что система закрытого списка арбитров — пережиток прошлого, не соответствует интересам сторон и не может способствовать реализации цели улучшения качества решений<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Mavromati D.* The Legality of the Arbitration Agreement in Favor of CAS under German Civil and Competition Law: The Pechstein Ruling of the German Federal Tribunal (BGH) of 7 June 2016 // CAS Bulletin. 2016. Issue 1. P. 40 (доступно в Интернете по адресу: [http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Bulletin\\_2016\\_1.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Bulletin_2016_1.pdf)).

<sup>2</sup> *Stebler S.* Court of Arbitration for Sport (CAS) // Institutional Arbitration: Tasks and Powers of Different Arbitration Institutions / P. Gola, C. Götz Staehelin, K. Graf (eds.). Sellier; Schulthess, 2009. P. 268.

<sup>3</sup> *Netzle St.* Das Internationale Sport-Schiedsgericht in Lausanne: Zusammensetzung, Zuständigkeit und Verfahren // Sportgerichtsbarkeit (= Recht und Sport. Bd. 22) / V. Röhrich (Hg.). Boorberg, 1997. S. 9.

<sup>4</sup> *Gorbylev S.* A Short Story of an Athlete: Does He Question Independence and Impartiality of the Court of Arbitration for Sport? // International Sports Law Journal. 2013. Vol. 13. Issue 3-4. P. 294–298.

<sup>5</sup> *Born G.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2014. Vol. II. Ch. 12. Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration. P. 1752.



Следует отметить, что из списка арбитров регулярно назначаются только 15%<sup>1</sup>, что свидетельствует о том, что фактически круг арбитров является крайне узким. Более того, список арбитров формируется спортивными организациями, в то время как спортсмены не принимают участия в его формировании<sup>2</sup>. В Цюрихе весной 2018 г. обсуждался вопрос о том, достаточно ли широк круг арбитров, чтобы (все еще) оправдывать закрытость списка<sup>3</sup>.

Стороны регулярно предпринимают попытки отменить решение CAS на основании отсутствия у них возможности назначения не включенного в список арбитра. Однако еще ни разу такие попытки не увенчались успехом<sup>4</sup>.

В то же время CAS не единственный арбитражный институт с закрытым перечнем арбитров. Так, например, в МАС при БелТПП для внутренних споров список арбитров также является закрытым: «Для разрешения споров между субъектами Республики Беларусь в качестве арбитра может быть назначено только лицо, включенное в рекомендательный список арбитров»<sup>5</sup>.

Стоит отметить, как обстоит ситуация в российских национальных спортивных арбитражных институтах: так, в п. 3 ст. 6 Регламента прежде действовавшего при ТПП РФ Спортивного арбитража было указано, что «[с]тороны могут... избрать арбитров из лиц, не включенных в Список»<sup>6</sup>; равным образом из Правил арбитража спортивных споров МКАС при ТПП РФ (являющегося правопреемником Спортивного

<sup>1</sup> *Hofmann K.* Zur Notwendigkeit eines institutionellen Sportschiedsgerichtes in Deutschland: Eine Untersuchung der nationalen Sportgerichtsbarkeit unter besonderer Beachtung der §§1025 ff. ZPO (= Sportrecht in Forschung und Praxis. Bd. 4). Kovač, 2009. S. 236.

<sup>2</sup> *Юрлов С.А.* Разрешение спортивных споров: вопросы теории и практики: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 89–90 (доступно в Интернете по адресу: <http://dissovet.rudn.ru/web-local/prep/rj/dis/download.php?file=4f97b269d558f923511975a0b5e43b2125078>); *Он же.* Анализ некоторых положений законопроекта № 1971537-6 «О внесении изменений в Федеральный закон «О физической культуре и спорте» (в части спорта высших достижений и профессионального спорта) // Спорт: экономика, право, управление. 2017. № 1. С. 37.

<sup>3</sup> GAR Live Zurich (<http://gar.live/zurich2018>).

<sup>4</sup> *Hofmann K.* Op. cit. S. 235.

<sup>5</sup> Часть вторая п. 3 ст. 5 Регламента МАС при БелТПП (утв. Постановлением Президиума Белорусской торгово-промышленной палаты от 17 марта 2011 г.) (в ред. с изм. и доп. от 10 ноября 2017 г.) (<https://iac.by/регламент>).

<sup>6</sup> См. также: *Чубаров В.В.* К теории и практике спортивного арбитража // Основные проблемы частного права: Сборник статей к юбилею доктора юридических наук,

арбитража при ТПП РФ) не вытекает обязанность сторон назначать арбитра из рекомендованного списка. В то же время в «тексте дополнительно рекомендуемого прямого соглашения» получившего относительно недавно статус постоянно действующего арбитражного учреждения Национального центра спортивного арбитража при АНО «Спортивная Арбитражная Палата» указано, что «[с]тороны прямо соглашаются, что арбитры для разрешения спора выбираются (назначаются) только из рекомендованного списка арбитров»<sup>1</sup>.

На наш взгляд, соответствующее положение не случайно включено в текст рекомендованного соглашения. Если бы данное ограничение содержалось непосредственно в регламенте, то оно бы прямо противоречило ч. 1 ст. 47 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже), которая предусматривает, что «запрещается обуславливать избрание арбитров сторонами арбитража их принадлежностью к списку рекомендованных арбитров, если иное прямо не согласовано сторонами». Иными словами, такое ограничение могут установить только сами стороны в своем арбитражном соглашении.

#### ***1.4. Ограничение возможности выбрать место арбитража***

Выбор места арбитража (seat of arbitration) в международном арбитраже – принципиальный вопрос, ведь именно право места арбитража подлежит применению при решении ряда процессуальных вопросов, и именно суды страны места арбитража обладают компетенцией на рассмотрение заявлений об отмене арбитражных решений.

Регламент CAS ограничивает фундаментальное право сторон на выбор места арбитража: в его ст. R28 предусмотрено, что местом арбитража во всех случаях является Швейцария, г. Лозанна. Даже тогда, когда слушания фактически проходят в других местах (например, при проведении Олимпийских игр), Швейцария остается местом арбитража вне зависимости от того, где фактически осуществляется разбирательство<sup>2</sup>.

---

профессора Александра Львовича Маковского / Отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М.: Статут, 2010. С. 362.

<sup>1</sup> Регламент арбитража споров в профессиональном спорте и спорте высших достижений ([https://minjust.ru/sites/default/files/reglament\\_arbitrazha\\_sporov\\_v\\_professionalnom\\_sporte\\_i\\_sporte\\_vysshih\\_dostizheniy.pdf](https://minjust.ru/sites/default/files/reglament_arbitrazha_sporov_v_professionalnom_sporte_i_sporte_vysshih_dostizheniy.pdf)). С. 6.

<sup>2</sup> International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners / G. Kaufmann-Kohler, B. Stucki (eds.). Kluwer Law International; Schulthess, 2004. P. 199–200;

Последствием расположения места арбитража в Лозанне является то, что правом рассматривать заявления об отмене решений CAS обладает только Федеральный (Верховный) суд Швейцарии. Преобладающее мнение относит такую особенность к преимуществам, так как за счет этого обеспечиваются более единообразные подходы ко всем правовым вопросам<sup>1</sup>.

### **1.5. Ограничение в части процессуальных возможностей заявления ходатайств об обеспечительных мерах**

В соответствии со ст. R37 Регламента CAS не допускается обращение в государственные суды за обеспечительными мерами: «...стороны прямо отказываются от своих прав заявлять такие ходатайства в государственные органы и суды» (абзац третий).

При этом такое исключение юрисдикции государственных судов противоречит нормам многих, в том числе соседних со Швейцарией, стран, например Германии<sup>2</sup> и Австрии<sup>3</sup>. Однако право Швейцарии

---

*Blessing M.* 11. Ad hoc Arbitration and Institutional Arbitration in Switzerland // *International Arbitration in Switzerland: An Introduction and Commentary on Articles 176–194 of the Swiss Private International Law Statute / St.V. Berti, H. Honsell, N.P. Vogt, A.K. Schnyder (eds.)*. Helbing & Lichtenhahn; Kluwer Law International. P. 276–277; *Vetter M.* The CAS An Arbitral Institution with its Seat in Switzerland // *Sports Law eJournal*. 2008. Vol. 1. Issue 1. P. 3 (<https://slej.scholasticahq.com/article/6389-the-cas-an-arbitral-institution-with-its-seat-in-switzerland>); *Truttmann A., Segesser G. von.* Ch. 12. Swiss and Swiss-based Arbitral Institutions // *International Arbitration in Switzerland: A Handbook for Practitioners / E. Geisinger, N. Voser, A.M. Petti (eds.)*. 2<sup>nd</sup> ed. Kluwer Law International, 2013. P. 296–297, 300; *Kantor E.* Performance-Enhanced Arbitration? The CAS Ad Hoc Division (27 August 2012) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/08/27/performance-enhanced-arbitration-the-cas-ad-hoc-division/>).

<sup>1</sup> *Беляев С.А.* Актуальные вопросы международного спортивного арбитража (по материалам семинара Спортивного арбитражного суда в г. Дивонн-ле-Бен) (окончание) // *Третейский суд*. 2005. № 6 (42). С. 59.

<sup>2</sup> *Martens D.-R.* Übernahme von Dopingsperren anderer Verbände. OLG München: 26.10.2000 U (K) 3209/00 // *Zeitschrift für Sport und Recht (SpuRt)*. 2001. Heft 2. S. 64–65; *Walther F.* Vorläufiger Rechtsschutz durch Schiedsgerichte // *The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport: CAS & FSA/SAV Conference Lausanne 2006 / A. Rigozzi, M. Bernasconi (eds.)*. Schulthess; Weblaw, 2009. P. 127; LG Berlin, 06.02.2006 – 5 O 39/06 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/lg-berlin-az-5-o-39-06-datum-2006-02-06-id836?>).

<sup>3</sup> *Schwarz F.T., Konrad Chr.W.* The Vienna Rules: A Commentary on International Arbitration in Austria. Kluwer Law International, 2009. Art. 22. Interim Measures of Protection. P. 580–582; *Oberhammer P.* Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (= Veröffentlichungen des Ludwig Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen. Bd. 27). Manz, 2002. S. 60.

допускает исключение компетенции государственных судов в вопросах принятия обеспечительных мер<sup>1</sup>.

## 2. Примеры ограничения автономии воли сторон и нарушения *due process* в случаях, прямо не предусмотренных Регламентом CAS

Согласно практике CAS, коллегия арбитров может ограничить процессуальные права сторон в интересах эффективности и скорости не только тогда, когда это прямо предусмотрено Регламентом CAS.

Одна из наиболее часто встречающихся ситуаций, в которых применяются такие ограничения, — это использование доказательств, полученных незаконным путем.

В делах CAS 2014/A/3625, CAS 2013/A/3297, CAS 2009/A/1879, CAS 2011/A/2425, CAS 2011/A/2426<sup>2</sup> арбитры указывали, что, даже если бы доказательства были недопустимы в государственном гражданском или уголовном суде, это не лишает третейский суд права учитывать такие доказательства. Их использование признается не противоречащим основам *due process* и публичному порядку<sup>3</sup>. При этом Федеральный (Верховный) суд Швейцарии не видит оснований для отмены таких решений CAS, при вынесении которых использовались доказательства, полученные незаконным путем (например, в результате использования прослушки и хакерского взлома)<sup>4</sup>. В одном из своих

<sup>1</sup> *Walther F.* Op. cit. S. 124; *Roth H.* Der vorsorgliche Rechtsschutz im internationalen Sportrecht // *Einstweiliger Rechtsschutz im internationalen Sport / Preliminary Remedies in International Sports Law / U. Scherrer* (Hg.). Schulthess, 1999. S. 40.

<sup>2</sup> *Sivasspor Kulübü v. UEFA*, CAS 2014/A/3625, Award (3 November 2014) ([http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS\\_CAS\\_ULTIMO/149.pdf](http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS_CAS_ULTIMO/149.pdf)); *Football Club Metalist v. UEFA & PAOK FC*, CAS 2013/A/3297, Arbitral Award (29 November 2013) ([https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/CASdecisions/02/47/24/25/2472425\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/uefaorg/CASdecisions/02/47/24/25/2472425_DOWNLOAD.pdf)); *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano*, CAS 2009/A/1879, Arbitral Award (16 March 2010) ([https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/cas\\_2009\\_a\\_1879\\_valverde\\_v\\_coni\\_en\\_0.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/cas_2009_a_1879_valverde_v_coni_en_0.pdf)); *Ahongalu Fusimalohi v. FIFA*, CAS 2011/A/2425, Arbitral Award (8 March 2012) ([http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS\\_CAS\\_ULTIMO/97.pdf](http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS_CAS_ULTIMO/97.pdf)); *Amos Adamu v. FIFA*, CAS 2011/A/2426, Arbitral Award (24 February 2012) ([https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free\\_pdfs/cas\\_2011.a.2426\\_aa\\_v\\_fifa.pdf](https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/cas_2011.a.2426_aa_v_fifa.pdf)).

<sup>3</sup> *Alejandro Valverde Belmonte v. Comitato Olimpico Nazionale Italiano*, Arbitral Award.

<sup>4</sup> ATF 136 III 605 (перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/29%20octobre%202010%204A%20234%202010.pdf>); BGer 4A\_362/2013 vom 27.03.2014 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140327\\_4A\\_362-2013.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140327_4A_362-2013.html)); перевод

решений *CAS* ссылается на то, что при определении допустимости незаконно полученного доказательства нужно руководствоваться процессуальными стандартами судов Швейцарии<sup>1</sup>. При этом ст. 152 ГПК (*Zivilprozessordnung (ZPO) / Code de procédure civile (CPC)*) Швейцарии предусматривает, что доказательства, полученные незаконным путем, могут быть допущены, только если интерес установления истины имеет особенное значение.

Другим примером ограничений, не установленных Регламентом *CAS*, является излишне формальный и недружественный подход в вопросе сроков уплаты арбитражного сбора. В деле Л. Фернандеса заявителем была подана жалоба в *CAS*, он своевременно уплатил свою часть сбора в размере 19 тыс. франков, однако, так как оплата от противоположной стороны не поступила, заявителю было предложено уплатить и часть сбора за ответчика (что само по себе является распространенной практикой во всех арбитражных институтах). Несмотря на то что апеллант внес часть сбора за противоположную сторону в последний день срока, что подтверждалось документами, банковский перевод занял несколько дней, и *CAS* прекратил производство<sup>2</sup>. Попытка оспорить соответствующее определение в Федеральном (Верховном) суде Швейцарии не привела к успеху. Это дело вызывает в литературе дискуссии о безнаказанном нарушении со стороны *CAS* принципа *due process*<sup>3</sup>.

Таким образом, в тех случаях, где ограничения прав сторон не предусмотрены Регламентом *CAS*, направленные на это процессуальные действия третейского суда могут балансировать на грани признания

---

на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202014%204A%20362%202013.pdf>); BGer 4A\_448/2013 vom 27.03.2014 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140327\\_4A\\_448-2013.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140327_4A_448-2013.html)); перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202014%204A%20448%202013.pdf>).

<sup>1</sup> *Football Club Metalist et al. v. FFU*, CAS 2010/A/2267, 2278, 2279, 2280, 2281, Award (2 August 2013); см. также: *Viret M. Evidence in Anti-Doping at the Intersection of Science and Law*ю Т.М.С. Asser Press; Springer, 2016. P. 155.

<sup>2</sup> BGer 4A\_600/2008 vom 20.02.2009 ([http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/090220\\_4A\\_600-2008.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/090220_4A_600-2008.html)); перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/20%20fevrier%202009%204A%20600%202008.pdf>).

<sup>3</sup> *Burger L. Sports Arbitration and Due Process* (2 March 2011) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/03/02/sports-arbitration-and-due-process/>); *Idem. Sports Arbitration and Due Process: The Sequel* (13 July 2011) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/07/13/sports-arbitration-and-due-process-the-sequel/>).

разбирательства ненадлежащим, и зачастую только проарбитражный подход швейцарской юрисдикции спасает соответствующие решения от отмены.

### 3. Обоснованность ограничения автономии воли сторон в угоду процессуальной эффективности

Многие специалисты смотрят положительно на характерные особенности разбирательства в *CAS*, состоящие в ограничении автономии воли сторон. По их мнению, оно обосновано необходимостью процессуальной эффективности, а коммерческий и инвестиционный арбитражи должны идти по тому же пути<sup>1</sup>. Действительно, результатом описанных ограничений является то, что решения в *CAS* выносятся в рекордно короткие сроки: в апелляционной процедуре решение по существу должно быть вынесено и сообщено сторонам в течение трех месяцев после передачи дела арбитражной коллегии (ст. R59 Регламента *CAS*). На практике процедура в Палате апелляционного арбитража занимает до четырех месяцев<sup>2</sup>. Срок рассмотрения спора по правилам арбитража *ad hoc* и вовсе занимает 24 часа.

В то же время многие обоснованно критикуют *CAS* за излишне тесные рамки, считают необоснованным предусмотренные Регламентом *CAS* ограничения<sup>3</sup>. Так, М. Шерер не согласен с подходом, ограничивающим права сторон в пользу процессуальной эффективности<sup>4</sup>. Кроме того, важно отметить проарбитражный подход страны места арбитража: другие юрисдикции (кроме Швейцарии) могли бы счесть некоторые ограничения неприемлемыми.

В то же время далеко не только *CAS* ограничивает автономию воли сторон в угоду процессуальной эффективности. Нельзя не отметить получающие распространение во все большем количестве арбитражных институтов правила ускоренной процедуры.

---

<sup>1</sup> *Cavalieros Ph., Kim J. (Hyun Jeong). Can the Arbitral Community Learn from Sports Arbitration? // Journal of International Arbitration. 2015. Vol. 32. Issue 2. P. 237–260* (доступно в Интернете по адресу: <https://www.deepdyve.com/lp/kluwer-law-international/can-the-arbitral-community-learn-from-sports-arbitration-dmuc1E7263>).

<sup>2</sup> *Беляев С.А. Спортивный арбитражный суд в Лозанне: основные вопросы организации и деятельности // Третейский суд. 2005. № 1 (37). С. 99.*

<sup>3</sup> *Arroyo M. Op. cit. P. 1036; Mavromati D. The Panel's Right to Exclude Evidence Based on Article 57 Para. 3 CAS Code: A Limit to CAS' Full Power of Review? P. 50.*

<sup>4</sup> *Scherer M. Op. cit.*

Так, например, ст. 2(1) Приложения VI Арбитражного регламента Международной торговой палаты (МТП) (International Chamber of Commerce (далее – *ICC*)) 2017 г.<sup>1</sup> предусматривает, что «[с]уд может назначить единоличного арбитра, несмотря на положения арбитражного соглашения об ином». Соответственно, если спор подпадает под правила об ускоренном арбитраже, положения арбитражного регламента имеют автоматическое преимущество перед договоренностями сторон. В официальных разъяснениях *ICC*<sup>2</sup> уточняется, что одним только соглашением на передачу спора на разрешение по правилам *ICC* стороны соглашаются, что все ссылки на трех арбитров в их арбитражном соглашении будут предметом усмотрения Суда *ICC*; если применению подлежат правила ускоренной процедуры, в его полномочия входит назначение единоличного арбитра. Однако Суд вправе назначить и трех арбитров, даже если сумма спора невелика и он подпадает под правила ускоренной процедуры.

Указанное положение Арбитражного регламента *ICC* о количестве арбитров получило противоречивые отклики со стороны известных теоретиков и практиков. Одни авторы отмечают, что данный подход соответствует общей философии ускоренной процедуры<sup>3</sup>. В то же время есть и противники такого ограничения автономии воли. Они придерживаются мнения, что соглашение сторон должно иметь преимущественную силу<sup>4</sup>. Так, Ф. Бонке отмечает, что реформа *ICC* зашла слишком далеко, наделив усмотрение арбитражного института приоритетом по отношению к соглашению сторон: «Пренебрежение автономией воли сторон, которая является... основой арбитража, влечет риски в части исполнимости решения. Проигравшая сторона может

<sup>1</sup> <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2019/01/icc-2017-arbitration-and-2014-mediation-rules-russian-version.pdf>

<sup>2</sup> ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration (1 January 2019), para. 110 (<https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>).

<sup>3</sup> *Banifatemi Y.* Ch. 1. Expedited Proceedings in International Arbitration // Expedited Procedures in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 16) / L. Lévy, M. Polkinghorne (eds.) (ICC Publication No. 793E). ICC Pub., 2017. P. 9–33.

<sup>4</sup> *Bonke F.* Overriding an Explicit Agreement on the Number of Arbitrators – One Step Too Far under the New ICC Expedited Procedure Rules? (22 May 2017) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/22/overriding-an-explicit-agreement-on-the-number-of-arbitrators-one-step-too-far-under-the-new-icc-expedited-procedure-rules/>).

отменить решение либо препятствовать его исполнению со ссылкой на то, что формирование арбитражного трибунала не соответствовало соглашению сторон...»<sup>1</sup>

Действительно, последствием такого положения Арбитражного регламента *ICC* является потенциал для затягивания исполнения решения со ссылками на несоответствие процедуры условиям арбитражного соглашения, что идет вразрез с принципом процессуальной эффективности, ради обеспечения которой прежде всего и вводилось правило о пересмотре числа арбитров вопреки соглашению сторон об обратном.

Некоторые авторы, например М. Флорес<sup>2</sup>, достаточно нейтрально, объективно и разносторонне смотрят на проблему и подчеркивают, что вопрос соотношения эффективности и автономии воли спорный и о его обоснованности следует судить, оценив практику приведения в исполнение решений с учетом ст. V(1)(d) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (основание для отказа в приведении в исполнение, если формирование состава третейского суда не соответствовало соглашению сторон).

Однако положительной чертой Арбитражного регламента *ICC* по сравнению с Регламентом *CAS* является то, что в вопросах ускоренной процедуры последнее слово остается во многом за сторонами: по ходатайству стороны применение правил об ускоренной процедуре может быть исключено. Так, в соответствии со ст. 1(4) Приложения VI к Арбитражному регламенту *ICC* «[в] любое время в ходе арбитражного производства Суд может принять, по своей инициативе или по заявлению одной из сторон и после консультации с составом арбитража и со сторонами, решение о том, что Положения об ускоренной процедуре не подлежат применению к данному делу. В этом случае состав арбитража продолжит рассматривать дело, за исключением случаев, когда Суд посчитает, что необходимо заменить и/или заново сформировать состав арбитража». Таким образом, если в связи с наличием встречных требований либо новых обстоятельств спор окажется сложным для

---

<sup>1</sup> *Bonke F.* Op. cit.

<sup>2</sup> *Flores M.* Expedited Procedure under the 2017 ICC Rules: Does the ICC's Priority for Efficiency and Cost Effectiveness Come at the Expense of the Parties' Rights? (13 January 2019) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/01/13/expedited-procedure-under-the-2017-icc-rules-does-the-iccs-priority-for-efficiency-and-cost-effectiveness-come-at-the-expense-of-the-parties-rights/>).



разрешения одним арбитром, будет возможно вернуться к изначальным договоренностям, предусмотренным в арбитражном соглашении. Интересно отметить, что официальная статистика свидетельствует о том, что дела с суммой спора менее 2 млн долл. США рассматривались единоличным арбитром даже до того, как было введено положение об ускоренной процедуре (80% дел в 2014 г., 81% дел в 2015 г., 75% дел в 2016 г.)<sup>1</sup>.

Ускоренные процедуры предусмотрены правилами многих российских и иностранных арбитражных учреждений. Так, п. 1 § 33 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ предусматривает, что при отсутствии договоренности сторон об ином, если размер требований не превышает эквивалент 50 тыс. долл. США, разбирательство дела осуществляется с учетом особенностей ускоренной процедуры. Иными словами, отдельного согласия сторон на ускоренную процедуру не требуется. Пункт 2 § 33 названных Правил предусматривает, что «[д]ело подлежит разрешению, как правило, единоличным арбитром, назначаемым в порядке, предусмотренном § 16 Правил». Упомянутый параграф также ограничивает раунды обмена письменными процессуальными документами, а в части необходимости проведения устного слушания указывается, что разбирательство дела осуществляется на основе только письменных материалов без проведения устного слушания, если без неоправданной задержки ни одна из сторон не попросит его проведения или третейский суд не посчитает целесообразным его проведение с учетом обстоятельств дела. В случае проведения устного слушания последующие устные слушания, как правило, не проводятся. С учетом сложности дела и иных конкретных обстоятельств, включая изменение или дополнение любой стороной ранее заявленных требований, третейский суд может не посчитать целесообразным проводить ускоренное разбирательство.

Примечательно, что Правила арбитража внутренних споров МКАС при ТПП РФ и Правила арбитража спортивных споров МКАС при ТПП РФ положений об ускоренном арбитраже не содержат.

В Арбитражном регламенте Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража (далее – РАЦ)

---

<sup>1</sup> *Ricardo F.J.* The 2017 ICC Rules of Arbitration and the New Expedited Procedure Provisions: A View from Inside the Institution // ICC Dispute Resolution Bulletin. 2017. Issue 1. P. 70 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.iccmex.mx/uploads/17BUL1%20-%20FERIS%20article.pdf>).

ускоренной процедуре посвящена целая глава (гл. 7). Арбитражный регламент РАЦ предусматривает возможность применения ускоренной процедуры при цене иска не более 30 млн руб. для целей арбитража внутренних споров или 500 тыс. долл. США для целей международного коммерческого арбитража (п. 2 ст. 64). В Арбитражном регламенте РАЦ указывается, что ускоренная процедура арбитража осуществляется без проведения устных слушаний, только на основании документов и с ограниченным количеством этапов обмена сторонами арбитража процессуальными документами (п. 1 ст. 63). В соответствии с п. 1 ст. 64 Арбитражного регламента РАЦ ускоренная процедура арбитража применяется в случае, если стороны арбитража указали в арбитражном соглашении, что к спорам между ними должна применяться ускоренная процедура арбитража в соответствии с Арбитражным регламентом и что стороны арбитража прямо соглашаются, что устные слушания в рамках ускоренной процедуры арбитража не проводятся. Прямое соглашение сторон арбитража об отказе от устных слушаний для применения ускоренной процедуры в рамках международного коммерческого арбитража не требуется. Аналогично Арбитражному регламенту *ICC* в соответствии с Арбитражным регламентом РАЦ споры в рамках ускоренной процедуры арбитража разрешаются единоличным арбитром (п. 1 ст. 66), однако, в отличие от Арбитражного регламента *ICC*, Арбитражный регламент РАЦ в качестве предпосылки применения ускоренной процедуры требует включать в арбитражное соглашение соответствующее положение (п. 1 ст. 64). Кроме того, п. 5 ст. 67 Арбитражного регламента РАЦ во многом напоминает регулирование Регламента *CAS* в части вопроса доказательств: если коллегия арбитров не посчитает необходимым, представление каких-либо дополнительных объяснений и доказательств после направления последнего процессуального документа не допускается; дополнительные объяснения и доказательства, поданные с нарушением указанного пункта, должны оставаться без рассмотрения и возвращаться сторонам без приобщения к материалам дела.

Регламент Арбитражного центра при Российском союзе промышленников и предпринимателей не содержит положений, касающихся ускоренной процедуры.

Регламент созданного в апреле 2018 г. российского Национального центра спортивного арбитража при АНО «Спортивная Арбитражная Палата» (далее – НЦСА) содержит положения об ускоренной процедуре (гл. 8); при этом российский национальный спортивный

арбитраж во много перенял традиции *CAS* и *ICC*. Так, п. 3 ч. 1 ст. 71 Регламента НЦСА допускает применение ускоренной процедуры даже в тех случаях, когда о ней не договорились (если спор возник в связи и в отношении спортивного мероприятия, проводимого в заранее установленный период времени и в соответствии с утвержденным организатором в регламенте мероприятия соревновательным графиком и напрямую влияет на права и интересы спортсменов, иных участников спортивного мероприятия либо на целостность спортивного мероприятия или вида спорта). В указанном случае третейский суд, а до его формирования – уполномоченный орган НЦСА, вправе в целях соблюдения прав и интересов субъектов спорта высших достижений, профессионального спорта, по ходатайству одной из сторон применить ускоренную процедуру арбитража.

При этом ч. 3 ст. 72 Регламента НЦСА предусматривает, что Президиум НЦСА с учетом характера спора и необходимости принятия оперативного арбитражного решения может предложить сторонам в рамках ускоренной процедуры арбитраж единоличным арбитром. Однако, как мы видим, такая формулировка является менее строгой, чем аналогичная в Арбитражном регламенте *ICC*. Статья 73 Регламента НЦСА касается устных слушаний и предусматривает, что они проводятся, если между сторонами отсутствует письменное соглашение о проведении арбитража только на основании письменных документов и хотя бы одна из сторон заявила о проведении устных слушаний в рамках ускоренной процедуры (ч. 2). Соответственно, можно говорить о том, что Регламент НЦСА достаточно широко обеспечивает соблюдение принципа автономии воли сторон в рамках ускоренной процедуры, хотя такая процедура применяется даже тогда, когда стороны о ней прямо не договорились.

Говоря о правилах арбитража зарубежных иностранных центров, содержащих положения об ускоренной процедуре, нельзя не отметить Регламент Гонконгского международного арбитражного центра (*Hong Kong International Arbitration Centre* (далее – *HKIAC*)) для администрируемых арбитражных разбирательств (*HKIAC Administered Arbitration Rules*<sup>1</sup>) (далее – Регламент *HKIAC*), который содержит регулирование, противоположное Арбитражному регламенту *ICC*. Так, ст. 42.2(a) и (b) Регламента *HKIAC* предусматривает, что спор подле-

<sup>1</sup> <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-2#42>

жит разрешению единоличным арбитром, за исключением случаев, когда арбитражное соглашение предусматривает разрешение спора тремя арбитрами. Если арбитражное соглашение предусматривает разрешение спора тремя арбитрами, *HKIAC* должен предложить сторонам выразить свое согласие на разрешение спора одним арбитром. Если стороны не соглашаются на это, спор будет разрешаться тремя арбитрами. У *HKIAC* есть также полномочия сокращать по своему усмотрению установленные Регламентом *HKIAC* сроки. Кроме того, положения об ускоренной процедуре *HKIAC* ограничивают раунды обмена документами и по общему правилу исключают устное слушание (решение выносится исключительно на основании документов, если коллегия арбитров не решит, что проведение слушания целесообразно).

Арбитражный регламент Немецкой институции по арбитражному делу (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit* (далее – *DIS*))<sup>1</sup> в Приложении 4 предусматривает возможность проведения арбитража в порядке ускоренной процедуры, однако не содержит существенных ограничений автономии воли. Пожалуй, единственным примером такого ограничения являются ст. 3 и 4 Приложения 4 Арбитражного регламента *DIS*, где говорится, что у сторон существует только один дополнительный раунд обмена документами и только одно устное слушание.

Арбитражный регламент Венского международного арбитражного центра (*Vienna International Arbitral Centre* (далее – *VIAC*))<sup>2</sup> (далее – Венские правила) аналогично не содержит существенных ограничений автономии воли при ускоренной процедуре. Так, ст. 45(1), (5) Венских правил предусматривает, что ускоренная процедура применяется только при условии договоренности сторон (а не по усмотрению *VIAC*); возможность рассмотрения дела единоличным арбитром существует только при отсутствии договоренности сторон об обратном. Среди процессуальных ограничений, установленных ст. 45(9), можно отметить только один дополнительный раунд обмена документами, только одно устное слушание, невозможность направления процессуальных документов после устного слушания.

---

<sup>1</sup> <http://www.disarb.org/EN/16/rules/2018-АРБИТРАЖНЫЙ-РЕГЛАМЕНТ-ДИС-ДЕЙСТВИТЕЛЕН-С-1-МАРТА-2018-id41>

<sup>2</sup> [https://www.viac.eu/images/documents/vienna\\_rules/FINAL\\_Wiener\\_Regeln\\_2018\\_Brosch%C3%BCre\\_Russisch.pdf](https://www.viac.eu/images/documents/vienna_rules/FINAL_Wiener_Regeln_2018_Brosch%C3%BCre_Russisch.pdf)

Таким образом, ограничение автономии воли сторон в целях повышения процессуальной эффективности является распространенной практикой, однако далеко не все арбитражные институты идут по этому пути, и обоснованность подобного расставления приоритетов в ряде случаев вызывает споры.

#### 4. Предлагаемые решения

Как мы видим, Регламент *CAS* существенно ограничивает автономию воли сторон: нет возможности выбрать место арбитража, нет возможности корректировать список свидетелей и экспертов, нет возможности заявления новых доказательств.

Однако в подавляющем большинстве случаев именно Регламент *CAS*, а не арбитражный трибунал задает такие жесткие рамки в части порядка ведения процесса, представления доказательств и ходатайств.

Аналогичные ограничения автономии воли содержатся и в правилах ускоренной процедуры многих российских и зарубежных арбитражных институтов.

Автор считает, что в случае, если ограничение предусмотрено регламентом арбитражного института, его можно считать согласованным. Более того, это прямо следует из п. 13 ст. 7 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»: «Правила арбитража, на которые ссылается арбитражное соглашение, рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения. Условия, которые в соответствии с настоящим Законом могут быть определены только прямым соглашением сторон, не рассматриваются в качестве неотъемлемой части арбитражного соглашения, если они включены в правила арбитража, но в отношении их отсутствует прямое соглашение сторон»<sup>1</sup>.

Таким образом, следование пусть и строгим правилам регламента не может являться нарушением права на надлежащее разбирательство. Именно поэтому опыт включения в регламент ограничений в отношении специализированного спортивного арбитража допустимо использовать в рамках ускоренных процедур в коммерческом арбитраже.

Что же касается ситуаций, когда такое ограничение не предусмотрено регламентом, то осторожность арбитражного трибунала в части

---

<sup>1</sup> Аналогичное правило содержится в ч. 12 ст. 7 Федерального закона об арбитраже.

соблюдения фундаментальных процессуальных прав сторон может быть обоснованной.

Однако идти по пути регулирования всех процессуальных мелочей в регламентах было бы необоснованным решением. В этой части можно согласиться со специалистами, критикующими путь, на который встали некоторые ведущие арбитражные институты в попытке предусмотреть все возможные вопросы<sup>1</sup>.

Автор предлагает арбитрам в целях минимизации рисков последующей отмены решения до начала арбитража, на стадии так называемой *case management conference* (организационной конференции участников спора на раннем этапе разбирательства), четко установить количество раундов обмена процессуальными документами, порядок представления показаний свидетелей и экспертов, необходимость их перекрестного допроса, возможность изменения количества свидетелей, а также обсудить со сторонами процедуру истребования доказательств и применимость Правил МАЮ<sup>2</sup> либо Пражских правил<sup>3</sup>. Если для некоторых арбитражных институтов предварительное согласование данных вопросов является стандартным правилом, в других институтах это редко практикуется. Такие обязательные предварительные процедуры позволяют сохранить баланс между процессуальной эффективностью и автономией воли, дают возможность не перегружать регламент строгим регулированием и избежать злоупотреблений сторон. Достигнутые договоренности подробным образом письменно фиксируются в процессуальных приказах третейского суда.

Таким образом, автор видит решение проблемы нахождения баланса между *due process*, *procedural efficiency* и *party autonomy* в отказе от жесткого регулирования процессуальных вопросов арбитражными регламентами; арбитрам следует поощрять автономию воли сторон посредством согласования максимального числа вопросов в рамках

---

<sup>1</sup> Knight S., Bury B. Hong Kong Arbitration Week Recap: Has the Proliferation of Institutional Rules Caused International Arbitration to Lose Its Way? (22 October 2019) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/10/22/hong-kong-arbitration-week-recap-has-the-proliferation-of-institutional-rules-caused-international-arbitration-to-lose-its-way/>).

<sup>2</sup> Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18>).

<sup>3</sup> Правила получения доказательств в международном арбитраже, основанные на инквизиционной модели процесса (Пражские правила) (<http://praguerules.com/upload/medialibrary/5cc/5cc80b7187230f9bb1206aac5b01f614.pdf>).

*case management conferences*, которые в настоящее время, к сожалению, далеко не во всех институтах являются обязательными. Данное предложение, вероятно, поможет избежать того, что арбитражные центры в борьбе с *due process paranoia* пойдут по пути CAS, а именно по пути излишне жесткого урегулирования процессуальных вопросов посредством своих регламентов. Наличие жестких процессуальных ограничений находится в противоречии с природой и основными ценностями международного арбитража.

## ARBITRATING WITH INSOLVENT PARTIES IN THE EUROPEAN UNION – DIFFERENT PERSPECTIVES ON CONFLICT OF LAWS QUESTIONS

STEFAN KRÖLL,

Professor,

Director of the Center for International Dispute Resolution  
at Bucerius Law School (Hamburg, Germany)

*The author analyses how the opening of insolvency proceedings in respect of one of the parties may influence the arbitral proceedings. The author emphasises the conflict of laws issue, i.e. which law should govern the interaction between the insolvency and the arbitral proceedings in a cross-border context. Considering that not all mandatory provisions of insolvency law constitute part of a respective state's public policy, the author shows that the approach of arbitral tribunals may differ from that taken by state courts.*

*Keywords: arbitration and insolvency; arbitrability; jurisdiction of an arbitral tribunal, conflict of laws, public policy.*



*Автор анализирует, каким образом возбуждение процедуры банкротства в отношении одной из сторон может повлиять на арбитражное разбирательство. Особый акцент сделан на коллизионном аспекте: какое право должно регулировать взаимосвязь между банкротной и арбитражной процедурами в трансграничном контексте. Принимая во внимание, что не все императивные нормы конкурсного права представляют собой часть публичного порядка соответствующей страны, автор демонстрирует, что подход третейских судов может отличаться от того подхода, который используется государственными судами.*



*Ключевые слова: арбитраж и банкротство; арбитрабельность; компетенция третейского суда; коллизионное право; публичный порядок.*



## 1. Introduction

The insolvency of a party which has submitted to arbitration to settle its disputes raises difficult questions even in situations which do not involve an international element. This is primarily due to the fact that the objectives and principles of insolvency law not only differ fundamentally from those of arbitration law, but are often even diametrically opposed. In such a case, the objective is to reach an appropriate balance between these conflicting principles and the interests of the various parties protected by them.

The problems associated with achieving such a balance are more severe in cross-border situations, *i.e.* when the place of arbitration and the place in which the insolvency proceedings are opened are in different countries. In such cases, the first question is whether the foreign insolvency proceedings are to be “recognized”, and according to which law their effects on the arbitral proceedings in general are to be determined. This involves, *inter alia*: the potential effects on the obligation to arbitrate and the enforceability of an award (arbitrability / right to terminate); its personal scope (extension to administrator); potential modification of the procedure resulting from the involvement of new parties (stay); or limitations as to the admissible relief (declaratory relief). In the case of a German place of arbitration, the laws applicable to these questions can theoretically be (in addition to German law as the law of the place of arbitration): the law of the place where the insolvency proceedings were instituted, *i.e.* the *lex fori concursus*; the law applicable to the insolvent party, *i.e.* the law of the place of its habitual residence or its incorporation; or the law applicable to the arbitration agreement, to name the most important ones. Practically, these questions are often relevant because individual national legal systems often come to different results when balancing the various interests involved.

The effects of this phenomenon were illustrated in the various proceedings resulting from the insolvency of the Polish company Elektrim. In its dispute with Vivendi over the failed acquisition of shares in a subsidiary, the effects of Elektrim’s insolvency on two ongoing sets of arbitration proceedings had to be evaluated not only by the two arbitral tribunals, but also by the courts in Switzerland, England, France and Poland, all of which came to different

conclusions. In that context, the English courts had to deal with the relevance of European insolvency law for various of these issues. In particular, they dealt with questions about the interplay of Art. 15 and 4(2)(e)(f) Regulation (EC) 1346/2000<sup>1</sup> and the underlying problem of characterisation<sup>2</sup>. At first glance, the European legislator appears to have dealt with the questions arising from the *Vivendi / Elektrim* dispute by amending Article 15 of Regulation (EC) No 1346/2000 to Article 18 of Regulation (EU) 2015/848<sup>3</sup>. However, a closer look at the academic writings, the legal regulations and their commentary shows that this is, at best, only partially the case<sup>4</sup>.

After a brief overview of the effects of insolvency proceedings on the settlement of disputes by arbitration under German law and various other legal systems (Section 2), and taking into account the various rulings in the *Vivendi / Elektrim* dispute, insofar as they relate to Regulation (EC) 1346/2000 (Section 3), this article will deal with the treatment of the issue in the relevant provisions of the new Regulation (EU) 2015/848 (Section 4). The application of the standards by the state courts will first be examined, both for pending arbitration proceedings (Section 5) and for those which are only initiated after the opening of insolvency proceedings (Section 6), before their binding effect for arbitration tribunals is discussed (Section 7).

## **2. Outline of the Most Important Consequences of Insolvency Proceedings for the Binding Effect of Arbitration under German and Foreign Law**

German insolvency law has traditionally taken a relatively arbitration-friendly approach. In essence, procedural party autonomy which shapes arbitration law is protected as far as possible. It is only subject to restrictions where such restrictions are absolutely necessary to achieve the mandatory requirements of insolvency law<sup>5</sup>. This approach takes account of two facts. First, only the

---

<sup>1</sup> Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, OJ EC of 30.6.2000, L 160/1.

<sup>2</sup> See also Pfeiffer, 'Insolvenzeröffnung und internationale Schiedsverfahren', in Flitsch *et. al* (eds.), *Festschrift für Jobst Wellensiek zum 80. Geburtstag* (C.H.Beck, 2011), 819 (824).

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast), OJ of the EU of 5.6.2015, L 141/19.

<sup>4</sup> For an even more negative assessment of Swiss international insolvency law, see Naegeli/*Vorburger*, *Austrian Yearbook of International Arbitration* 2016, 143 (145).

<sup>5</sup> See generally on the relationship between insolvency law and arbitration in German law: Flöther, *Auswirkungen des deutschen Insolvenzverfahrens auf Schiedsverfahren und*

central principles of insolvency law are mandatory law or even belong to the *ordre public*, such as the principle of equal treatment of creditors<sup>1</sup>. Second, party autonomy on which arbitration is based is equally protected by Article 2 of the German Constitution as a legal principle, so that any limitation requires a justification. In principle, all disputes under insolvency law that do not concern the insolvency proceedings themselves and their administration are objectively arbitrable<sup>2</sup>. At the same time, the original debtor does not lose its subjective arbitrability by the initiation of insolvency proceedings. Only the power of disposal over the assets of the debtor is transferred to the insolvency administrator who is, from then on, responsible for administering the estate of the debtor<sup>3</sup>. However, there is case law which holds that the administrator is in principle also bound by the arbitration agreements concluded by the debtor<sup>4</sup>.

---

Schiedsabrede (Effects of German insolvency proceedings on arbitration proceedings and agreements), 2001, p. 1 et seq.; *Aufdermauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland (Arbitration and Insolvency in Germany), 2013, p. 19 et seq.; *Schmitz*, Schiedsverfahren und Insolvenz (Arbitration proceedings and insolvency), 2016, p. 32 et seq.; *Riedel*, Insolvenz in nationalen und internationalen Schiedsverfahren (Insolvency in National and International Arbitration Proceedings), 2015, p. 7 et seq.; *Schultze-Moderow*, Schiedsverfahren und Insolvenz, (Arbitration Proceedings and Insolvency), 2017, p. 33; still on the old law of *Jestaedt*, Schiedsverfahren und Konkurs (Arbitration Proceedings and Bankruptcy), 1985, p. 1 et seq.; on Swiss law and comparative law *Günter*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz (International Arbitration and Insolvency), 2001, p. 69 et seq.; *Vorburger*, International Arbitration and Cross-Border Insolvency, p. 97 et seq.

<sup>1</sup> German Federal Court (Bundesgerichtshof, BGH), Decision of 14 November 1996 – IX ZR 339/95, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1997, 524 (527): “The only decisive factor for German public order is that ... the principle of equal treatment of creditors is upheld”; BGH, Decision of 29 January 2009 – III ZB 88/07, *Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen* (BGHZ) 179, 304 (para. 21); OLG Stuttgart, Decision of 5 November 2013 – 1 Sch 2/11, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* (SchiedsVZ) 2014, 307 (308); similarly also for English law, *British Eagle International Air Lines Ltd v. Cie Nationale Air France* [1975] 1 WLR 758: “[C]ontracting out of the provisions... for the payment of unsecured debts *pari passu*... must, to my mind, be contrary to public policy”; for American law *Victrix SS Co. v. Salen Dry Cargo AB*, 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987): “...their enforcement would conflict with the public policy of ensuring equitable and orderly distribution of local assets of a foreign bankrupt”.

<sup>2</sup> See only *Aufdermauer*, *Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland*, 2013, p. 19 ff.; *Schmitz*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2016, p. 38 ff.

<sup>3</sup> For better readability, only the masculine form is used in the following to represent all genders.

<sup>4</sup> So already Reichsgericht (Supreme Court of the German Reich), Decision of 8 July 1932 – VII 49/32, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (RGZ) 137, 109 (111); BGH, Decision of 25 April 2013 – IX ZR 49/12, *Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht* (NZI) 2013, 934 (935); BGH, BGHZ 179, 304 (marginal 11); Regional Court (Land-

These arbitration agreements are not terminable contracts within the meaning of sections 103, 113 of the German Insolvency Act (hereinafter – InsO)<sup>1</sup> or mandates or contracts of agency in the meaning of section 115 InsO<sup>2,3</sup>. Only the rights to which the insolvency administrator is originally entitled, such as the rights of rescission under sections 129 et seq. InsO<sup>4</sup>, or the right to chose

---

gericht, LG Saarbrücken, Decision of 3 December 2015 – 4 O 243/12. SchiedsVZ 2016, 111 (114); *Aufdermauer*, Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz in Deutschland, 2013, p. 50 ff.

<sup>1</sup> **Section 103 InsO | Option to be Exercised by the Insolvency Administrator**

(1) If a mutual contract was not or not completely performed by the debtor and its other party at the date when the insolvency proceedings were opened, the insolvency administrator may perform such contract replacing the debtor and claim the other party's consideration.

(2) If the administrator refuses to perform such contract, the other party shall be entitled to its claims for non-performance only as an insolvency creditor. If the other party requires the administrator to opt for performance or non-performance, the administrator shall state his intention to claim performance without negligent delay. If the administrator does not give his statement, he may no longer insist on performance.

**Section 113 InsO | Termination of Employment**

An employment relationship may be terminated by the insolvency administrator and by the other party irrespective of any agreed duration of such contract or agreed exclusion of the right to routine termination. If no shorter period has been agreed, the period of notice shall be three months to month's end. If the administrator terminates such contract, the other party may claim damages as an insolvency creditor for premature termination of the employment.

<sup>2</sup> **Section 115 InsO | Expiry of Mandates**

(1) Any mandate ordered by the debtor referring to the property forming part of the insolvency estate shall expire upon the opening of the insolvency proceedings.

(2) If suspension of such mandate would cause a risk, the mandatory shall continue to perform the mandated transaction until the insolvency administrator is able to otherwise take care of such transaction himself. For this purpose the mandate shall be deemed to continue. The mandatory may claim reimbursement of his expenses incurred for such continuation as a preferential creditor.

(3) As long as the mandatory is not at fault in being unaware of the opening of insolvency proceedings he shall benefit from the presumption that the mandate continues. The mandatory shall rank among the insolvency creditors with his reimbursement claims arising from such continuation.

<sup>3</sup> On the similar legal situation in Switzerland, *Günter*, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Insolvenz, 2001, p. 208 et seq.

<sup>4</sup> BGH, Decision of 17 October 1956 – IV ZR 137/56, NJW 1956, 1920 (1921);

**Section 129 InsO | Policy**

(1) Transactions made prior to the opening of insolvency proceedings and disadvantaging the insolvency creditors may be contested by the insolvency administrator under sections 130 to 146.

(2) An omission shall be deemed equivalent to an active transaction.

performance according to section 103 InsO, are not covered by the binding arbitration clause<sup>1</sup>.

In order to prevent the discrete enforcement of individual claims and to ensure equal treatment of all creditors of the same class, the creditor must file his insolvency claims with the insolvency administrator so they are included in the general schedule of claims before he can further enforce them in arbitration proceedings<sup>2</sup>. In addition, if the insolvency administrator disputes the claims raised, any claim for payment shall be converted into an application to determine the existence of a claim and be included in the schedule of claims. That reflects the fact that the arbitration is not intended to be a discrete enforcement of an individual claim, but that enforcement is sought within the context of the insolvency scheme.

As a result, German insolvency law is much more arbitration-friendly than the law of many other countries in Europe and beyond<sup>3</sup>. In some European jurisdictions, the commencement of insolvency proceedings eliminates the arbitrability of all disputes with the insolvent party by removing its ability to be party to such proceedings (subjective arbitrability)<sup>4</sup>. Others consider the arbitration agreement to become invalid with the start of insolvency proceedings or declare the initiation and continuation of arbitration proceedings to be inadmissible, without giving any particular legal justification<sup>5</sup>. In addition to Portuguese law<sup>6</sup>, international arbitration practice has been concerned in particular with the version of Art. 142 of the Polish Bankruptcy and Restructuring Law (PBRL old version) valid until 1.1.2016. It played a central role in the disputes described below in connection with the insolvency of Elektrim<sup>7</sup>. Under the new Polish law,

<sup>1</sup> BGH, Decision of 30 June 2011 – III ZB 59/10, SchiedsVZ 2011, 281.

<sup>2</sup> *Schultze-Moderow*, Schiedsverfahren und Insolvenz, 2017, p. 174.

<sup>3</sup> See the overviews of Austrian, Swiss, French, (now revised) Polish, English and American law in *Schmitz*, Schiedsverfahren und Insolvenz, 2016, p. 111 et seq.

<sup>4</sup> For example, in Latvian law; see Sec. 5 (1) No. 8 of the Latvian Arbitration Act of 1.1.2015; on the possible loss of subjective arbitrability under Art. 142 of the old version of the Polish Bankruptcy and Restructuring Law (PBRL old version) see Swiss Federal Court, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP (ZIP) 2010, 2530*.

<sup>5</sup> For an overview of different approaches see *Vorbürger*, *International Arbitration and Cross-Border Insolvency*, p. 97 et seq.

<sup>6</sup> With regard to Art. 87 (1) of the Portuguese insolvency law Swiss Federal Supreme Court, *BGE 138 III 714*; see also *Naegeli*, *ASA Bulletin 2013, 372 ff.*

<sup>7</sup> See below; the name of the law was changed as well from Bankruptcy and Reorganization Law to Bankruptcy Law and was amended by the Act of 5 May 2015, the Restructuring

the opening of insolvency proceedings no longer leads to the invalidity of the arbitration agreement or the loss of the subjective arbitrability of the insolvent party. Pursuant to Art. 147(a)(1) PBRL, however, the insolvency administrator may terminate the arbitration agreement prior to the commencement of arbitration proceedings if arbitration proceedings would impede the insolvency proceedings. The latter is especially the case if there are insufficient assets to cover the costs of arbitration<sup>1</sup>.

In English and American law, a party's filing for insolvency leads to an automatic "stay" of any pending arbitration proceedings and precludes the initiation of new proceedings. However, the cancellation of this "stay" can then be applied for in court<sup>2</sup>. At least in the USA, the courts are obliged to allow arbitration proceedings if they do not run counter to the objectives of the insolvency proceedings<sup>3</sup>.

This brief overview makes it clear that the admissibility and the form of arbitral relief for disputes with an insolvent party depends to a considerable extent on the applicable insolvency law. In court proceedings, the determination of the latter is governed by the respective rules of international insolvency law or other relevant private international law standards. In Germany, these are the Regulation (EU) 2015/848 for insolvency proceedings in other European Union states, while sections 353 InsO et seq. will be applied for proceedings in third countries. Whether these rules can also apply to arbitral tribunals or whether they can develop their own conflict of law rules is discussed below<sup>4</sup>.

---

Law (Dz.U. z 2015 r. poz. 978); see <https://globalarbitrationnews.com/arbitration-in-poland-after-the-2015-amendments-of-the-code-of-civil-procedure-and-the-bankruptcy-law-20160407/> – nevertheless the same abbreviation is used here for both laws.

<sup>1</sup> Art. 147(a)(1) PBRL provides in its pertinent part „... if, at the day of the declaration of bankruptcy, arbitration proceedings have not been initiated, ... a liquidator may withdraw from the arbitration agreement, if the recovery of claims before the arbitral tribunal hampers the liquidation proceedings, particularly when the existing assets make it impossible to cover the cost of initiation and conduct of arbitration proceedings”.

<sup>2</sup> For English law see Section 349A of the Insolvency Act; *High Court VTB Bank (Austria) AG v. Kombinat Aluminijuma Podgorica A.D. (in bankruptcy)*, [2015] EWHC 750 marginal 50 et seq. with a detailed discussion of the decisive factors for the exercise of discretion; see also *Schmitz*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2016, p. 131 ff.; for American law, see 11 U.S.C. § 362; *Schmitz*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2016, p. 137 ff.

<sup>3</sup> See only *In re U.S. Lines, Inc.*, 197 F.3d, 640 (1999).

<sup>4</sup> See under VII.

### 3. Practical Problems in Determining the Applicable Insolvency Law Using the Example of *Elektrim*

The conflict of laws problems that can arise in the context of cross-border proceedings are almost paradigmatically demonstrated in the various proceedings between Vivendi and Elektrim in connection with the failed acquisition by Vivendi of a stake in the Polish telecommunications company PTC. In several agreements, Elektrim had promised Vivendi the sale of its shares in PTC, but in the end sold the shares to third parties. As a result, Vivendi had initiated two sets of arbitration proceedings against Elektrim and other companies, one in Switzerland and one in England. Shortly before the oral hearing in both sets of proceedings, Elektrim applied for the opening of insolvency proceedings in Poland under its own administration. Elektrim simultaneously challenged the jurisdiction of the arbitral tribunals, citing Art. 142 PBRL old version<sup>1</sup>. According to the English translation used in the English proceedings, Art. 142 PBRL stated: “Any arbitration clause concluded by the bankrupt shall lose its legal effect as at the date bankruptcy is declared and any pending arbitration proceedings shall be discontinued”<sup>2</sup>.

In the Swiss proceedings, the arbitral tribunal declared that it lacked jurisdiction, citing Art. 142 of the old version of the PBRL. The Swiss Federal Supreme Court dismissed the annulment proceedings against this negative decision on jurisdiction. Interpreting Art. 142 PBRL old version, it characterized the relevant question as one of the subjective arbitrability which, according to Swiss private international law, is governed by the domestic law of the respective party. This led to the application of Polish law and thus to a finding of a lack of jurisdiction of the arbitral tribunal, due to Elektrim’s lack of subjective arbitrability. Vivendi had argued, however, that the relevant question was the validity of the arbitration agreement to which Art. 187 PILA<sup>3</sup>

<sup>1</sup> For a more detailed account of the dispute, see the judgment of the English High Court, *Josef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (in Bankruptcy) et al. v. Vivendi Universal S.A. & Ors.*, [2008] EWHC 2155; for the progress of the proceedings see Markert, *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2009, 217 (225 et seq.).

<sup>2</sup> High Court, *Josef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (in Bankruptcy) et al. v. Vivendi Universal S.A. & Ors.*, [2008] EWHC 2155, Rn. 6.

<sup>3</sup> **Art. 187 PILA (Private International Law Act)**

VIII. Decision on the merits

1. Applicable law

<sup>1</sup>The arbitral tribunal shall rule according to the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, according to the law with which the action is most closely connected.

<sup>2</sup>The parties may authorize the arbitral tribunal to rule according to equity.

was applicable. In this case, this would have led to the arbitration agreement being deemed to be effective, since at least under Swiss law, the effectiveness of the arbitration agreement is not affected by the opening of insolvency proceedings.

In contrast to the Swiss decisions, the English arbitral tribunal affirmed its jurisdiction on the basis of the then-applicable Regulation (EC) 1346/2000, assuming that the arbitral proceedings were a “pending lawsuit” within the meaning of Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000<sup>1</sup>. Consequently, the effects of the Polish insolvency proceedings on the English arbitral proceedings were governed solely by English law. In addition, Polish law could not be applied to the arbitration agreement via Art. 4(2)(e) Regulation (EC) 1346/2000<sup>2</sup>, which would have resulted in its invalidity and thus would have called into question the jurisdiction of the arbitral tribunal. Both the High Court and the Court of Appeal ultimately agreed with the conclusions of the arbitral tribunal concerning its jurisdiction, albeit on significantly different grounds. Accordingly, the application for setting aside the arbitral award was rejected. In its award, the arbitral tribunal not only affirmed its jurisdiction, but also established Elektrim’s fundamental obligation to pay damages.

In proceedings subsequently instituted in France and Poland for a declaration of enforceability of the arbitral award, the courts in both jurisdictions came to completely different conclusions. The French *Cour de Cassation* refused to issue the requested declaration of enforceability. In contrast, the Polish courts declared the arbitral award enforceable and rejected the *ordre public* defense made by Elektrim<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> **Article 15 Regulation (EC) 1346/2000 | Effects of insolvency proceedings on lawsuits pending**  
The effects of insolvency proceedings on a lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending.

<sup>2</sup> **Article 4 | Law applicable**

<...>

(2) The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions for the opening of those proceedings, their conduct and their closure. It shall determine in particular:

<...>

(e) the effects of insolvency proceedings on current contracts to which the debtor is party;

<...>.

<sup>3</sup> For further developments in the cases, see *De Meulemeester*, FS van Houtte 2012, 103 (105 f.).



#### 4. The Relevant Provisions in the Regulation (EU) 2015/848

The decisions have not only generated extensive commentary, but were also known to the European legislator when the relevant standards were revised in the Regulation (EU) 2015/848. The most obvious change was the explicit inclusion of “pending arbitral proceedings” in the scope of Art. 18 Regulation (EU) 2015/848, the successor regulation to Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000. Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 provides for “pending lawsuits or *pending arbitral proceedings*” for a deviation from the basic rule of Art. 7 Regulation (EU) 2015/848, according to which the effects of the insolvency proceedings are in principle governed by the law of the “State of the opening of proceedings”, *i.e. lex fori concursus*.

Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 now states: “The effects of insolvency proceedings on a pending lawsuit or pending arbitral proceedings concerning an asset or a right which forms part of a debtor’s insolvency estate shall be governed solely by the law of the Member State in which that lawsuit is pending or in which the arbitral tribunal has its seat”<sup>1</sup>.

In addition, the recitals state – rather cryptically – that the exception in Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 “should not affect national rules on recognition and enforcement of arbitral awards”<sup>2</sup>.

However, the other potentially relevant standards, *i.e.* Art. 7 (2)(e)(f) Regulation (EU) 2015/848, have remained unchanged<sup>3</sup>. In connection with the rudimentary justification for Art. 18 Regulation (EU) 2015/848, this means that many individual issues are not clearly regulated, even in the new version of the Regulation. This applies in particular to the question of applicable law if the insolvency proceedings had been initiated prior to the commencement of arbitration proceedings.

<sup>1</sup> Critical to this regulation *Keller*, ‘Zu den Auswirkungen der Eröffnung eines schweizerischen Konkursverfahrens auf einen deutschen Schiedsspruch’ (case commentary to OLG Stuttgart, Decision of 5 November 2013 – 1 Sch 2/11), *SchiedsVZ* 2014, 307 (312).

<sup>2</sup> See recital 73 of Regulation (EU) 2015/848.

<sup>3</sup> Art. 7(2) Regulation (EU) 2015/848 provides in the relevant parts:  
 2. The law of the State of the opening of proceedings shall determine the conditions under which insolvency proceedings are opened and how they are to be conducted and closed. In particular, it regulates:  
 <...>  
 (e) the effects of the insolvency proceedings on current contracts of the debtor;  
 (f) the effects of the opening of insolvency proceedings on legal proceedings brought by individual creditors, with the exception of the effects on pending litigation;  
 <...>.

## 5. The Law Applicable to Pending Arbitral Proceedings

The new version of the special regulation for pending proceedings in Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 leaves no doubt regarding its general applicability to arbitration proceedings. This was one of the main controversies in the context of Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000. According to its wording, Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000 applied to a “lawsuit pending concerning an asset or a right of which the debtor has been divested”. In the English proceedings, Elektrim had argued that Art. 15 of Regulation (EC) 1346/2000 only applied to court proceedings and, more specifically, only to enforcement proceedings. However, the English courts had rightly rejected that view, citing the regulation’s historical origin and its systematic interpretation. The European legislator then removed any conceivable justification for Elektrim’s argument by explicitly including “pending arbitral proceedings” into the scope of application of the new Art. 18 Regulation (EU) 2015/848.

The same applies to Elektrim’s second line of defence in the English proceedings<sup>1</sup>. Elektrim had argued that even if Art. 15 of Regulation (EC) 1346/2000 was applicable to pending arbitral proceedings, the arbitration agreement was a “current contract” within the meaning of Art. 4(2)(e) of Regulation (EC) 1346/2000. It would therefore be subject to Polish law and consequently not effective, so that the arbitral tribunal would lack jurisdiction from the time when insolvency proceedings were opened. According to Elektrim, Article 4(2)(e) of Regulation (EC) 1346/2000 would not be superseded by Article 15 of Regulation (EC) 1346/2000. In its view, both provisions regulated different issues, namely the law applicable to the arbitration agreement as a “current contract” on the one hand (Art. 4(2)(e)) and the law applicable to the arbitral proceedings and their continuation on the other (Art. 15). Both could easily come to the application of different laws and the arbitration clause would still have a meaning which would go beyond the pending proceedings. Furthermore, the wording of Art. 15 of the Regulation would not contain any reference to a possible inapplicability of Art. 4(2)(e) of the Regulation with regard to arbitration agreements for pending proceedings, which would have been necessary according to the general rule / exception relationship of the Regulation.

This argument, which had already failed to convince the English courts in the context of Art. 15 of Regulation (EC) 1346/2000, has now been finally dismissed by Art. 18 of Regulation (EU) 2015/848. Elektrim’s view would have

<sup>1</sup> See for this reasoning High Court, *Josef Syska acting as the Administrator of Elektrim S.A. (in Bankruptcy) et al. v. Vivendi Universal S.A. & Ors.*, [2008] EWHC 2155, recital 63 et seq.

the consequence that – contrary to the clear wording of Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 – the effects of the insolvency on pending arbitral proceedings would ultimately still be governed by the *lex concursus*. Admittedly this would not be a direct relationship, but via the (in)validity of the arbitration clause. That would render the explicit provision in Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 largely meaningless. If Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 were applicable in addition to Art. 18 Regulation (EU) 2015/848, the effects on the arbitral proceedings would, *pro forma*, be governed by the law of the place of arbitration. *De facto*, however, the jurisdiction of the arbitral tribunal would depend first on the *lex concursus*, which determines the validity of the arbitration agreement. However, it cannot be assumed that the European legislator, aware of the *Vivendi / Elektrim* decisions<sup>1</sup>, wanted to make an addition to Art. 18 Regulation (EU) 2015/848, which would be ineffective in the end.

Although the result is clear, this cannot be said about the legal reasoning. Ultimately, there are three different approaches to justification. They differ primarily in the assessment of the role of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 and the predecessor standard in Art. 4(2)(e) Regulation (EC) 1346/2000<sup>2</sup>.

Some authors argue that the validity of the arbitration agreement is generally determined by the *lex concursus* pursuant to Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848, *i.e.* that Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 is not superseded by Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 even in pending arbitration proceedings. Accordingly, in circumstances such as those in the *Vivendi / Elektrim* proceedings, the arbitration agreement would, under certain circumstances, become invalid *ex nunc* with the opening of insolvency proceedings in accordance with the *lex concursus*<sup>3</sup>. However, the insolvent party shall not be able to invoke this invalidity in the context of pending arbitration proceedings, because there has been a *perpetuatio fori*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> There, the High Court had ruled out the application of Art. 4(2)(e) Regulation (EC) 1346/2000 to the arbitration agreement precisely with this argumentation that Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000 would be practically meaningless in the area of arbitration, para. 95 et seq.

<sup>2</sup> See *Schmitz*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2016, p. 194 ff.

<sup>3</sup> *Miller*, *Dispute Resolution International* 2011, 113 (119) arrives at this result without correction.

<sup>4</sup> *Mankowski*, *EuInsVO und Schiedsverfahren*, ZIP 2010, 2478 (2483 et seq.); *Mankowski / Müller / J. Schmidt*, *EuInsVO*, 2016, Art. 18 para. 22; see also *Moss / Fletcher / Isaacs* on the EU Regulation on Insolvency Proceedings, 3rd ed. 2016, para. 8.615 who want to achieve the result on the *lex concursus* level, since the corresponding provisions which otherwise ordered the invalidity of the arbitration agreement under the aspect of the concentration of

What is problematic about this view, however, is that the invalidity of the arbitration agreement not only creates problems for the further conduct of the arbitration proceedings which can be solved by recourse to the legal concept of *perpetuatio fori*<sup>1</sup>. Rather, even after the arbitral award has been rendered, the absence of an effective arbitration clause can, be invoked either as a ground for setting aside the award or constitute a defence against the declaration of its enforceability. In both cases, a failure to take into account the insolvency-induced invalidity of the arbitration agreement could not be justified by a *perpetuatio fori*. Instead, in all post-award proceedings one would have to rely on an additional good faith argument, to prevent the debtor or the insolvency administrator from invoking the lack of a valid arbitration agreement. However, it is difficult to justify why an insolvent party would violate this principle if it were to invoke the invalidity of the arbitration agreement ordered by insolvency law.

The majority of authors, therefore, consider Art. 18 Regulation (EU) 2015/848, or its predecessor Art. 15 Regulation (EC) 1346/2000, to constitute a special regulation for the question of the effects of insolvency on pending proceedings, which is conclusive within its scope. In particular, the wording of the provision seems to support this view, according to which “exclusively” the law of the member state in which the arbitration proceedings are pending applies<sup>2</sup>. Whether Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 is also applicable is either not discussed at all or it is assumed that the scope of the regulation is limited in time. The latter shall determine the law applicable to the arbitration agreement only until the initiation of arbitration proceedings<sup>3</sup>.

However, parts of the literature rightly deny the general applicability of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 to arbitration agreements<sup>4</sup>. Arbitration agreements, as procedural contracts, do not fall within the scope of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848. The drafting history of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 and its predecessor, as well as the relevant interests, argue in favour of considering only substantive contracts as “current contracts” within the

---

jurisdiction do not apply, since a concentration of jurisdiction is excluded on the basis of Art. 18 EU Regulation 2015/848.

<sup>1</sup> Comprehensively in addition Pfeiffer, FS Wellensiek 2011, 819 (825 f.).

<sup>2</sup> In particular, the arguments of the arbitral tribunal and the High Court in para. 65.

<sup>3</sup> Brinkmann in K. Schmidt, Insolvency Code, 19th ed. 2016, EuInsVO Art. 4 marginal no. 16 f. (with the initiation of arbitration proceedings no longer an ongoing contract); Riedel, Insolvency in national and international arbitration proceedings, 2015, p. 145 f.

<sup>4</sup> Pfeiffer, FS Wellensiek 2011, 819 (824 f.); Schmitz, Arbitration Proceedings and Insolvency, 2016, p. 183 f.

meaning of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848. According to the materials, the previous version was intended to be a special insolvency law exception from the general linking of contracts under the relevant European rules<sup>1,2</sup>. The Rome I Regulation, like the European Convention on Contractual Obligations, expressly excludes arbitration agreements from its scope of application in Art. 1(2)(e). There is no apparent reason why anything else should apply to Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848. In particular, such an inclusion of arbitration agreements into the scope of application of the Regulation EU) 2015/848 cannot be justified by the fact that, unlike in the Rome I Regulation, the lack of applicability to arbitration agreements was not expressly ordered (or at least a special provision made), as is the case for other types of contracts in Art. 8 et seq. Regulation (EU) 2015/848.

The lack of such regulations can be interpreted according to the view taken here, and that lack is therefore irrelevant for the argument. The various special rules in Art. 8 ff. Regulation (EU) 2015/848 concern substantive contracts which are clearly covered by Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 and therefore there is a need for an explicit exception to the general rule. However, there is no need for an explicit exception if the basic rule does not apply to the arbitration agreement. Similarly pointless is the reference to the absence of an explicit exclusion of the arbitration agreement – as stated in Article 1(2)(e) of the Rome I Regulation – in the knowledge of the *Vivendi / Elektrim* problem. Such an explicit exclusion would have contributed to clarifying the legal situation, like the explicit inclusion of arbitration proceedings in Art. 18 of the Regulation (EU) 2015/848. On the other hand, the latter can also easily be seen as an indication that the explicit inclusion of arbitration proceedings in Art. 18 of the EU Regulation 2015/848 was necessary, because otherwise all issues relating to arbitration would lie outside the scope of the EU Regulation. In this respect, the conclusion drawn by Pfeiffer for the previous version, that the application to arbitration agreements “was neither historically genetically intended nor otherwise systematically convincing” also applies in the context of Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cf. *Virgos / Schmit*, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, 1996, para. 91, which directly refers only to the predecessor norms of Art. 7 para. 2 lit. e of the Insolvency Regulation 2015/848 and the Rome I Regulation (Art. 4 para. 2 lit. e of the Insolvency Regulation 1347/2000 and Art. 1 para. 2 lit. d of the Rome Convention), but whose valuations are readily transferable.

<sup>2</sup> Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJ EU, 4.7.2008, L 177/6.

<sup>3</sup> Pfeiffer, FS Wellensiek 2011, 819 (826).

## 6. Applicable Law Prior to the Initiation of Arbitration Proceedings

In the new version of the EU Regulation, only the question of which law applies to the effects of the insolvency of a party on pending arbitration proceedings is explicitly regulated. However, it does not explicitly address the question of which law determines the admissibility of the commencement of arbitral proceedings (or the outcome of proceedings for a stay of arbitral proceedings), if the insolvency proceedings had already been initiated. This finding comes as a surprise considering the intensive discussion of important partial questions in the context of the English *Vivendi / Elektrim* proceedings. These were also discussed in the similarly widely observed decision of the Swiss Federal Supreme Court of 16.10.2012, in which the Swiss court – depending on the point of view taken – “clarified or corrected” its *Vivendi* decision<sup>1</sup>. The reception of these decisions in literature and in practice shows that, in fact, the legal situation is by no means settled or clear. If, after the initiation of insolvency proceedings, the insolvency administrator or the other creditors deny the existence or extent of a claim filed for inclusion into the schedule for which an arbitration agreement exists, a question arises as to whether the creditor may or even must initiate arbitration proceedings to establish the claim. As the second Swiss decision shows, in international situations and notwithstanding the debtor’s insolvency, creditors may have an interest in having the existence of the claim determined by an arbitral tribunal, and not by the insolvency court or other competent national authorities in the debtor’s home country. The fundamental advantages of arbitration proceedings, especially with regard to *independent* dispute resolution and the avoidance of the state authorities in the debtor’s home country, continue to exist despite the debtor’s insolvency<sup>2</sup>. The same applies if the insolvency administrator intends to assert claims of the insolvent party against debtors which have domiciled abroad. Especially if these parties are not located in Member States of the European Union, it may be in the the insolvency administrator’s interest

---

<sup>1</sup> Swiss Federal Supreme Court, BGE 138 III 714; for clarification *Bulletin*, ASA Bulletin 2013, 20; based on a correction *Naegeli / Vorburger*, Austrian Yearbook of International Arbitration 2016, 143.

<sup>2</sup> See *Kaufmann-Kohler / Lévy*, Insolvency and International Arbitration, in *Peter / Jeandin / Kilborn*, The challenges of insolvency law reform in the 21st century: facilitating investment and recovery to enhance economic growth, 2006, S. 258.

to have such claims determined in arbitration proceedings, considering the easier enforceability of arbitration decisions abroad<sup>1</sup>.

Within Europe, according to the principle set out in Art. 7(1) Regulation (EU) 2015/848, the procedural and material effects of insolvency proceedings on persons and legal relationships affected by them will be governed by the *lex fori concursus*<sup>2</sup>. First of all, this rule applies irrespective of whether Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848 is considered to be applicable to the arbitration agreement. The provisions in Art. 7(2) of the EU Regulation 2015/848 are a catalogue of examples which are intended to specify the basic rule of Art. 7(1) of the EU Regulation 2015/848. The basic principle of linking the effects of insolvency proceedings to the *lex fori concursus*, i.e. the law of the place where the insolvency proceedings have been initiated, is intended to achieve the greatest number of parallels between jurisdiction and applicable law. The exceptions in Art. 8 ff. Regulation (EU) 2015/848 serve solely to protect the trust of legal transactions in other member states in those cases. It is not possible to draw conclusions on the application of the general rule in Art. 7(1) Regulation (EU) 2015/848 to the questions regarding the effect of insolvency on the possibility of arbitration proceedings due to the fact that one of examples for the application of the general rule (namely Art. 7(2)(e) Regulation (EU) 2015/848) is not applicable to arbitration agreements. Rather, the wording of Art. 7(1) Regulation (EU) 2015/848 speaks for the fundamental relevance of the *lex fori concursus* for determining the consequences of insolvency relevant to arbitration proceedings. While it<sup>3</sup> could be argued in the context of Regulation (EC) 1346/2000 that the basic rule of Art. 4 (1) should not apply to all arbitration-relevant issues, the new provision of Art. 18 of Regulation (EU) 2015/848 has removed the ground for a corresponding argument in the context of Regulation (EU) 2015/848. The express inclusion of pending arbitration proceedings in one of the exceptional circumstances is only necessary if, in the absence of the provision, the basic provision in Art. 7(1) Regulation (EU) 2015/848 applies.

Accordingly, it can be assumed that in the event of insolvency before the commencement of arbitration proceedings, all questions with regard to the

---

<sup>1</sup> See also High Court, *VTB Bank (Austria) AG v. Kombinat Aluminijuma Podgorica A.D. (in bankruptcy)*, [2015] EWHC 750 marginal no. 55, which also points to advantages in terms of language and legal knowledge.

<sup>2</sup> For example *Schmitz*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2016, p. 177.

<sup>3</sup> This is still the case, however, in connection with the previous standard Art. 4(1) Regulation (EC) 1346/2000, *P. Wagner*, *Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit*, 2008, p. 147.



possibility of settling the dispute by arbitration pursuant to Art. 7(1) Regulation (EU) 2015/848 are governed by the *lex fori concursus*<sup>1</sup>.

## 7. Binding the Arbitral Tribunals to the European Insolvency Regulation

The direct addressees of the European Regulation on Insolvency Proceedings are the state courts. Whether these rules are also binding for arbitral tribunals if the place of arbitration is in one of the EU member states is by no means uncontroversial. Unlike the national courts, arbitral tribunals are not part of the judicial system of the Member State in which the place of arbitration is located. Accordingly, especially in the arbitration law literature, the general submission of arbitral tribunals to the rules of the place of arbitration (including the conflict of law rules) is questioned<sup>2</sup>. The advocates of the opposite view, both regarding the general importance of the conflict of laws rules of the place of arbitration and in the area of insolvency law specifically, emphasize the legal anchoring of arbitration proceedings in the legal system of the state where the place of arbitration is. There, the arbitration proceedings are given their “legal grounding”, so that the arbitral tribunal is subject to the corresponding standards of the state in which it was based, i.e. the conflict of laws rules of the European Insolvency Regulation applied to the arbitral tribunal<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> E.g. *Brinkmann in K. Schmidt*, *Insolvenzordnung*, 19th edition 2016, EuInsVO Art. 4 para. 16 still on Regulation (EC) 1346/2000; otherwise without further explanation, however, the Swedish Hovrätt (Court of Appeal), 20.3.2015, in *Advadis v. Royal Unibrew*, available in English on the website of the Stockholm Chamber of Commerce, <https://www.arbitration.sccinstitute.com/views/pages/getfile.aspx?portalId=89ocId=2352489ropId=1578> (last accessed on 18.12.2018).

<sup>2</sup> Comprehensive on this subject *De Ly*, *Conflicts of Law in International Arbitration – An Overview*, p. 1 et seq. in: *Ferrari / Kröll*, *Conflict of Laws in International Commercial Arbitration*, 2019; *Solomon*, *Die Verbindlichkeit von Schiedssprüchen in der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2007, p. 275 et seq.; on the discussion in the context of insolvency law and with regard to the obligation to comply with the Insolvency Regulation, *Schultze-Moderow*, *Schiedsverfahren und Insolvenz*, 2017, p. 100 et seq.; *P. Wagner*, *Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit*, 2008, p. 113 et seq.

<sup>3</sup> So specifically for the Insolvency Regulation, *Mankowski*, ZIP 2010, 2478 (2480); generally on the fundamental decisiveness of the law of the place of arbitration, *F.A. Mann*, *Lex Facit Arbitrum*, in *Sanders*, *International Arbitration – Liber Amicorum for Martin Domke*, 1967, p. 157 et seq. (reprinted in *Arbitration International*, 1986, 241 et seq.); see also the summary and critical presentation of this theory for arbitration in general in *Gaillard*, *Legal Theory of International Arbitration*, 2010, pp. 15 et seq.



First, it is advisable to distinguish between the question of the general submission of the arbitral tribunal to the conflict of laws rules applicable at the place of arbitration, and the tribunal's submission with respect to that place's insolvency law. With regard to the conflict of laws rules mentioned above, clearly central considerations and interests underlying the conflict of laws rules for state courts do not apply to arbitral tribunals. In the context of litigation in the state courts, conflict of laws rules serve primarily to determine the circumstances under which the courts of a particular jurisdiction (as organs of state's administration of justice) may have recourse to the rules of other states when exercising sovereign functions. An arbitral tribunal, on the other hand, is not part of the judicial system provided and paid for by the state, and nor does it exercise sovereign power. Rather, a tribunal's competence is primarily based on the will of the parties. That applies irrespective of the fact that the legislator subsequently grants the result of their activities (the arbitral award) effects equivalent to a judgment. In this respect, a distinction must be made between the legitimation of the adjudicative function and the effects associated with it. The former is based solely on the will of the parties, whereas only the effects associated with the arbitral award result from a state order.

These differing interests are already evident from the fact that most European states provide in their national arbitration laws for special conflict of law rules for arbitral tribunals, at least with regard to the law generally applicable to the case. These rules exist despite the unified conflict of law rules in Europe in the area of contract law. The arbitration-specific conflict of laws rules regularly differ from the general conflict rules both in relation to the extent of autonomy given to the parties, and in the law applicable in the absence of a choice. For example, under German law, section 1051(1) of the German Code of Civil Procedure (ZPO) allows the choice of non-governmental law such as the UNIDROIT Principles in arbitration proceedings, whereas Article 3 Rome I Regulation, which is relevant for state courts, restricts the choices to state law<sup>1</sup>. At the same time, in contrast to the connection in Art. 4 Rome I Regulation, the national arbitration laws of important EU member states, such as France or (until January 2020) England, do not stipulate that the arbitral tribunal shall apply the law with which it has the closest connection, but grant the arbitral tribunal a general discretion<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> See on § 1051 ZPO, *Geimer* in *Zöllner*, 32nd ed. 2018, ZPO § 1051 marginal no. 3; on the theories in the area of the Rome I Regulation, *Martiny* in *Reithmann / Martiny*, International Contract Law, 8th ed. 2015, marginal no. 2.34 ff.

<sup>2</sup> In French law, Art. 1511 NCPC gives the arbitral tribunal discretion to determine the applicable law directly (*voie directe*); in English law, Art. 46(3) Arbitration Act 1996 allows the

Even if these differences in the applicable conflict of law rules are generally insignificant in practice, they do show the differing interests between arbitral tribunals and national courts. The former, as the dispute settlement mechanism chosen by the parties, is conceptually granted much more freedom than the state court, the jurisdiction of which is based on state orders and whose judges are paid by the state.

Irrespective of these differences, the respective legislator is in principle free to either declare that the conflict of laws rules applicable to state courts are also binding on arbitral tribunals, or to create special conflict of law rules for arbitral tribunals. However, the Regulation (EU) 2015/848 shows no clear will in this direction. This applies despite the inclusion of “pending arbitral proceedings” in Art. 18 of the Regulation (EU) 2015/848. It is addressed first of all to the state courts which, in the context of an examination of their own jurisdiction or the recognition of an arbitral award, are concerned with the question of the effects of insolvency proceedings on arbitration proceedings. The fact that arbitral tribunals would also be bound by Art. 18 Regulation (EU) 2015/848 or the other provisions of the Regulation can neither be inferred from the provisions themselves nor from relevant legal materials. On the contrary, the Regulation is silent on its application to arbitral tribunals<sup>1</sup>, so that in this respect general considerations have to be taken into account.

Despite these fundamental differences between arbitral tribunals and state courts, in the field of insolvency law, it is generally assumed that arbitral tribunals are bound by Regulation (EU) 2015/848. This applies to the literature on insolvency law as well as to the practice of arbitral tribunals seated in the European Union, which regularly refer to the standards of the EU Regulation to determine the applicable law. Usually, this is done without the applicability of the conflict of laws rules of the EU Regulation even being questioned in the arbitration proceedings<sup>2</sup>. This is probably due to the interests protected by the substantive insolvency law. In many

---

arbitral tribunal to determine freely at least the conflict of law rules under which the applicable law is to be determined.

<sup>1</sup> Generally critical of the hardly illuminating statements of the drafters of the Regulation, Keller, SchiedsVZ 2014, 307 (312).

<sup>2</sup> For example, in the above-mentioned English arbitration proceedings in the *Elektrim* case as well as in the *Swedish Advadis v. Royal Unibrew* proceedings; see also Virgós / Garcimartín, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, 2004, para. 261; a more detailed justification of the application of the European Insolvency Regulation is provided by P. Wagner, *Abstimmungsfragen zwischen Internationalem Insolvenzrecht und Internationaler Schiedsgerichtsbarkeit*, 2008, p. 113 et seq.

countries, these are considered, at least partially, to be part of the *ordre public*. Accordingly, the Regulation (EU) 2015/848 is also, at least in part, considered to be part of the European public policy, which is binding for arbitral tribunals<sup>1</sup>. As a result, deviations are always made under the sword of Damocles of *ordre public* contravention.

In contrast, two recent doctoral theses on the problem come to the conclusion that arbitral tribunals are not bound by the Regulation (EU) 2015/848<sup>2</sup>. The two dissertations develop independent arbitration-specific conflict of law rules for the various issues that may arise in connection with the insolvency of a party for an arbitral tribunal, using arguments that are convincing at first sight. The fundamental principle for the development of these conflict of law rules however is the will of the parties, which is the basis of legitimacy for any arbitral activity and which also has constitutional status. In contrast, the classifications made by the relevant provisions of insolvency law in their respective home legal systems play only a subordinate role. On the basis of this decision, arbitration-autonomous conflict of laws rules are then developed for the questions of objective and subjective arbitrability, the influence of the insolvency on the implementation of arbitration agreements, the validity of the arbitration agreement, the competence to conclude arbitration agreements and the affiliation of specific assets to the insolvency estate. While the details of these regulations are worth discussing in detail, only the basic result is of interest here. In contrast to the provisions of the Regulation (EU) 2015/848, these arbitration-autonomous conflict of law rules do not always lead to the *lex fori concursus* being applicable, especially in cases where the insolvency occurs before the arbitral proceedings are initiated. In particular, if the *lex fori concursus* limits the possibility of arbitral proceedings, these autonomous conflict of law rules regularly result in the application of the more arbitration-friendly rules of the place of arbitration. To simplify matters, it can be stated that an approach is chosen which is as arbitration-friendly as possible.

Considering the *ordre public* character of central provisions of insolvency law, it seems problematic that in questions of applicable insolvency law, arbitral tribunals arrive at different results to those that the state courts may have reached. This will always result in deviations from the restrictive rules of the *lex fori concursus*, which are to be applied by the state courts via Art. 7 Regulation (EU) 2015/848. As a rule, however, enforcement of the arbitral

<sup>1</sup> Schmitz, Arbitration Proceedings and Insolvency, 2016, p. 167 ff.

<sup>2</sup> Schultze-Moderow, Schiedsverfahren und Insolvenz, 2017, p. 100 ff.; soon Kraus, Das Schick-sal internationaler Schiedsverfahren in der Insolvenz der Schiedsbeklagten, 2020, 190ff.

award will only be possible within the framework of the insolvency proceedings before the courts at the place of the insolvency proceedings. At first sight, the defence of public policy violation pursuant to Article V para. 2 no. 2 of the UN Convention seems to prevent recognition of the arbitral award, if restrictive and arbitration-hostile insolvency law provisions were not applied in the country of origin.

On closer inspection, however, such a conclusion is by no means mandatory, as the example of the recognition of the English arbitral award from the *Elektrim* proceedings in Poland shows. This is due to the fact that not all mandatory provisions of insolvency law are part of the *ordre public*. Rather, the *ordre public* is often limited to those provisions which are absolutely indispensable to enforce the principle of equal treatment of creditors. There are only few provisions of insolvency law which meet this requirement. These are the provisions which ensure that the enforcement of the claim takes place within the insolvency proceedings, i.e. individual enforcement based on the priority principle must be excluded. However, this can usually be ensured by requiring that the claim be asserted within the framework of the insolvency proceedings, i.e. in German law the filing of possible claims for inclusion to the schedule of claims. It is already debatable whether any corresponding requirements for the operative part of the arbitral award, i.e. the mere determination of the existence of the claim, are truly necessary to ensure equal treatment. The German Supreme Court, for example, has held that the enforcement of an award which granted a payment claim was not contrary to public policy as long as it was clear from the body of the award that only enforcement within the insolvency process was sought<sup>1</sup>. By contrast, a complete exclusion of the arbitral tribunals themselves for the determination of the claim in the insolvency proceedings is not necessary. Accordingly, such a finding does not necessarily violate public policy, even if the *lex fori concursus* rules do not permit arbitration.

Public policy may also be violated if the insolvency administrator is not given sufficient opportunity to present its case once it has taken over the management of the estate. Again, as long as an actual possibility to do so is granted, the enforcement of the award will not be contrary to public policy even if the award does not properly reflect the legal status of the insolvency administrator, which may be different from jurisdiction to jurisdiction. In some jurisdictions the insolvency administrator automatically became a party to

---

<sup>1</sup> German Supreme Court, 29 January 2009 – III ZB 88/07, SchiedVZ 2009, 176 – declaring only that part to be contrary to the *ordre public* intern which concerned claims which had not been filed previously for inclusion into the schedule of claims.

the proceedings, in other the original debtor remains the party and is only represented by the insolvency administrator, or the estate gains its own legal personality and is then party to the proceedings.

## **8. Concluding Remarks**

The insolvency of Elektrim and the resulting proceedings have put on the agenda the conflict of laws issue of coordinating arbitration and insolvency law in the European context. Today, more than ten years later and despite a new version of the EU Insolvency Regulation, the legal situation is far from clear. This is partly due to the fact that arbitration law and insolvency law are two specialist fields of law, the protagonists of which often lack in-depth knowledge of the corresponding area. There are good arguments for the proposition that as long as arbitrators recognize the insolvency of a party as a fact and ensure compliance with the principle of equal treatment, their awards will most likely not be set aside if the award does not apply the other provisions of the applicable *lex concursus*.

## ENGLISH LOOPHOLES AND RUSSIAN BANKRUPTCIES

SIMON CAMILLERI,

Associate, *Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP* (London),

DARIA SAKHNO,

Registered Foreign Lawyer,  
*Fried, Frank, Harris, Shriver & Jacobson LLP* (London)

*The present article examines the application of the Gibbs rule in the LCIA arbitration and what will it mean for the bankruptcy proceedings in Russia. The recent case of Sberbank v. IBA in the High Court and the Court of Appeal has reminded the public about the application of the rule in the Gibbs case to the interpretation of contracts, which contain an “English law” clause. It may be argued that the Gibbs rule provides the creditor with an ability to circumvent the structure of creditors in the Russian bankruptcy proceedings. This article analyses the conflict on the primacy of the applicable law – i.e. law applicable in bankruptcy proceedings and in arbitration – and the consequences of such conflict. The article focuses on the following key elements of the conflict between the bankruptcy and arbitration procedures: (1) does an LCIA arbitration held in parallel with contemporaneous Russian bankruptcy proceedings undermine the latter by providing one of the creditors with unjustified preferential treatment to recover its debts; and (2) with respect to the procedure to enforce the final award in Russia – whether the same should be executed through the existing bankruptcy proceedings or rather through a more general route of the enforcement of arbitral awards. In the latter case, the correlative question to be asked is whether such enforcement of the award would breach the public policy of the Russian Federation?*

*Keywords: transnational bankruptcy; arbitration; Gibbs rule; English law; LCIA arbitration; private international law; conflict of laws; choice of law.*



*В настоящей статье рассматривается применение правила Гиббса при рассмотрении споров в арбитраже LCIA, а также его влияние на процедуру банкротства в России. Недавние решения по делу Sberbank v. IVA в Высоком суде и Апелляционном суде напомнили общественности о применении правила Гиббса к толкованию контрактов, в которых содержится оговорка о применении английского права. Можно утверждать, что правило Гиббса дает кредитору возможность обойти очередь кредиторов в российском банкротстве. В данной статье анализируется спор о главенстве применимого права — между правом, применимым к процедурам банкротства, и правом, применимым в арбитраже, а также последствия такого конфликта. В статье рассматриваются следующие ключевые элементы коллизии между процедурами банкротства и арбитража: (1) подрывает ли арбитраж LCIA, который ведется параллельно с российской процедурой банкротства, последнюю, предоставляя одному из кредиторов необоснованное преимущество для взыскания его долгов; и (2) при приведении в исполнение окончательного арбитражного решения в России должно ли оно быть выполнено в рамках существующего производства по делу о банкротстве или, скорее, посредством общего пути исполнения решений арбитража? В последнем случае следует задать также уточняющий вопрос: будет ли такое решение арбитража нарушать публичный порядок Российской Федерации?*

*Ключевые слова: трансграничное банкротство; арбитраж; правило Гиббса; английское право; арбитраж LCIA; международное частное право; коллизионное право; оговорка о выборе права.*



## 1. Introduction

In the current global economic climate, an unfortunately common occurrence is that of the bankruptcy of corporations and individuals alike, with the consequent effect that this bankruptcy has on the (sometimes numerous) creditors of the debtor. In Russia, for instance, both the Russian press and the Russian courts have been filled with stories relating to the collapse of well-known Russian financial institutions, such as Otkritie Bank, Promsvyazbank and Bank of Moscow.

Although it is not the purpose of this article to dwell on these well-known and highly publicised stories, the nature of the institutions concerned does

touch upon the subject explored below. In particular, large international financial institutions (or international players more generally) are known for selecting a law other than their domestic law to govern their contractual obligations. One of the most popular choices is that of English law, given its perceived commerciality with respect to contractual (and particularly financial) matters. As well as choosing English law to govern their contractual relations, international organisations often choose to avoid the jurisdiction of their home courts (including the Russian courts) by reference to the rules of arbitral institutions such as the London Court of International Arbitration (hereinafter – LCIA), the International Chamber of Commerce (hereinafter – ICC) or the Swiss Chamber of Commerce (hereinafter – SCC).

The purpose of this article is to consider the effect of such a choice of law and arbitration on a creditor, where the bankruptcy is administered in Russia. In particular, the authors consider, first, the framework of Russian law as it concerns bankruptcies administered in Russia, the exclusivity imparted to the Russian courts to determine the rights and liabilities of the debtor, and the apparent exceptions made, in some instances, for current debts. Following this, the authors secondarily consider the position under English law with respect to the effect of a foreign bankruptcy on a (particularly English) debt and in particular, the effect of what is known as the rule in *Gibbs*. The authors will then go on to analyse the combined effect of the apparent exception made by certain Russian courts for current debts in light of the English law rule refusing to recognise the effect of a foreign bankruptcy on English debts. The conclusion drawn by the authors is that the current state of Russian law, although strong in theory with respect to the protection of the equal treatment of creditors, allows for potential abuses by creditors whose debts are governed by English law. In particular, the treatment of current debts potentially allows for certain creditors to ‘skip the queue’, resulting in some creditors being given preferential treatment over others, where the only difference between them is a choice of English law and arbitration to govern their arrangements with the debtor.

## 2. Russian Bankruptcy Law Principles

The main aim of Russian bankruptcy proceedings is to ensure that a debtor’s creditors receive a proportionate repayment of the debts owed to them<sup>1</sup>. A central element of this approach is to ensure the fair treatment of

---

<sup>1</sup> Article 2, paragraph 16 of the Federal Law of the Russian Federation On Insolvency (Bankruptcy) (“Bankruptcy Law”).



creditors, so that no one creditor obtains a greater share of the debtor's estate than any other.

One of the primary ways in which Russian bankruptcy law aims to ensure fairness as between creditors is to vest exclusive jurisdiction in the Russian court to determine the debtor's various liabilities, once the debtor commences bankruptcy proceedings. This exclusive jurisdiction allows all creditors to raise objections and express their position through a single set of court proceedings. This unitary approach, in theory, applies equally to arbitration: at the point at which the Russian court exercises its supervisory jurisdiction, the arbitral tribunal is not viewed as competent to determine the rights and liabilities between the debtor and a creditor, and payment of any award rendered can only be determined within the context of the bankruptcy proceedings. With respect to the jurisdiction of the arbitral tribunal in particular, the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation has stated the position conclusively as follows<sup>1</sup>: "From the moment when the arbitrazh court commences the bankruptcy proceedings against the debtor who is a respondent in an arbitration in a dispute, which, by virtue of the law, is subject to consideration by the arbitrazh court within the bankruptcy case, the arbitral tribunal is no longer competent to consider the case and must make a decision to terminate the arbitration proceedings (Article 38 of the Law on Arbitration in Russia)".

As to the position of an arbitral award, the Supreme Arbitrazh Court has held that the existence of bankruptcy proceedings in Russia constitutes a ground for refusing enforcement of the arbitral award under either Article 239 of the Arbitrazh Procedural Code of the Russian Federation, or Article 426 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation<sup>2</sup>.

The general justification given for this position is to reflect (and respect) the interests of other creditors, *vis-à-vis* the debtor. Where arbitration is concerned, it is a private, consensual, process in which the parties to the arbitration agreement have their disputes settled by a tribunal of their choosing. There is, in essence, no scope for other creditor's interests to be represented in those private proceedings. The situation is somewhat different where the position is before the Russian court. Even in a situation where a creditor of the bankrupt is unaware of the state court considering the claim for the recovery of the current payment and/or disagrees with a judicial decision on repay-

<sup>1</sup> Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 13 November 2012 No. 8141/12.

<sup>2</sup> Article 239 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation: Grounds for refusal of issuing the writ of enforcement of the arbitration award; Article 426 of the Code of Civil Procedure of the Russian Federation: Grounds for refusal of issuing the writ of enforcement of the arbitration award.

ment, the creditor remains entitled to appeal that decision<sup>1</sup>. Where the arbitral award is concerned, however, the fact that a third party disagrees with it is not a sufficient reason to allow them to appeal what is essentially the outcome of a consensual process between two contracting parties. The strong bias in favour of protecting the position of creditors through the non-arbitrability of disputes concerning a bankrupt is set out authoritatively in the Decree of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation<sup>2</sup>: “Due to the legal position expressed in the Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court dated 29.06.2010 No. 2070/10, courts considering the application for issuance of a writ of enforcement of an arbitral award rendered against the entity, against which a bankruptcy case was initiated at the time of consideration of such application, should have examined the question of whether the enforcement of the arbitration award outside the framework of the bankruptcy proceedings entails a preferable satisfaction of the claims of one of the creditors before the others and, as a consequence, the violation of the rights and legitimate interests of other creditors. The arguments of the Bank about the violation of the principle of equal legal protection of the interests of creditors contrary to the norms of part 4 of Article 238 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation have not been evaluated. This approach contradicts the public interest in considering this category of disputes, equal judicial protection of the rights and legitimate interests of the debtor’s creditors, one of which is the Bank, creating conditions for a substantial violation of the rights of persons entitled to satisfy their claims in bankruptcy proceedings, not allowing to achieve proportionate satisfaction of the requirements of all bankruptcy creditors”.

In these circumstances, therefore, the effect of Russian law is such that it protects both the debtor and the creditors: once the Russian court commences the supervisory stage of the arbitration, the arbitral tribunal no longer has jurisdiction over the bankrupt and an arbitral award rendered against the debtor will not be enforced against that debtor outside of the Russian bankruptcy proceedings.

Where the Russian-law analysis appears to be anomalous, however, is in the Russian courts’ treatment of current debts. According to article 5 paragraph 2 clause 1 of the Bankruptcy Law, claims of creditors to receive payment for delivered goods, rendered services and work performed that arose

---

<sup>1</sup> See Article 42 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation and clarifications of Clause 24 of Resolution No. 35.

<sup>2</sup> Decree of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 12. February 2013 No. 12751/12.

after the initiation of bankruptcy proceedings are considered to be current. This would cover, for example, a contract entered into by the debtor or an obligation under a contract that pre-dates the application, where the payment obligation itself falls due after the application. Article 134 of the Bankruptcy Law establishes a rule on the repayment of claims for current payments before the registry claims and determines the internal priority for their repayment. It does not, however, contain provisions that imperatively regulate the procedure for considering creditors' claims for current payments, in arbitration or otherwise. The manner in which Russian law is to treat these debts has, therefore, been left to the Russian courts. In these cases, the approach to an arbitral award rendered post-application is unclear.

In the Decision of the Supreme Court dated 21 October 2014<sup>1</sup>, the Supreme Court's opinion appears consistent with the general approach outlined above; namely, that what is important is an analysis of the procedural stage of the arbitration as against the procedural stage of the bankruptcy. In particular, the case supports the view that, even where current debts are concerned, once the Russian court exercises its supervisory jurisdiction over the debtor, the tribunal has no jurisdiction to determine the rights and liabilities of the parties. Consistent with this view, any award rendered is unenforceable outside of the bankruptcy process: "The cassation court, taking into account the legal position of the Constitutional Court of the Russian Federation, as set out in the Decree No. 10-P dated 26 May 2011, according to clause 6.3 of which, the arbitral tribunal is not entitled to resolve the dispute if the rights and obligations of persons who do not participate in it and did not give consent to participate in it are affected by the arbitration, having established that the award was issued after the bankruptcy case was initiated and a monitoring procedure was introduced against the factory, based on the fact that the consideration of the dispute on the recovery of current obligation in arbitration violates the rights of bankruptcy creditors and current creditors to appeal the arbitration award under article 60 of the Bankruptcy Law, in part of the amount of the current payment, came to the conclusion that in such circumstances the arbitral tribunal did not have the authority to consider the claim. The dispute considered in the arbitration could not have been subject of arbitration in accordance with the Bankruptcy Law, disputed claims are subject to consideration exclusively by the arbitrazh court".

A similar position is found in the Decisions of the Federal Arbitrazh Court (FAC) of the West Siberian District dated 15 December 2011 in case No. A02-957/2011, FAC of the North Caucasus District dated 31 January

---

<sup>1</sup> No. 301-ES14-1657 in case No. A79-10231/2013.

2014 in case No. A32-18564/2013, Arbitrazh Court of the North-West District dated 18 March 2015 in case No. A66-15672/2014.

However, in Resolution No. 35 of the Supreme Arbitrazh Court, the Court appears to have made an exception for current debts. In taking a holistic interpretation of the Bankruptcy Law, by reference to several provisions, the Supreme Arbitrazh Court stated as follows<sup>1</sup>: “By virtue of the second paragraph of clause 1 of Article 63, the second paragraph of clause 1 of Article 81, paragraph eight of clause 1 of Article 94 and paragraph seven of clause 1 of Article 126 of the Bankruptcy Law, since the date of the commencement of monitoring stage, financial recovery, external management and bankruptcy proceedings, creditors’ claims for monetary obligations and for the payment of obligatory payments, with the exception of current payments, can be presented only within the framework of a bankruptcy case in accordance with Articles 71 or 100 of the Law. In this regard, all claims for the recovery from the debtor’s debt on monetary obligations and mandatory payments, *with the exception to current payments* [emphasis added], and obligations of an individual debtor that are inseparably linked with the personality of the creditor filed on the day of the commencement of monitoring stage, or later during any stage of the bankruptcy proceedings shall be left without consideration on the basis of clause 4 of part 1 of article 148 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation”.

In a similar vein, in a dispute between Gazprom Mezhhregiongaz Perm LLC and Sovkhoz Sylvensky LLC, the Perm Territory Arbitrazh Court held as follows<sup>2</sup>: “By virtue of paragraph 1 of Article 63 of the Federal Law dated 26 October 2002 No. 127-FZ, from the date the arbitrazh court decides on the commencement of the monitoring of creditors’ claims for monetary obligations and on the payment of mandatory payments, with the exception to current payments, which may be brought against the debtor only in compliance with the procedure for presenting claims established by this Law to the debtor. <... > At the time of consideration of the application for recognition and enforcement of a foreign judgment by the arbitrazh court considering the application for recognition of the debtor insolvent (bankrupt), a decision was made on the commencement of the monitoring, property claims against the debtor should be submitted to the arbitration court considering the case on its insolvency (bankruptcy). In the present case, they will be included into the register of creditors’ claims and if the debtor is declared bankrupt, will be

---

<sup>1</sup> Paragraph 24 of Resolution No. 35 of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation.

<sup>2</sup> Case No. A50-6832/2014.

satisfied in the manner prescribed by the said Law. The register of creditors' claims also includes foreign court decisions legalized in a separate proceeding. <...> Meanwhile, the court of first instance did not take into account that this rule does not apply to current payments (monetary obligations that arose after the date of the application for declaring the debtor bankrupt), which are not subject to inclusion in the register of claims of creditors of the debtor and are considered in a general manner provided for by procedural legislation (clauses 1 and 2 of Article 5 of the Federal Law dated 26 October 2002 No. 127-FZ). <...> Demands of Gazprom Mezhtregiongaz Perm LLC on the debt repayment... arose after commencement (on 20.01.2012) of insolvency (bankruptcy) in relation to Sovkhoz Sylvensky LLC, in connection with which this requirement is ongoing. Given the foregoing, the court of first instance lacked the grounds provided for in paragraph 4 of Part 1 of Article 148 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation to leave without consideration the application of Gazprom Mezhtregiongaz Perm LLC to issue a writ for the enforcement of the arbitral award”.

The decision of the Perm Territory Arbitrazh Court, therefore, prioritises the position of the current debt where it arises out of the arbitration proceedings. What is difficult with this approach, however, is that if the arbitration is not stayed (or, indeed, has commenced) once the Russian court exercises its jurisdiction over the bankrupt debtor, this has the potential to permit a creditor to prioritise its position over that of other creditors. Of course, one may assume that the law of the debt concerned would prioritise or bend to the Russian bankruptcy, so that the issue does not arise in practice. However, such an assumption does not take account of the position under English law, as explained below, which does not prioritise (or even consider) the effect of the Russian bankruptcy on the validity of the payment obligation.

### **3. English Law Principles: The Rule in *Gibbs***

Where an arbitration is governed by English law and seated in England, the rule in *Gibbs* will almost certainly be applied by the panel (or sole arbitrator) appointed to determine the dispute. An explanation of the rule and the academic commentary surrounding it, therefore, merits some consideration. The purpose of highlighting the academic commentary in this area is to provide sufficient background context to understand why the rule in *Gibbs* is considered to be controversial in the common law world. It is not the purpose of this article to opine on whether or not the rule in *Gibbs* is, as a matter of English law (or public policy), correct. The very simple reason for this is that, as recently as December 2018, the Court of Appeal has confirmed the

correctness of the rule in *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*<sup>1</sup> Although Ms. Bakhshiyeva sought permission to appeal the Court of Appeal's decision to the Supreme Court (the highest Court in the U.K.), both the Court of Appeal and the Supreme Court dismissed the application. Thus, absent intervention by Parliament (which seems unlikely), the rule in *Gibbs* is likely to remain a part of English law for some time to come.

### 3.1. *The Rule in Gibbs*

The rule in *Gibbs* takes its name from a 19<sup>th</sup> century Court of Appeal decision, *Antony Gibbs & Sons v La Société Industrielle et Commerciale des Métaux*.<sup>2</sup> In *Gibbs*, the defendant, a French company, had entered into certain contracts with the claimant, merchants based in London, for the purchase of copper. Under the contracts, the copper was to be delivered to and paid for in England. Following entry into the contracts, but before the copper was delivered, the defendant entered into liquidation in France. The defendant subsequently refused to accept delivery of the copper, and the claimant sued it for non-acceptance of the goods. The defendant's defence to the claim included a statement to the effect that the French liquidation had the effect of discharging the defendant from all liability as a matter of French law (i.e. the place of the company's incorporation).

Both the first instance judge (Stephen J) and the Court of Appeal (Lord Esher MR, Lindley and Lopes LJJ) rejected the defendant's defence to the claim. The Court of Appeal (Lord Esher MR) in particular reasoned that as the contracts were made in England and their performance (i.e. delivery and payment) was due to take place in England, the contracts were governed by English law. In those circumstances, the question of whether the liquidation had the effect of discharging the debt was governed solely by English law. English law, in the circumstances, did not consider the debt to have been discharged. As Lord Esher MR put it<sup>3</sup>:

"It is now, however, suggested that, where by the law of the country in which the defendants are domiciled the defendants would, under the circumstances which have arisen, be discharged from liability under a contract, although the contract was not made nor to be performed in such country,

---

<sup>1</sup> *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*, [2018] EWCA Civ. 2802.

<sup>2</sup> *Antony Gibbs & Sons v. La Société Industrielle et Commerciale des Métaux*, (1890) LR 25 QBD 399.

<sup>3</sup> *Ibid.* at 405 to 406.

it ought to be held that they are discharged in this country. It seems to me obvious that such a proposition is not in accordance with the principle which I have stated. The law invoked is not a law of the country to which the contract belongs, or one by which the contracting parties can be taken to have agreed to be bound; it is the law of another country by which they have not agreed to be bound.

<...>

Therefore, if it were true that in any of the modes suggested the defendants were by the law of France discharged from liability, I should say that such law did not bind the plaintiffs, and that they were nevertheless entitled, according to English law, to maintain their action upon an English contract”.

The second part of this quote gives rise to the common misconception that the effect of the rule in *Gibbs* is to say that the English forum (or English law) will not recognise the effect of a foreign bankruptcy on a debt claim. This is incorrect. The effect of the rule in *Gibbs*, as a matter of English private international law, is to say that whether or not a debt is to be treated as discharged by a foreign insolvency, liquidation or some other such similar process, is governed solely by the law of the debt. Thus, if the governing law of the contracts in *Gibbs* had been French law (or, indeed, any other law that prioritised the French liquidation process over the debt), the English court would have treated the debt as discharged. Another (and perhaps less controversial) way of explaining the rule in *Gibbs* is to say that English law does not automatically prioritise a foreign insolvency process to the detriment of the contractual rights under the contract. Rather, it looks to the law of the contract and asks: what is the approach under that law? As can be seen from the extract of Lord Esher MR’s judgment above, the simple rationale behind this is that where a law is determined to govern a contract (either expressly or impliedly), the parties can be taken to have agreed to accept the consequences of that choice. If that law recognises the effect (or some effect) of the foreign insolvency on the contract, then that is that. However, if the law chosen does not so recognise the effect of the foreign insolvency on the contract, there is no reason to subject the parties to the effect of law that they did not agree would govern their conduct. In some ways, therefore, the rule in *Gibbs* is simply a reiteration of the principle *pacta sunt servanda*. Also reflective of the focus of the rule on consent is the fact that if the creditor (as a party to the contract) submits to the foreign insolvency process, the rule in *Gibbs* does not operate<sup>1</sup>: “It is long established that a creditor who has submitted to the foreign insolvency proceeding (for example, by entering a proof and

<sup>1</sup> *Sheldon*, Cross-Border Insolvency (4<sup>th</sup> edition) at §13.2.

receiving a dividend) is bound by a discharge granted in the course of the foreign proceedings”.

In such circumstances, the creditor *has* agreed to be bound by a law other than that governing the contract (if this is different from the law of the foreign insolvency process) and, in such circumstances, it would make little or no sense to dismiss the effect of that foreign insolvency on the contract. Why, then, is the rule considered by many to be controversial? The authors consider this issue, by reference to the academic literature, in the next section.

### 3.2. *Controversy of the Rule*

The rule in *Gibbs* has proved controversial (and, indeed, has become the subject of criticism) on a number of distinct levels<sup>1</sup>. Some of the criticisms relate to the emphasis that English law appears to place on the contractual bargain, to the detriment of the overriding or dominant effect of insolvency law. Other criticisms focus on the way English law appears hypocritical – or even contradictory – in the manner in which it treats English insolvency processes vis-à-vis courts (foreign or not) that come before the English courts. The authors outline each form of criticism in turn below.

#### 3.2.1. *Emphasis on the Contractual Bargain*

The principal criticism of the rule in *Gibbs* is that it fails to recognise – or give effect to – the universality of insolvency law. To put it another way, insolvency law and procedures are viewed as having an overriding effect that reflects the fact that, once they are engaged, they take precedence over other considerations (such as the parties’ contract). This overriding effect derives from the fact that once an insolvency process is engaged, the contractual bargain analysis is too simple. There may well be multiple creditors involved with one debtor, in multiple jurisdictions. To say that one creditor’s interest in repayment outweighs another simply because of the law that governs that creditor’s contract may well lead to unfairness. One article put it this way<sup>2</sup>:

“It is commercially unenlightened in the extreme for our private international law to condone and facilitate opportunistic behaviour that may potentially have the effect of unravelling a legitimate restructuring implemented in the country of the debtor’s incorporation and principal business

---

<sup>1</sup> Indeed, the English Court of Appeal noted the level and extent to which the rule in *Gibbs* has been criticised in *Erste Group Bank AG v. JSC VMZ Red October*, [2015] 1 CLC 706.

<sup>2</sup> *Walters and Moffatt*, ‘Recognising the effects of foreign insolvency proceedings: time for the *Gibbs* principle to be consigned to history’ (2011) 32(6) *The Company Lawyer*, at 161 to 162.



operations merely because the relevant instruments happen to be governed by English law...

...The general trend of international insolvency law suggests that the days of the Gibbs principle are numbered. The trend at common law – accelerated in particular by Lord Hoffmann – has been to embrace the general principle that foreign insolvency proceedings should be recognised as having universal application carrying with it the active assistance of the English court and requiring the English court to co-operate with the courts in the country of the principal liquidation insofar as is consistent with justice and UK public policy. This approach provides a basis for recognition of a foreign discharge where the same effect could have been achieved under domestic law...”

The reference to Lord Hoffmann in the above article is a reference to his judgment in *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd.*<sup>1</sup>, in which his Lordship espoused the principle of (modified) universalism as a principle of English law. According to this principle, insofar as it is consistent with English notions of justice and public policy, the English court should aim to co-operate with the courts in the country of a debtor’s insolvency. The reason Lord Hoffmann gave justifying this principle was that it would “ensure that all the company’s assets are distributed to its creditors under a single system of distribution”<sup>2</sup>.

In the case of the rule in *Gibbs*, it is not difficult to see how the rule’s prioritisation of the contractual bargain over all else (save as is set out below) appears to cut across the principle of (modified) universalism. Indeed, by actively promoting the law of the contract, the rule in *Gibbs* appears to undercut the justification for (modified) universalism; namely, to ensure a single system of distribution where it comes to a flailing company’s assets.

One potential response to this criticism is to suggest that the principle espoused by Lord Hoffmann is not one of universalism: it is of *modified* universalism, with such universalism being expressly subject to English notions of justice and public policy. Given that the *Gibbs* rule simply prioritises the law of the *contract* (not, emphatically, English law), one may well argue that *Gibbs* reflects English law’s policy of upholding contractual bargains. It is possible to add further weight to this response by noting that in certain circumstances (most notably, where the EU Insolvency Regulation<sup>3</sup> governs

<sup>1</sup> *Re HIH Casualty and General Insurance Ltd.*, [2008] 1 WLR 852, at [30].

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings.

the insolvency proceedings), the *Gibbs* rule simply does not apply. Thus, where the residual policy of respecting the party's contractual bargain applies, it should be respected. This response is somewhat undermined, however, by the other major criticism of English law's treatment of insolvencies (and, by extension, the *Gibbs* rule).

### 3.2.2. *English Law's Treatment of English Insolvencies*

Where English law insolvency processes are concerned, the effect of these processes on a contract, regardless of the governing law, are set out concisely in Dicey<sup>1</sup>: "A discharge from any debt or liability under an English bankruptcy is a discharge therefrom in England, irrespective of the law applicable to the contract or debt".

Thus, where an *English* insolvency is concerned, that insolvency does have the effect of discharging any debt or liability under a contract, *regardless of the law governing the contract*. From the outline of the rule in *Gibbs* provided above, an English insolvency process appears to be a major exception to that rule or, as one author – the late Professor Ian Fletcher – has described it, a "glaring anomaly"<sup>2</sup>.

The rationale behind this criticism, it seems, is the fact that one cannot have it both ways with the rule in *Gibbs*: either English law prioritises the consensual choice of law of the parties – and prioritises it always – or it does not. To say that the law of the contract takes precedence over an insolvency process, except where the insolvency process is an English one may well explain the charge levied against the rule in *Gibbs* that it smacks of parochialism<sup>3</sup> or "Anglocentric reasoning"<sup>4</sup> that is inappropriate in the modern age.

---

<sup>1</sup> *Collins and Harris* (eds.), Dicey, Morris & Collins on the Conflict of Laws (15<sup>th</sup> edition) at Rule 213.

<sup>2</sup> *Fletcher*, *Insolvency in Private International Law* (2007), at [2.127].

<sup>3</sup> In *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*, [2018] EWCA Civ. 2802, Henderson LJ considered the charge of parochialism as "rather unfair", observing that "questions of discharge of a contractual liability are governed by the proper law of the contract, whether or not that law is English law" with the result that if the contracts in that case had been governed by Azeri law (where the restructuring proceedings in that case were taking place), the English court would have recognised the effect of the insolvency on the debt (see [32]). Although this goes some way to defeating the charge of parochialism, it does not go the whole way to doing so. Equally clearly, if English law had governed the insolvency, the English court would have treated the debt as discharged, regardless of the law of the contract.

<sup>4</sup> *Fletcher*, *Insolvency in Private International Law* (2007), at [2.128].

### 3.3. Affirmation of the rule: *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*<sup>1</sup>

Despite the controversy surrounding the rule in *Gibbs*, it has been affirmed, applied or approved in a number of cases since it was handed down in 1890<sup>2</sup>. The most recent case following this trend is that of the decision of the Court of Appeal in *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*<sup>3</sup>

*Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*<sup>4</sup> concerned the well-publicised restructuring of the International Bank of Azerbaijan (hereinafter – IBA). In 2017, IBA experienced financial difficulties that, in April 2017, resulted in IBA entering into a voluntary restructuring procedure in Azerbaijan. The predominant purpose of the restructuring was to allow IBA to reorganise certain of its foreign debts. One of these debts was a US\$ 20,000,000 loan facility entered into with Sberbank of Russia in 2016 (hereinafter – the Loan Facility Agreement). The Loan Facility Agreement was governed by English law.

As to how the matter came before the English courts, IBA’s foreign representative appointed under the Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (hereinafter – CBIR), Ms. Bakhshiyeva, sought and obtained a moratorium against all claims against IBA. She subsequently sought to convert this temporary moratorium into a permanent moratorium under Article 21 of the CBIR. At first instance, Hildyard J rejected the application, but granted Ms. Bakhshiyeva permission to appeal<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*, [2018] EWCA Civ. 2802.

<sup>2</sup> *New Zealand Loan and Mercantile Agency Co. v. Morrison*, [1898] AC 349 (Privy Council) (per Lord Davey, at 359); *National Bank of Greece and Athens SA v. Metliss*, [1958] AC 509 (House of Lords) (per Viscount Symonds at 523); *Adams v. National Bank of Greece SA*, [1961] AC 255 at 287 (House of Lords) (per Lord Denning at 287); *Re T&N Ltd.*, [2005] Pens LR 1 (High Court) (per David Richards J at [121]–[122]); *Global Distressed Alpha Fund I Ltd. Partnership v. PT Bakrie Investindo*, [2011] 1 WLR 2038 (High Court) (per Teare J at [27]); *Joint Administrators of Heritable Bank plc v. Winding Up Board of Landsbanki Islands Hf*, [2013] 1 WLR 725 (Supreme Court) (per Lord Hope at [44]); *Re Agrokor DD*, [2017] EWHC 2791 (Ch.) (per HHJ Paul Matthews at [113]); *Goldman Sachs International v. Novo Banco SA*, [2018] UKSC 34, [2018] 1 WLR 3683 (Supreme Court) (per Lord Sumption JSC at [12]).

<sup>3</sup> *Bakhshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*, [2018] EWCA Civ. 2802.

<sup>4</sup> *Ibid.*

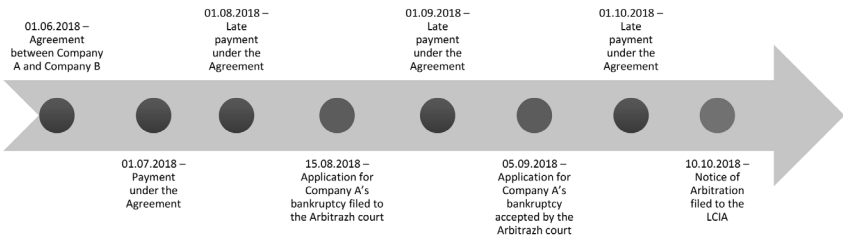
<sup>5</sup> *Re OJSC International Bank of Azerbaijan*, [2008] 4 All ER 964.

On appeal, it was common ground that the rule in *Gibbs* was binding on the Court of Appeal<sup>1</sup>. This finding had an impact on the question of whether an Article 21 permanent moratorium could be sought under the CBIR (the Court of Appeal said it could not), but the detail of this falls outside of the present discussion. Given that the decision was binding on the Court of Appeal, Henderson LJ in his leading judgment only touched very briefly on the rule in *Gibbs* itself, essentially noting the two criticisms of the rule highlighted above, together with the somewhat important point that the rule has been consistently applied by the English courts “*usually without adverse comment*”<sup>2</sup>.

Ms. Bakshiyeva’s application for permission, both from the Court of Appeal and to the Supreme Court, failed. There may have been several reasons for this. However, the effect of this is that the rule in *Gibbs* remains a part of English law, with the potential to affect arbitration proceedings where the Tribunal determines that it is appropriate to apply English rules of private international law. In those circumstances, the Tribunal will be required to prioritise the law governing the debt over that of any insolvency, whether in Russia or elsewhere, to the extent that that is what the law governing the debt requires. In the case of English substantive law, the result would be that any form of insolvency proceeding, no matter how advanced, would have no effect on the liabilities under a contract.

#### 4. Interaction between Both Sets of Principles

In order to illustrate the interaction between both sets of principles, below is a sample situation and its timeline:



<sup>1</sup> As a result of the common law concept of precedent, a decision of the Court of Appeal binds both the lower courts and the Court of Appeal itself. Only the Supreme Court has the power to overrule a Court of Appeal precedent.

<sup>2</sup> *Bakshiyeva (Foreign Representative of the OJSC International Bank of Azerbaijan) v. Sberbank of Russia & Ors.*, [2018] EWCA Civ. 2802, at [29] to [31].

In this scenario, assume that two companies (Company A and Company B) enter into a commercial agreement on 1 June 2018, containing an LCIA arbitration agreement and an English choice-of-law clause. Under this agreement Company A makes a scheduled payment to Company B on 1 July 2018 (hereinafter – Payment 1). On 1 August 2018, Company A fails to make the next payment to Company B and, thus, the payment becomes overdue (hereinafter – Payment 2). Company A fails to make the further payments required under the contract to Company B on 1 September 2018 (hereinafter – Payment 3) and 1 October 2018 (hereinafter – Payment 4).

On 15 August 2018, Company A files an application to enter into bankruptcy with the Russian Arbitrazh Court, with the Russian court accepting the application on 5 September 2018. For the purposes of our sample situation the applicant of the bankruptcy application as well as the particular arbitrazh court are irrelevant.

Lastly, on 10 October 2018, Company B, as a Claimant, files a Request for Arbitration, listing Company A as a Respondent, with the LCIA in London.

Subject to provisions of the Russian Bankruptcy legislation and established case law, Payment 2 would be considered a registered debt; being one that preceded the date of acceptance of the bankruptcy application by the Russian arbitrazh court. Payments 3 and 4, in turn would be considered as current debts, having come into existence only *after* the application was accepted by the Russian court. As part of the payments overdue constitute registered debt, Company B, as the creditor, should have joined the bankruptcy proceedings in relation to those payments. There is a possibility that in relation to Payments 3 and 4 Company B may still be considered as the current but not registered creditor. Nevertheless, all the claims against Company A, as the debtor, under the Russian law might only be filed within the already started bankruptcy proceedings with the Russian arbitrazh court. As a result, the consequences of such division of payment would become visible in the bankruptcy proceedings: Payments 3 and 4 would be repaid to Company B in full and before Payment 2 that would be repaid on a pro-rata basis from the bankruptcy fund.

However, in our example, the underlying contract contains the English choice-of-law and the LCIA arbitration agreement, under which Company B has launched the arbitration proceedings in relation to all payments overdue. The LCIA Tribunal will be guided by the *Gibbs* rule and will disregard the current pending bankruptcy proceedings in the Russian arbitrazh court. The Tribunal will apply English law to all 3 payments overdue without distinguishing them as current and registered debts. In eyes of English law, as likely to be applied by the Tribunal, those failed payments would simply constitute a debt that remains unaffected by the Russian bankruptcy. An English tribu-

nal in these circumstances would neither stay the arbitral proceedings, nor refuse to uphold the debt simply on the basis of actual or pending bankruptcy proceedings in Russia.

Depending, for example, on the substance of the arbitration agreement, complexity of the case, number of arbitrators and their schedules, the final award may be issued within a very short timeframe, before the end of the monitoring stage of the bankruptcy proceedings in the Russian arbitrazh court. As a result, Company B would have the final arbitral award entitling it to the whole amount of debt that could be added to the bankruptcy proceedings. And, as the arbitral award was obtained after the application for the bankruptcy of Company A was accepted by the arbitrazh court, the arbitral award itself would constitute the current debt in accordance with the bankruptcy provisions discussed above.

Thus, Company B would have a potential choice of enforcement of the existing award. Company B could either undertake the general New York Convention route to enforce the award with a suitable Russian arbitrazh court, then obtain the enforcement writ and join the line of the current creditors with the bankruptcy proceedings with the enforcement writ. When a state court makes a decision to issue a writ of execution of an arbitral award, the relevant claims of the creditor upon presentation to the registry in a bankruptcy case will be considered to be confirmed by a judicial act. Under paragraph 10 of Article 16 of the Bankruptcy Law in relation to such claims, the debtor may only provide its disagreements related to their execution, but not disagreements in terms of their composition and size. Other creditors who do not agree with such claims may challenge them only by appealing against a court ruling on the issuance of a writ of execution<sup>1</sup>. The award's treatment as a current debt would, in such circumstances, therefore lead to the recovery of the entire amount due.

As another option, Company B may join the line of the current creditors under the bankruptcy proceedings straight with the arbitral award bypassing the New York Convention route of enforcement as application for the recognition and enforcement of foreign judgments in respect of the bankrupt company cannot be considered in the arbitrazh court outside the framework of the bankruptcy case, since the commencement of monitoring stage of proceedings even if it has been filed before the commencement of monitoring stage<sup>2</sup>. In accordance with paragraph 1 of article 63 of the Bankruptcy

---

<sup>1</sup> Paragraph 24 of Resolution No. 35.

<sup>2</sup> Paragraph 3 of the letter of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 22 December 2005 No. 96 "Overview of the Practice of Arbitrazh Courts in

Law since the date the arbitrazh court decides on the commencement of monitoring of creditors' claims for monetary obligations and on the payment of obligatory payments, with the exception to current payments, they can be brought against the debtor only in compliance with the procedure established by the Bankruptcy Law for presenting claims against the debtor. By virtue of paragraph 1 of article 126 of the Bankruptcy Law from the date the arbitrazh court decides to declare the debtor bankrupt and to commence the bankruptcy proceedings, all claims of creditors, with the exception to the current payments referred to in paragraph 1 of article 134 of the Bankruptcy Law, can only be filed within the bankruptcy proceedings.

The Resolution of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation 12 June 2011 No. 7917/11 stated in this regard: "A different approach creates the opportunity to satisfy the requirements of one of the creditors of the insolvent debtor without taking into account the rights and legitimate interests of its other creditors"<sup>1</sup>. In general, the legal position on the necessity to consider an application for enforcement and recognition of an arbitral award filed after the introduction of the monitoring procedure in a bankruptcy case is supported by case law<sup>2</sup>. The main reason for such approach was briefly summarized by the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation and comes down to the following: non-compliance by the arbitrazh courts with the Russian legislation on insolvency resulted in the legalization outside the bankruptcy proceedings of an arbitral award confirming the alleged debt under a sham transaction<sup>3</sup>.

---

Cases on the Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts, on Contesting the Decisions of Arbitral Tribunals and on the Issue of Enforcement Orders for the Compulsory Enforcement of Arbitral Awards" ("Information letter No. 96"); Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 29 June 2010 No. 2070/10, Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 6 December 2011 No. 7917/11, Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 12 February 2013 No. 12751/12 and Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 19 March 2013 No. 14355/12.

<sup>1</sup> Page 6, paragraph 1 of the Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation of 6 December 2011 No. 7917/11.

<sup>2</sup> Resolution of the FAC of the North-Western District dated 31 March 2014 in case No. A42-8557/2013; Decision of FAC of the North-Western District dated 21 June 2013 in case No. A26-9571/2012; Decision of FAC of the North-Western District dated 24 April 2013 in case No. A26-9572/2012; Resolution of FAC of the North-Western District dated 5 October 2012 in case No. A56-27117/2012.

<sup>3</sup> Decision of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 6 December 2011 No. 7917/11.

The position of the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation coincides with the explanation in the paragraph 4 of the Resolution of the Plenum of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation dated 23 July 2009 No. 60 “On some issues related to the adoption of the Federal Law of 30.12.2008 N 296-FZ ‘On Amendments to the Federal Law “On Insolvency (bankruptcy)”’: for an application to register a claim confirmed by a decision of the arbitral tribunal, it is not mandatory to have a decision on the issuance of a writ for the enforcement of such decision. Upon presentation of such a claim against the debtor, the only objection that may be raised is regarding the existence of grounds for refusing to issue a writ for the enforcement of the arbitral award listed in Article 239 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation. In the decision of the Supreme Court of the Russian Federation dated 21 October 2014 in case No. 301-ES14-1657, the Court rejected the arguments of the cassation appeal and agreed that the consideration of the dispute on the recovery of current payments in the arbitration violates the rights of bankruptcy creditors to appeal the arbitration award in terms of the size of the current payment.

Therefore, having the arbitration award for the recovery of registered debt, the bankruptcy creditor should not apply for a writ of enforcement, but immediately file an application to include its claims to the register. As part of the consideration of such an application in a bankruptcy case, the court will verify whether there exists any grounds to refuse issuance of a writ of enforcement, and other creditors will be able to raise their objections.

As was determined by the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation, when the case is considered in a separate set of proceedings, and when the grounds for refusing the issuance of the writ for enforcement the arbitral award are established<sup>1</sup>, the court should refuse to issue such a writ of execution. If the existence of such grounds is proved in the bankruptcy proceedings when considering the creditor’s claim based on the arbitral award, then the consideration of this claim will be carried out by the court according to the general rules of action as being a claim not approved by the arbitral award.<sup>2</sup> Accordingly, the *requirement to enforce* the decision of the arbitral tribunal in the bankruptcy proceedings would be transformed into a *statement to include* creditors’ claims to the register. If for some reason the arbitral award violates

---

<sup>1</sup> As specified under Articles 239 of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation or 426 Code of Civil Procedure of the Russian Federation.

<sup>2</sup> Paragraph 4 clause 4 Decision of the Plenum of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation of 23 July 2009 No. 60 “On Certain Issues Related to the Adoption of the Federal Law of 30.12.2008 N 296-FZ ‘On Amendments to the Federal Law ‘On Insolvency (Bankruptcy)’”.



the fundamental principles of the Russian law and cannot be enforced, the creditor is not deprived of the right to consider the dispute by a state court that would be exclusively entitled to consider the matter as a result of the debtor being declared bankrupt.

In each scenario Company B would be considered as the current but not registered creditor, resulting from the fact that the monetary claim (debt) occurred after the application for Company A's bankruptcy was accepted by the Russian arbitrazh court; i.e. the arbitral award was issued after such date. This allows Company A to "cut the line" of the registered creditors and get Payments 2,3 and 4 repaid as current debts, despite that originally, under the Russian law provisions, only Payment 3 and 4 could have been considered as such. In the authors' view, such an approach constitutes the preferential treatment of Company B in contrast to other creditors in the sense of the Bankruptcy Law and undercuts the Bankruptcy Law's generally applied impartial approach to different creditors.

In the authors' view, the easiest (and most straightforward) solution, from a Russian bankruptcy perspective, is simply to eliminate the difference between registered and current debts and, therefore, registered and current creditors. There is some sense in this, as there does not seem to be any logical basis for the distinction between a registered creditor and a current creditor where the estate of the bankrupt is concerned. To put it another way: why should the time at which a debt becomes due affect the treatment of that debt vis-à-vis the debtor? If the purpose of a bankruptcy procedure – any bankruptcy procedure – is to ensure that the estate of the bankrupt is wound up, treating creditors fairly and equally, the date upon which a debt becomes due seems to be irrelevant. As to the position where arbitration is concerned, Russia was one of the earliest signatories to the New York Convention<sup>1</sup>. As such, it is entitled to refuse the enforcement of an international arbitration award on the basis of public policy (as set out in Article V.II(b) of the Convention). An English arbitration award would, of course, constitute an 'international' or 'foreign' award for the purposes of the Convention. Where the proceedings are instituted *after* the bankruptcy proceedings commence for the sole purpose of allowing a debtor to take advantage of the position in *Gibbs* (and its consequent effect on the Russian bankruptcy proceedings), the authors submit that this would be a prime candidate for a refusal to enforce the award on the basis of Article V.II(b) of the Convention. The justification for this would be that to enforce the award would be to otherwise undermine the bankruptcy proceedings and the proper administration of the bankrupt's estate.

---

<sup>1</sup> <http://www.newyorkconvention.org/countries>

## 5. Conclusion

The fair and proper administration of the estate of a bankrupt is a central tenant of the bankruptcy law of most – if not all – developed legal systems. The reason for this is that where a company or individual enters into bankruptcy, it is important to ensure that no one creditor recovers its debts to the detriment of other creditors. As an aspect of elemental fairness, it is better that everyone suffers a little as opposed to one or more creditors suffering a lot. The rule in *Gibbs* is perceived by some as cutting across this approach, because it asks whether the law governing the debt would consider the foreign bankruptcy to have any effect on that debt. Others perceive it simply as upholding the primacy of the contractual bargain, particularly where sophisticated commercial parties are involved. In any case, however, the rule's interaction with Russian bankruptcy law and the distinction drawn between registered and current debts does have the potential effect of allowing creditors to skip the line and to prioritise their interests over those of other creditors. This, it seems clear, is contrary to the otherwise common position of treating creditors equally. Where Russian law is concerned, there accordingly appears to be two possible solutions. One is to change Russian bankruptcy law itself, so as to remove the curious (and seemingly unnecessary) distinction between registered and current debts. The other is to hold that, under the New York Convention, an award rendered in proceedings commenced *after* the bankrupt has entered into bankruptcy will not be recognised by the Russian courts. Each solution, albeit imperfect, has the undeniable benefit of prioritising the fair and equitable treatment of creditors.

**Section 3**  
**INVESTMENT ARBITRATION**

---

**Раздел 3**  
**ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ**

## EXTINCTIVE PRESCRIPTION IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

TIMUR ABUSHAKHMANOV<sup>1</sup>,

Associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* Law Offices

*Currently, only a minority of international investment agreements provide for specific limitation periods during which investors may file claims. Hence, the doctrine of extinctive prescription, which was originally developed in the jurisprudence of the mixed claims commissions of the late nineteenth and early twentieth centuries, has continuing relevance in investment arbitration. This doctrine allows tribunals to dismiss stale claims even in the absence of a specific limitation period provided for in the relevant treaty.*

*Tribunals usually identify two elements of extinctive prescription: (i) inexcusable delay and (ii) detriment to the respondent State, which can manifest themselves in vitiating of evidence due to a significant lapse of time. This paper proposes a framework for the distribution of the burden of proof of the elements of extinctive prescription, taking into account the relevant limitation period under the domestic law of the host State. It is suggested that an investor should be accorded a rebuttable presumption that his claim is not time-barred if he files the claim within the limitation period provided for in the host State's municipal legislation. If the investor files the claim upon expiration of this limitation period, the burden of proof as to whether that delay was reasonable, and whether no detriment was caused to the respondent, shifts to the claimant.*

---

<sup>1</sup> The author is grateful to Professor Loukas Mistelis of Queen Mary University of London for helpful guidance and assistance in the course of writing this paper and the LL.M. dissertation on which it is based. The author also wishes to express gratitude to the staff of the Library of the Institute of Advanced Legal Studies in London for their kind assistance as well as fellow students of Queen Mary University of London of the 2018–2019 academic year Denise Choung and Bakhita Koblavie for their helpful comments on the drafts of the paper. Finally, the author is thankful to the UK Foreign & Commonwealth Office for awarding him the Chevening Scholarship to study in the UK. Any mistakes or omissions are purely those of the author. The views expressed are the personal views of the author.

*Keywords: extinctive prescription; mixed claims commissions; general principles of law recognized by civilized nations; laches; limitation period; burden of proof.*



*В настоящее время лишь небольшое количество международных инвестиционных соглашений предусматривают сроки исковой давности для предъявления требований инвесторами. Поэтому доктрина необоснованной задержки в предъявлении требований, изначально разработанная в практике смешанных комиссий по рассмотрению претензий конца XIX — начала XX вв., сохраняет свое значение для инвестиционного арбитража. Данная доктрина позволяет арбитрам отказывать в заявленных несвоевременно требованиях даже в отсутствие конкретного срока исковой давности, предусмотренного в соответствующем международном договоре.*

*Арбитражные трибуналы обычно выделяют два элемента необоснованной задержки в предъявлении требований: (i) отсутствие извинительных причин для задержки; и (ii) ущерб, причиненный таким образом государству-ответчику, который может выражаться в утрате доказательств вследствие истечения значительного времени. Настоящая статья предлагает концептуальную схему для распределения бремени доказывания элементов необоснованной задержки в предъявлении требований, учитывающую соответствующий срок исковой давности, предусмотренный внутренним правом принимающего государства. Предполагается, что в отношении инвестора должна действовать опровержимая презумпция того, что задержка не допущена, если требование подано в пределах срока исковой давности, предусмотренного во внутреннем праве принимающего государства. Если инвестор подает требование после истечения указанного срока исковой давности, на истца переходит бремя доказывания обоснованности задержки и отсутствия ущерба на стороне ответчика.*

*Ключевые слова: необоснованная задержка в предъявлении требований; смешанные комиссии по рассмотрению претензий; общие принципы права, признанные цивилизованными нациями; неоправданная задержка при подаче иска; исковая давность; бремя доказывания.*



## 1. Introduction

This paper focuses on the application of the doctrine of extinctive prescription in investor-state disputes when the applicable international investment agreements do not provide for specific limitation periods.

The current state of general international law in this respect is quite obscure as there are a number of arbitral awards and decisions which do not rule out the application of this doctrine on the one hand, and some awards that deny its applicability in investment arbitration on the other hand.

The second part of the paper which follows the introduction provides a brief overview of the application of this doctrine by mixed claims commissions of the late nineteenth and early twentieth centuries and by arbitral tribunals in recent investment disputes, as well as by other dispute resolution bodies. The third part sheds light on the following: (i) whether extinctive prescription can be regarded as a rule of customary international law or a general principle of law recognized by civilized nations; and (ii) elements of the defense. The fourth part provides a conceptual framework to govern the application of extinctive prescription, specifically in the context of investor-state dispute settlement, by distributing the burden of proof.

## 2. Historical Background: Application of Extinctive Prescription by the International Courts and Tribunals

### *2.1. Origin of the Doctrine in the Jurisprudence of Mixed Claims Commissions*

The origin of extinctive prescription in international law can be traced back to the jurisprudence of arbitral tribunals and mixed claims commissions of the late nineteenth and early twentieth centuries<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cf.: *P. Martínez-Fraga & J. Moreno Pampín*, Reconceptualizing the Statute of Limitations Doctrine in the International Law of Foreign Investment Protection: Reform beyond Historical Legacies, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 50 (2018), No. 3, p. 800–813 (available at: [https://www.academia.edu/38656193/RECONCEPTUALIZING\\_THE\\_STATUTE\\_OF\\_LIMITATIONS\\_DOCTRINE\\_IN\\_THE\\_INTERNATIONAL\\_LAW\\_OF\\_FOREIGN\\_INVESTMENT\\_PROTECTION\\_REFORM\\_BEYOND\\_HISTORICAL\\_LEGACIES](https://www.academia.edu/38656193/RECONCEPTUALIZING_THE_STATUTE_OF_LIMITATIONS_DOCTRINE_IN_THE_INTERNATIONAL_LAW_OF_FOREIGN_INVESTMENT_PROTECTION_REFORM_BEYOND_HISTORICAL_LEGACIES)). Martínez-Fraga and Moreno Pampín state that the “limitations period doctrine” originated in the works of early scholars: Grotius, von Pufendorf, and de Vattel. However, they admit of using acquisitive prescription as “a useful analytical model for the examination of the [limitations period doctrine]” (Ibid., p. 800 (fn. 21)).

One of the first cases in which the defense of extinctive prescription was raised in the course of diplomatic correspondence is *Brig “Macedonian”*<sup>1</sup>. However, the *compromis* submitting the case to arbitration expressly excluded the question of prescription<sup>2</sup> and, thus, the sole arbitrator did not rule on the subject of this defense. In *Louis Brand*, an international tribunal for the first time chastised a party for pressing a stale claim in *obiter dictum*<sup>3</sup>.

Ultimately it was the *Williams* case, decided by the United States-Venezuelan Claims Commission, that marked the emergence of the doctrine of extinctive prescription in international law<sup>4</sup>. In that case, Commissioner Little utilized the doctrine to reject the claim of the US citizen, which was not notified to the Venezuelan authorities until 26 years after its accrual. The commissioner deduced the general principle on which extinctive prescription is founded from several sources, *inter alia*, (i) writings of publicists, including Wheaton, de Vattel, and Phillimore, on acquisitive prescription as one of the modes of acquisition of territory by the State; (ii) writings of jurists and legal philosophers on the topic of extinctive prescription and laches in domestic laws of France and England, including those of Jean Domat and Henry de Bracton; (iii) Roman law sources on both acquisitive and extinctive prescription; and (iv) one of the early publications in which extinctive prescription in international law was recognized, the 1887 treatise by Wharton.

Holding that extinctive prescription, unquestionably, constitutes a central tenet of law, Commissioner Little set forth two elements of prescription, *viz.*, (i) lack of any grounds to justify delay in presentation of a claim, subject to justifiable excuses of “[i]ncapacity, disability, want of legal agencies, prevention by war, well-grounded fear”<sup>5</sup>; and (ii) detriment to the respondent

<sup>1</sup> *Brig “Macedonian” (United States of America v. Chile)*, Award of Leopold I of Belgium as Sole Arbitrator (1863), in: *J.B. Moore*, History and Digest of the International Arbitration to which the United States has been a Party, Washington, Government Printing Office, 1898, Vol. II, p. 1449, 1453. The earlier case which may be construed as rejecting the doctrine is *King and Gracie Case (United States of America v. United Kingdom)* (Opinion of Commissioner Upham (*circa* 1853), in: *Moore*, Op. cit., Vol. IV, p. 4179–4180).

<sup>2</sup> *Moore*, Op. cit., Vol. II, p. 1461.

<sup>3</sup> *Louis Brand (U.S. v. Peru)*, Peruvian Claims Commission (1863), in: *Moore*, Op. cit., Vol. II, p. 1625–1626.

<sup>4</sup> *Williams (U.S. v. Venez.)*, Decision of Commissioner, Mr. Little (1890), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. XXIX, p. 279–293 (hereinafter – *Williams*) (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXIX/279-293.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/279-293.pdf)); cf.: *Mossman (U.S. v. Mex.)*, Award of Sir Edward Thornton (1875), in: *Moore*, Op. cit., Vol. IV, p. 4180–4181 (not containing extensive reasoning).

<sup>5</sup> *Williams*, p. 290.

State, which may manifest itself in the destruction of evidence when “the witnesses to the transaction are dead, vouchers lost, and thereby the means of defense essentially curtailed”<sup>1</sup>. It is noteworthy that the learned Commissioner determined a twenty-year delay in presenting the claim as giving rise to the presumption of extinctive prescription. This particular term appears to be borrowed by Commissioner Little from the writings of the eminent seventeenth-century jurist Sir Matthew Hale on acquisitive prescription in English law<sup>2</sup>.

In *Cadiz*, the US-Venezuelan Commission dismissed a claim which concerned alleged debt arising out of the provision of muskets to the Venezuelan government during the Venezuelan War of Independence. Commissioner Findlay identified both inexcusable delay and detriment as elements of extinctive prescription in the conduct of the claimant who submitted her claim more than forty years after it materialized<sup>3</sup>.

*The Pious Fund of the Californias* case is often described as a significant departure from the acceptance of extinctive prescription in international law. In that case, the tribunal rejected the Mexican argument on application of the Mexican statute of limitation to the US claim for payment of annuities to two Catholic bishops based on the arbitral award made earlier<sup>4</sup>. As Lauterpacht convincingly argued, the award did not reject the notion of extinctive prescription in international law, but rather clarified that municipal statutes of limitations are not recognized in state-to-state disputes<sup>5</sup>.

Thereafter, in *Gentini*, Umpire Ralston dismissed the claim entirely, affirming the validity of the principle of extinctive prescription. In so doing he placed extensive reliance on the US case-law on the application of laches<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Williams, p. 290.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 291.

<sup>3</sup> Garcia Cadiz (Loretta G. Barberie) (*U.S. v. Venez.*), Opinion of Commissioner Findlay (1890), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. XXIX, p. 293, 297 (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXIX/293-298.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIX/293-298.pdf)).

<sup>4</sup> *The Pious Fund of the Californias (U.S. v. Mex.)*, PCA Case No. 1902-01, Award (14 October 1902) (<https://pcacases.com/web/sendAttach/498>).

<sup>5</sup> *H. Lauterpacht, Private Law Sources and Analogies of International Law (with Special Reference to International Arbitration)*, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927, p. 249–250.

<sup>6</sup> *Gentini (Italy v. Venez.)*, Opinion of Umpire Ralston (1903), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. X, p. 555–561 (hereinafter – *Gentini*) (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_X/551-561.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/551-561.pdf)).



In *Cayuga Indians*, the tribunal had to deal with a claim which was more than a century old<sup>1</sup>. The case arose out of the failure of New York to pay to the part of the Cayuga tribe that relocated to Canada in the early nineteenth century annuities which were agreed in the treaties of 1789, 1790, and 1795 between the parties. The tribunal recognized that “[t]here is no doubt that there has been laches on the part of Great Britain”<sup>2</sup>, but simultaneously rejected the laches defense, holding that extinctive prescription was interrupted not in 1898 when the British minister in Washington DC notified the claim to the State Department, but rather in 1849 (or earlier) when Cayugas pressed their claim before the Legislature of New York.

In *Ambatielos*, the commission analyzed the plea of extinctive prescription and found that it was interrupted by the first Hellenic Government’s diplomatic note to the UK Government purporting to exercise the right of diplomatic protection on behalf of Mr. Ambatielos, although this first note did not refer to the treaty containing the arbitral clause<sup>3</sup>.

## 2.2. Efforts to Codify the Law on Extinctive Prescription

One of the first attempts to codify the law on extinctive prescription was undertaken by the Institute of International Law at the beginning of the twentieth century. In its 1925 resolution, the Institute embraced the doctrine without setting any specific time period as a benchmark for the application of the doctrine<sup>4</sup>. Based on the report prepared by Politis and de Visscher, the Institute recommended that in entertaining a plea of extinctive prescription, arbitrators should take into account the following factors: (i) the doctrine is more likely to apply in relation to obligations of a private nature and those arising out of international delicts than to obligations of a public nature and contractual obligations; and (ii) the claim is not subject to dismissal if the delay was caused by the respondent or by operation of a *force majeure* event<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Cayuga Indians (U.K. v. U.S.)*, Award (1926), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. VI, p. 173–190 (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_VI/173-190\\_Cayuga.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_VI/173-190_Cayuga.pdf)).

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>3</sup> *Ambatielos (Greece v. U.K.)*, Commission of Arbitration, Award (6 March 1956), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. XII, p. 91, 103–104 (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XII/83-153\\_Ambatielos.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_XII/83-153_Ambatielos.pdf)).

<sup>4</sup> Institut de Droit International, La prescription libératoire en droit international public, Résolution (31 juillet 1925), Art. II ([http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1925\\_haye\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1925_haye_01_fr.pdf)).

<sup>5</sup> *Ibid.*, Art. III.

The next stage of codification of the doctrine was the 1930 Hague Conference on Codification of International Law. The Third Committee of the Conference suggested an explicit two-year limitation period for claims arising out of acts of judicial authorities, commencing from the moment of exhaustion of local remedies, “unless it is proved that special reasons exist which justify extension of this period”<sup>1</sup>. In discussing this proposal, the delegates referred to similar periods being stipulated “in certain arbitration and conciliation treaties signed by Switzerland” and “treaties concluded between Denmark and many other countries”<sup>2</sup>.

The two-year limitation period was later adopted by Special Rapporteur Garcia Amador in Section 23 of the 1958 Report to the International Law Commission (hereinafter – the Commission)<sup>3</sup>. Nevertheless, this period was not incorporated into the 2001 Commission’s Articles on State Responsibility (hereinafter – the Articles or the 2001 Articles). Instead, the Commission included in the Articles a provision on the loss of the right to invoke responsibility due to acquiescence by a State by its conduct in the lapse of time, effectively identifying unreasonable delay in presentation of a claim and detriment to the respondent as elements of extinctive prescription<sup>4</sup>.

### *2.3. The Doctrine of Extinctive Prescription in Different Areas of International Law*

Support for the doctrine can be found in later jurisprudence, in the context of both general international law and specific areas of international law, including international administrative law, human rights law and law of the sea.

---

<sup>1</sup> Texts Adopted by the Committee in the First Reading as Revised by the Drafting Committee (Art. 9), in: Sh. Rosenne (ed.), *League of Nations Conference for the Codification of International Law [1930]*, Oceana Pub., 1975, Vol. IV, p. 1660. The Third Committee was ultimately unable to submit to the Conference any conclusions on the state responsibility and, therefore, the suggested limitation period did not pave its way into the Final Act of the Conference (see: *Ibid.*, Vol. III, p. 745–746; Vol. IV, p. 1615).

<sup>2</sup> *Ibid.*, Vol. IV, p. 1581.

<sup>3</sup> *Responsibility of the State for Injuries Caused in Its Territory to the Person or Property of Aliens by Garcia*. International responsibility: Third report by F.V. Garcia Amador, Special Rapporteur (A/CN.4/111), in: *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II (1958) (hereinafter – 1958 ILC Report), Commentary to Art. 23, p. 67 (para. 27) (available at: [https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a\\_cn4\\_111.pdf](https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_111.pdf)).

<sup>4</sup> *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, with Commentaries, in: *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(2) (2001), Commentary to Art. 45, p. 122 (paras. 6 and 8) (available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_6\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf)).

For instance, in the *Nauru* case, the International Court of Justice (hereinafter – ICJ) affirmed the existence of the doctrine of extinctive prescription, proclaiming that “even in the absence of any applicable treaty provision, delay on the part of a claimant State may render an application inadmissible”<sup>1</sup>. The ICJ did not develop a specific yardstick that could serve as an indicator of a sufficient period of time to apply the doctrine, but rather indicated that any determination as to the application of extinctive prescription ought to be made on a case-by-case basis.

Moreover, in *Kahale*, the United Nations Administrative Tribunal held that the defense of extinctive prescription is generally available to the claims of the UN Secretary-General against the staff members. Nevertheless, the argument that the Tribunal should apply by analogy a one-year limitation period to the claims of staff members against the UN Secretary-General was dismissed<sup>2</sup>.

Turning to human rights law, in *Cyprus v. Turkey*, the European Court of Human Rights acknowledged that “general international law does, in principle, recognize the obligation of an applicant government in an inter-State dispute to act without undue delay in order to uphold legal certainty and not to cause disproportionate harm to the legitimate interests of the respondent State”<sup>3</sup>. The Court dismissed Turkey’s argument on extinctive prescription, emphasizing that Turkey failed to prove that it suffered any prejudice from Cyprus’ alleged delay in filing a claim for just satisfaction<sup>4</sup>.

Similarly, in the *M/V “Norstar”* Case, the International Tribunal for the Law of the Sea rejected Italy’s argument that Panama’s application to obtain compensation for loss of a ship should be time-barred, though it acknowledged the validity of the doctrine of extinctive prescription<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Certain Phosphate Lands in Nauru (*Nauru v. Austl.*), 1992 I.C.J. 240 (Judgement on Preliminary Objections of 26 June 1992) (hereinafter – *Nauru*), ¶ 32 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/80/080-19920626-JUD-01-00-EN.pdf>).

<sup>2</sup> UNAT Judgment No. 124 (28 October 1968), in: Judgments of the United Nations Administrative Tribunal Nos. 114–166 (1974), p. 104, 113 (available at: [https://untreaty.un.org/UNAT/UNAT\\_Judgements/Judgements\\_E/UNAT\\_00124\\_E.pdf](https://untreaty.un.org/UNAT/UNAT_Judgements/Judgements_E/UNAT_00124_E.pdf)).

<sup>3</sup> *Cyprus v. Turkey*, European Court of Human Rights, Application no. 25781/94, Judgment (12 May 2014), ¶ 24 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%5B%5D%22%7D>).

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 26.

<sup>5</sup> The *M/V “Norstar”* Case (*Pan. v. Italy*), ITLOS Case No. 25, Preliminary Objections, Judgment (4 November 2016) (hereinafter – *M/V “Norstar”*), ¶ 309–314 ([https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case\\_no.25/Preliminary\\_Objections/Judgment/C25\\_Judgment\\_04.11.16\\_orig.pdf](https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.25/Preliminary_Objections/Judgment/C25_Judgment_04.11.16_orig.pdf)).

Finally, the Iran-United States Claims Tribunal heard several pleas of extinctive prescription or unreasonable delay in presentation of a claim<sup>1</sup>. Empowered to apply “principles of commercial and international law as the Tribunal determines to be applicable”<sup>2</sup>, in *Iran National Airlines v. United States* the Iran-United States Claims Tribunal recognized extinctive prescription as a principle of public international law but chose not to apply it “[g]iven the commercial nature of the transactions at issue”<sup>3</sup>. At the same time, the Iran-United States Claims Tribunal also ruled that it is not bound by municipal statutes of limitations but rather has “the discretion to determine whether or not there has been an unreasonable delay in presenting a claim to a competent forum”<sup>4</sup>.

#### **2.4. Extinctive Prescription in the Jurisprudence of Investment Arbitration Tribunals**

The defense of extinctive prescription was raised by respondents in several investment arbitration cases.

In *Bosca v. Lithuania*, the tribunal rejected the respondent’s argument and ruled: “there is no deadline prescribed by the Agreement, Rules or general principles of international law”<sup>5</sup>. Thus, the tribunal hinted that there may be no rule of extinctive prescription in international law. Likewise, the *H&H v. Egypt* tribunal found that the claim was not time-barred because the respon-

---

<sup>1</sup> *Iran National Airlines Company v. United States of America*, IUSCT Case No. B10, Award (30 November 1987) (hereinafter – *Iran National Airlines v. United States*), ¶ 6 (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-iran-national-airlines-company-v-the-government-of-the-united-states-of-america-award-award-no-337-b10-2-monday-30th-november-1987>).

<sup>2</sup> Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (19 January 1981), Art. V (<http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>).

<sup>3</sup> *Iran National Airlines v. United States*, ¶ 11.

<sup>4</sup> *Harnischfeger Corporation v. Iran*, IUSCT Case No. 180, Partial Award (13 July 1984), ¶ 103 ([https://jsumundi.com/en/document/decision/en-harnischfeger-corporation-v-ministry-of-roads-and-transportation-industrial-development-and-renovation-organization-of-iran-machine-sazi-arak-and-machine-sazi-pars-partial-award-award-no-144-180-3-friday-13th-july-1984#decision\\_4912](https://jsumundi.com/en/document/decision/en-harnischfeger-corporation-v-ministry-of-roads-and-transportation-industrial-development-and-renovation-organization-of-iran-machine-sazi-arak-and-machine-sazi-pars-partial-award-award-no-144-180-3-friday-13th-july-1984#decision_4912)).

<sup>5</sup> *Luigiterzo Bosca v The Republic of Lithuania*, PCA Case No. 2011-05, Award (17 May 2013), ¶ 120 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7179\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7179_1.pdf)). The same holding was also made in *Marco Gavazzi & Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Decision on Jurisdiction and Admissibility (21 April 2015) (hereinafter – *Gavazzi*), ¶ 147 ([http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888\\_En.pdf](http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9888_En.pdf)).

dent failed to demonstrate “the existence of a prescription rule under the ICSID [International Centre for Settlement of Investment Disputes] rules or the BIT [bilateral investment treaty]”<sup>1</sup>.

In most other cases, tribunals recognized the existence of the doctrine in international law but ultimately rejected the plea of extinctive prescription due to the absence of both or one of the elements of extinctive prescription, namely: (i) inexcusable delay in lodging a claim; and (ii) prejudice to the respondent.

Accordingly, in *Nordzucker v. Poland*, the tribunal regarded an almost five-year delay in presentation of the claim as reasonable, taking into account the efforts of the investor to resolve dispute amicably<sup>2</sup>. The *Kardassopoulos v. Georgia* tribunal rejected Georgia’s defence, which was based on a ten year lapse from the alleged breach to the presentation of the claim. The tribunal found delay on the part of the claimants not to be unreasonable because the investors “persistently pursued compensation from the Georgian Government” for several years until their request was definitively rejected after the 2003 Rose Revolution<sup>3</sup>.

In *Wena Hotels v. Egypt*, the tribunal declined to grant a plea of extinctive prescription under international law even though there was a delay in lodging the claim. It was held that the delay caused no detriment to Egypt<sup>4</sup>. In *SGS v. Paraguay*, lack of any prejudice to the respondent was another reason for finding that the claim was not time-barred<sup>5</sup>.

In *Salini v. Argentina*, the respondent disputed that prejudice or detriment to the respondent constitutes an element of extinctive prescription. The tribunal dismissed this argument, holding that an overwhelming amount of

<sup>1</sup> *H&H Enterprises Investments, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/09/15, Tribunal’s Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction (5 June 2012), ¶ 87 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1012.pdf>).

<sup>2</sup> *Nordzucker AG v. The Republic of Poland*, UNCITRAL, Partial Award (10 December 2008) (hereinafter – *Nordzucker*), ¶ 222 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3030\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3030_1.pdf)).

<sup>3</sup> *Ioannis Kardassopoulos & Ron Fuchs v. Republic of Georgia*, ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15, Award (3 March 2010), ¶ 263 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0445.pdf>).

<sup>4</sup> *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>) (hereinafter – *Wena Hotels*), ¶ 106–107.

<sup>5</sup> *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. The Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Award (10 February 2012), ¶ 162–166 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1525.pdf>).

jurisprudence shows that “prejudice to the respondent, in the sense of creating difficulties in answering the claimant’s claim, is an element of prescription”<sup>1</sup>.

It is also pertinent to add that, on several occasions, respondent States have argued that municipal statutes of limitation applied to breaches of international investment agreements. However, tribunals almost invariably dismissed this argument, holding that only international law can govern the admissibility of a claim under a treaty<sup>2</sup>. Even in *Pac Rim v. El Salvador*, where jurisdiction was founded on Salvadoran Investment Law, the tribunal deemed municipal statute of limitations enshrined in the Salvadoran Civil Code inapplicable<sup>3</sup>. The single exception to this rule proved to be *Bogdanov v. Moldova*, in which the investor did not oppose the argument of the State that part of its damages claim was time-barred under Moldovan law<sup>4</sup>.

Probably the most unique approach to the interplay of municipal statutes of limitation and extinctive prescription under international law was employed by the second tribunal in *Caratube v. Kazakhstan*. In that case the tribunal, quoting the jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal, observed that although it is not bound by the limitation period laid down in Kazakh law, it would take this period into consideration in deciding whether the claim is time-barred by operation of the doctrine of extinctive prescription<sup>5</sup>. Hence, the tribunal implied that the expiration of the limitation period

---

<sup>1</sup> *Salini Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/15/39, Decision on Jurisdiction and Admissibility (23 February 2018), ¶ 90 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9546.pdf>).

<sup>2</sup> *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (9 November 2000), ¶ 93 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0481.pdf>); *Nordzucker*, ¶ 221; *Wena Hotels*, ¶ 107; *Gavazzi*, ¶ 147.

<sup>3</sup> *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Award (14 October 2016), ¶ 5.71 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7640_0.pdf)). A similar finding was made in *Interocean Oil Development Company and Interocean Oil Exploration Company v. Federal Republic of Nigeria* (ICSID Case No. ARB/13/20, Decision on Preliminary Objections (29 October 2014), ¶ 123 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6336.pdf>)) and in *AES Corporation & Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/10/16, Award (1 November 2013), ¶ 430 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8205\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8205_0.pdf)). However, the result might have been different if the limitation period had been stipulated in the domestic investment law on which jurisdiction of the tribunal had been based.

<sup>4</sup> *Yury Bogdanov v. Republic of Moldova*, SCC Case No. 114/2009, Final Arbitral Award (30 March 2010), ¶ 94 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0096.pdf>).

<sup>5</sup> *Caratube International Oil Company LLP & Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award (27 September 2017) (hereinafter – *Caratube*), ¶ 421 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>).

under Kazakh law would give rise to a rebuttable presumption that the claim is time-barred.

### 3. Nature of Extinctive Prescription and Its Elements

#### 3.1. Extinctive Prescription as a General Principle of Law Recognized by Civilized Nations

To determine the specific contents of the rule on extinctive prescription in international law, it is important to identify the source of law from which this rule emanates. Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice (hereinafter – ICJ Statute)<sup>1</sup>, which is largely deemed to be an authoritative statement of sources of international law<sup>2</sup>, provides for three such sources: (i) treaties; (ii) custom; and (iii) “general principles of law recognized by civilized nations”. Extinctive prescription, by definition, cannot be found in treaties that can stipulate specific limitation periods. Hence, if the rule on extinctive prescription is enshrined in international law, it either has a customary character or constitutes a general principle of law.

In most cases, the issue of whether extinctive prescription constitutes a general principle of law or custom does not affect its application unless a specific international investment agreement mandates the use of customary law but not general principles of law. Nevertheless, the nature of the rule does affect the method of proving it. A customary rule is evidenced by the existence of State practice and *opinio juris*<sup>3</sup>, while a general principle of law is determined by comparative law analysis of municipal legal systems and transposition of the rule to international law<sup>4</sup>.

The dominant position among publicists is that the rule on extinctive prescription belongs to the corpus of general principles of law<sup>5</sup>. In line with

<sup>1</sup> <https://www.icj-cij.org/en/statute>

<sup>2</sup> A. Pellet in: A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, Chr. Tomuschat, Chr.J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, 2012, Art. 38, p. 746 (para. 51); see also: Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States of the International Bank for Reconstruction and Development, ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15) (April 2006) (<https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf>), p. 47 (para. 40).

<sup>3</sup> ICJ Statute, Art. 38(1)(c).

<sup>4</sup> See Section 3.1.2 below for details.

<sup>5</sup> See, e.g.: Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, American Law Institute, 1987, § 102, Commentary 1; 1958 ILC Report, Commentary to Article 23,

this view, Bin Cheng regarded extinctive prescription as a general principle of law recognized by civilized nations in its own right<sup>1</sup>, while Kotuby and Sobota considered it a manifestation of the principle of abuse of rights<sup>2</sup>.

### 3.1.1. Lack of *Opinio Juris* to Establish Customary Nature of the Rule

Indeed, the current state of *opinio juris* does not support the view that extinctive prescription constitutes a rule of customary international law.

First, there is no sufficiently representative multilateral treaty or host of treaties which codify the principle of extinctive prescription<sup>3</sup>. Although a number of international investment agreements contain provisions on limitation periods<sup>4</sup>, a preponderant majority of them are devoid of such provisions. A recent study by Martinez-Fraga and Moreno Pampin found that as of 2018, “only 106 of the approximately 3,000 bilateral and multilateral investment protection treaties in force ha[d] limitations periods”<sup>5</sup>.

Second, nor is the customary nature of the rule on extinctive prescription confirmed by the voting of States at the international conferences<sup>6</sup>. Accordingly, at the 1930 Hague Codification Conference, the Third Committee adopted a proposal regarding the two-year limitation period for submission of claims arising out of acts of judicial authorities by a narrow margin: 16 votes

---

p. 67 (para. 27); *A.R. Ibrahim*, *The Doctrine of Laches in International Law*, *Virginia Law Review*, Vol. 83 (1997), p. 687–689; see also: *Martinez-Fraga & Moreno Pampin*, *Op. cit.*, p. 860 (for the view that extinctive prescription is not a part of customary international law).

<sup>1</sup> *Bin Cheng*, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006 (= Stevens & Sons Ltd.; Carswell Co., 1953), p. 373–386.

<sup>2</sup> *Ch.T. Kotuby, Jr., & L.A. Sobota*, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes*, Oxford University Press, 2017, p. 113.

<sup>3</sup> See: *Kasikili/Sedudu Island (Bots. v. Namib.)*, 1999 I.C.J. 1045 (Judgment of 13 December 1999), ¶ 18 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/98/098-19991213-JUD-01-00-EN.pdf>) (pointing out that wide participation in the multilateral treaties aiming to codify customary law constitutes evidence of *opinio juris*).

<sup>4</sup> North American Free Trade Agreement (17 December 1992), Art. 1116(2) ([https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North\\_American\\_Free\\_Trade\\_Agreement-NAFTA.pdf](https://idatd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf)).

<sup>5</sup> *Martinez-Fraga & Moreno Pampin*, *Op. cit.*, p. 790.

<sup>6</sup> See: *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*, 2019 I.C.J., ¶ 151–153 (Advisory Opinion of 25 February 2019) (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>) (for the view that *opinio juris* can be expressed in States’ voting for the United National General Assembly Resolutions).



to 15<sup>1</sup>. This result in the Committee is indubitable of far from universal acceptance of the rule on extinguishment of a claim by lapse of time. However, in the 2001 Articles, the Commission included the rule on extinctive prescription, providing that a State can validly acquiesce upon the lapse of a claim and, hence, lose its right to invoke responsibility<sup>2</sup>. In the Commentaries to the Articles, the Commission effectively identified both lapse of time and detriment to the State whose responsibility is invoked as the elements of prescription, although it did not call it “extinctive prescription” by name<sup>3</sup>. At the same time, it is pertinent to note that the Articles do not only contain codified customary rules but also general principles of law as well, *e.g.*, the rules on *force majeure*, which are explicitly recognized in the Commentaries to the Articles as rooted in general principles of law<sup>4</sup>. Thus, the inclusion of the rules on extinctive prescription in the Articles in the absence of other evidence to that effect cannot be deemed sufficient evidence of the customary nature of those rules.

Third, conspicuously, in many cases States avoid invoking extinctive prescription even though they are entitled to do so. At least a few such examples can be found in the cases concerning compensation for expropriation of aliens’ property. For example, in 1996 the US, the UK, and France agreed to restore to Albania the gold seized from it by Nazi Germany and placed into the Bank of England in the 1940s<sup>5</sup>, while Albania agreed to pay to the United States USD 2 million as compensation for nationalization of the assets of US nationals and to restitute property to the Conservative Baptist Mission Society<sup>6</sup>. The claims were settled despite an almost 50-year delay in pressing them<sup>7</sup>. Other prominent examples of failure to invoke extinctive prescription

<sup>1</sup> Rosenne (ed.), League of Nations Conference for the Codification of International Law [1930], Vol. IV, p. 1582.

<sup>2</sup> 2001 Articles, Art. 45(b).

<sup>3</sup> *Ibid.*, Commentary to Art. 45, paras. 6–11.

<sup>4</sup> *Ibid.*, Commentary to Art. 24, para. 8.

<sup>5</sup> *T. Barber*, Pounds 6.5m in War Gold Returns to Albania 49 Years (23 February 1996) (<https://www.independent.co.uk/news/world/pounds-65m-in-war-gold-returns-to-albania-49-years-1320490.html>).

<sup>6</sup> Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Albania on the Settlement of Certain Outstanding Claims (10 March 1995) (<https://www.justice.gov/sites/default/files/fcsc/docs/agreement-web.pdf>).

<sup>7</sup> Given that the US and Albania did not maintain any diplomatic relations from the moment of the seizure of gold until 1991, it is unlikely that the US and Albania formally pressed any claims against each other during this period.

include the requests for cultural repatriation of assets obtained by Western powers during the colonial era. For example, in the case of the Elgin Marbles transferred from the Ottoman Empire to the UK in 1801–1812, Greece reportedly sent its first official request for the return of the sculptures as late as 1983<sup>1</sup>. It appears that the extinctive prescription argument did not feature prominently in subsequent correspondence between Greece and the UK<sup>2</sup>. Such failure of States to raise objections based on extinctive prescription may serve as evidence of a lack of *opinio juris* supporting the rule on prescription.

### 3.1.2. Method of Determining the Contents of the General Principle of Law

Having established that extinctive prescription is not a customary rule but rather a general principle of law, the next step in our analysis is to identify the method to determine the contents of the rule. UN Special Rapporteur Vázquez-Bermúdez opined that for a rule of law to be deemed a “general principles of law derived from national legal systems”<sup>3</sup>, it should meet at least two criteria: (i) recognition in the legal systems: “within a sufficiently large number of national legal systems”<sup>4</sup>, and (ii) transposability, *i.e.* the ability for the rule to be applicable in the international legal order.

The default method for identifying whether the principle has obtained sufficient recognition to be deemed a “general principle of law” under Art. 38 of the ICJ Statute is to conduct “a scientific study of the laws of different States”<sup>5</sup>.

Another approach to identify “general principles of law” is for a case to be decided by a body consisting of persons belonging to different legal cultures.

---

<sup>1</sup> *J.H. Merryman*, Thinking about the Elgin Marbles, *Michigan Law Review*, Vol. 83 (1985), p. 1882 (available at: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2640&context=mlr>).

<sup>2</sup> Elgin Marbles: UK Declines Mediation over Parthenon Sculptures (8 April 2015) (<https://www.bbc.co.uk/news/uk-32204548>).

<sup>3</sup> First Report on General Principles of Law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur (A/CN.4/732) (5 April 2019) (hereinafter – Vázquez-Bermúdez Report), para. 22 ([https://digitallibrary.un.org/record/3805756/files/A\\_CN-4\\_732-EN.pdf](https://digitallibrary.un.org/record/3805756/files/A_CN-4_732-EN.pdf)).

<sup>4</sup> *Ibid.*, para. 167

<sup>5</sup> *M. Akehurst*, Equity and General Principles of Law, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 25 (1976), Issue 4, p. 814 <https://doi.org/10.1093/iclqaj/25.4.801>; for examples of the application of this approach, see: Fabiani (*France v. Venezuela*), Award (1905), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. X, p. 83–139 ([https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_X/83-139.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/83-139.pdf)); Oil Platforms (*Iran v. U.S.*), 2003 I.C.J. 161 (Separate Opinion of Judge Simma), ¶ 66–74 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/90/090-20031106-JUD-01-10-EN.pdf>).

This approach is exemplified, in particular, in Judge Carneiro's holding that every ICJ judge "should retain some trace of his legal education and his former legal activities in his country of origin"<sup>1</sup>.

The third approach to identifying "general principles of law" might be to have regard to previous arbitral awards or judgments of international courts where such principles were previously identified. However, one must be aware that tribunals can mistakenly identify non-existent principles<sup>2</sup>.

As investment tribunals usually include only three persons (representing far less legal systems than the 15 judges of the ICJ or 21 judges of the International Tribunal for the Law of the Sea), in investment arbitration the "only one reliable way in which a general principle of law can be proved... is by examining the laws of different States"<sup>3</sup>. Pellet suggests that it is not necessary to analyze every single legal system of the world, but rather that it is enough to look at "a few families or systems of law which, insofar as general principles are concerned, are coherent enough to be considered 'legal systems'"<sup>4</sup>. It is also reasonable to resort to arbitral awards and judgments of international courts as well as writings of publicists and comparatists, especially those containing a robust comparative law analysis of particular rules, as the "subsidiary means for the determination of rules of law" under Art. 38(1)(d) of the ICJ Statute.

However, it is worth noting that in practice, many tribunals avoid explicitly resorting to the comparative law approach when both parties agree as to the existence and content of a general principle of law<sup>5</sup>. In the absence of such agreement, a comparative law approach to the identification of general principles of law seems to be the most robust one. In investment arbitration jurisprudence, this conclusion is probably best confirmed by the Decision of the Annulment Committee of the International Centre for Settlement of Investment Disputes in *Klöckner v. Cameroon*. In that decision, the Committee annulled an award for manifest excess of powers by the tribunal as it

<sup>1</sup> *Anglo-Iranian Oil Co. Case (U.K. v. Iran)*, 1952 I.C.J. 151 (Dissenting Opinion of Judge Levi Carneiro), ¶ 14 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/16/016-19520722-JUD-01-05-EN.pdf>).

<sup>2</sup> *Akehurst*, Op. cit., p. 818.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Pellet*, Op. cit., p. 837 (para. 263).

<sup>5</sup> *Waste Management, Inc. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal on Mexico's Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings (26 June 2002), ¶ 39 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0898.pdf>).

failed to substantiate its analysis that the duty of full disclosure constitutes a rule of French-Cameroonian law and a general principle of law<sup>1</sup>.

When a tribunal or another decision-maker finds that a certain rule has acquired widespread recognition among legal systems of the world, it should turn to the next stage of analysis, oft-referred to as “transposition”<sup>2</sup>. At this stage, it must be determined that the rule is applicable in the international legal system. Transposition requires the decision-maker to look at the principles and goals underlying specific rules<sup>3</sup>, rather than “importing private law institutions ‘lock, stock and barrel’” into international law<sup>4</sup>. The content of the rule in different jurisdictions obviously may differ, but “[d]ifferences of detail between different systems of municipal law do not prevent the application of general principles of law where there is an underlying common principle”<sup>5</sup>.

In conclusion, it should be emphasized that the jurisprudence of investment arbitration tribunals confirms that, despite its subsidiary character in filling in lacunae in the treaty and customary law, general principles of law can have a determinative character in the resolution of a dispute. For example, in *Inceysa v. El Salvador*, lack of good faith (held to be a general principle of law) on the part of an investor in submitting a bid to a government led the tribunal to decline to exercise jurisdiction<sup>6</sup>.

### ***3.2. Comparative Analysis of Extinctive Prescription in Municipal Legal Systems: Deducing the Common Principle***

To positively determine the elements of extinctive prescription, common principles should be deduced from major legal systems that represent

---

<sup>1</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2, Decision on Annulment (3 May 1985), ¶ 72 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf>).

<sup>2</sup> Vázquez-Bermúdez Report, para. 169.

<sup>3</sup> *T. Gazzini*, General Principles of Law in the Field of Foreign Investment, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10 (2009), Issue 1, p. 107 (available at: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1763365](https://papers.ssrn.com/abstract_id=1763365)).

<sup>4</sup> International Status of South West Africa, 1950 I.C.J. 146 (Separate Opinion by Sir Arnold McNair), 148 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/10/010-19500711-ADV-01-01-EN.pdf>).

<sup>5</sup> *Akehurst*, Op. cit., p. 814.

<sup>6</sup> *Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006), ¶ 230–239 ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0424_0.pdf)); for analysis of the case-law requiring all investors to comply with the principle of good faith, see also: *St.W. Schill & H.L. Bray*, 5. Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring, in: A.D. Mitchell, M. Sornarajah & T. Voon (eds.), *Good Faith and International Economic Law*, Oxford University Press, 2015, p. 93–98.

the legal families of the world. Due to the far from comprehensive nature of this study, the analysis will be limited to “the parent systems of the great legal families”<sup>1</sup> and a few others, namely, the common law systems of England and the United States of America, as well as the civil law systems of France, Belgium, Germany, Austria, Switzerland, and Russia. The reason for this is that systems inside each legal family usually share similar legal institutes<sup>2</sup>. Hence, the principles and provisions prevalent in the analyzed legal systems can be found in many other legal systems across each legal family.

Before embarking on actual comparative analysis, it is worth noting that although these legal systems often face the same problems, they may solve these problems by different means<sup>3</sup>. Therefore, this paper will go beyond an analysis of the provisions of municipal legal systems on the statute of limitations (as the most obvious source for extinctive prescription as a general principle of law). As extinctive prescription constitutes a relief against stale claims in the absence of any specific time limits for filing the claims, for comparative purposes, this paper will consider legal provisions preventing considerations of claims on the merits due to a delay in filing them when no specific time limits are fixed by municipal law.

### 3.2.1. Common Law

In English law, the statute of limitations that bars the consideration of a claim by a court after the expiration of a specific period of time has long co-existed with the doctrine of laches. This doctrine is known in English law since at least 1293<sup>4</sup> and allows a court to dismiss a stale claim even in the absence of the limitation period set forth in the statute. The currently applicable test in English jurisprudence requires a court to ascertain “whether it would in all the circumstances be unconscionable for a party to be permitted to assert his beneficial right”<sup>5</sup>. The circumstances include, in particular,

<sup>1</sup> K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Trans. by T. Weir, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford University Press, 1998, p. 41.

<sup>2</sup> M. Bogdan, *Comparative Law*, Kluwer; Norstedts Juridik; TANO, 1994, p. 83.

<sup>3</sup> Zweigert & Kötz, *Op. cit.*, p. 34.

<sup>4</sup> K. Fort, *Disruption and Impossibility: The New Laches and the Unfortunate Resolution of the Modern Iroquois Land Claims*, *Wyoming Law Review*, Vol. 11 (2011), No. 2, p. 400 (available at: <https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1370&context=facpubs>).

<sup>5</sup> *Frawley v. Neill*, [2000] CP Rep. 20 (1999) (per Aldous LJ); see also: *Patel & Ors. v. Shah & Ors.*, [2005] EWCA Civ. 157, para. 32 (per Mummery LJ).

“the period of the delay, the extent to which the defendant’s position has been prejudiced by the delay and the extent to which that prejudice was caused by the actions of the plaintiff”<sup>1</sup>.

The doctrine of laches was utilized in the US as well. It is said to consist of two elements: “prejudice to the defendant resulting from the delay; and circumstances excusing the plaintiff’s failure to bring suit more promptly”<sup>2</sup>.

In establishing these two elements, the US courts apply quite a nuanced two-tier analysis.

First of all, the court identifies the analogous state or federal prescriptive period<sup>3</sup>. As a rule, the court ought to look at the limitation period that would apply “to a comparable... action filed in state court in the state in which the cause of action arose”<sup>4</sup>.

In the second stage of analysis, “the burden of proof is allocated to either the plaintiff (if the analogous period has passed), or to the defendant (if it has not)”<sup>5</sup>. If the plaintiff files the claim within the analogous period, the defendant must prove unreasonableness of the delay and resulting prejudice to the defendant. If the plaintiff files the claim after the expiration of the analogous period, it is he who bears the burden of proof of the reasonableness of delay and lack of prejudice to the defendant.

### 3.2.2. *Continental Law*

There is no general doctrine with an effect similar to laches in the continental law tradition. The concept most closely resembling laches in the Romance legal family is a flexible limitation period. Such a period is enshrined, in particular, in Art. 1648 of the Belgian Civil Code which provides that “[t]he action out of the hidden defects [of the sold goods] must be brought by the purchaser, within a short time (*un bref délai*), according to the nature of the hidden defects, and the usages of the place where the sale

---

<sup>1</sup> *Nelson v. Rye & Anor.*, [1996] 1 WLR 1378, 1392 (per Laddie J); see also: *Cl. Stanley & M.J. Ashdown*, *Laches and Limitation, Trusts & Trustees*, Vol. 20 (2014), Issue 9, p. 961–962. <https://doi.org/10.1093/tandt/ttu163>

<sup>2</sup> *Th.G. Robinson*, *Laches in Federal Substantive Law: Relation to Statutes of Limitations*, *Boston University Law Review*, Vol. 56 (1976), p. 971.

<sup>3</sup> *U.R. Vass & X. Chen*, *The Admiralty Doctrine of Laches*, *Louisiana Law Review*, Vol. 53 (1992), No. 2, p. 517–518 (available at: <https://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5422&context=lalrev;>).

<sup>4</sup> *Sandvik v. Alaska Packers Ass’n*, 609 F.2d 969, 971 (9th Cir. 1979).

<sup>5</sup> *Vass & Chen*, *Op. cit.*, p. 518.

was made”<sup>1</sup>. This flexible limitation period is also embraced by the legal systems of “Benin, Congo, Gabon, Guinea and Luxembourg”<sup>2</sup>. The Belgian Court of Cassation specified that the following criteria should be utilized in assessing “within a short time”: (i) the nature of the goods sold; (ii) the nature of the defects; (iii) end-use of the goods sold; (iv) the quality of the parties; and (v) the judicial or extra-judicial acts performed by the parties<sup>3</sup>. Thus, apart from the length of the delay itself, the courts consider how this delay affects parties to the dispute: e.g., the lapse of the same amount of time can cause detriment to the respondent in the case of perishable goods, but no detriment in the case of non-perishable goods.

In the legal systems lacking provisions on flexible limitation periods that abound in the Germanic legal family, the closest concept to laches is the fixed limitation period. Generally, provisions on the fixed limitation periods either have a “strong effect” of extinguishing a claim itself or a “weak effect” of serving as a bar to the consideration of a claim without extinguishing the claim itself<sup>4</sup>. The rules on limitation periods are said to be based on a number of considerations, including “(i) the stability and certainty of legal relations; (ii) equitable considerations, since it may become difficult to defend a case after a long time, the relevant pieces, evidence and proofs not being available anymore; [and] (iii) issues of a proper administration of justice”<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> The same rule was also contained in Art. 1648 of the French Civil Code until 2005 when the limitation period of two years was incorporated therein (see: Ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur, Art. 3 (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT EXT000000257818>)).

<sup>2</sup> U. Schroeter, A Time-Limit Running Wild: Article 39(2) CISG and Domestic Limitation Periods, *Nordic Journal of Commercial Law (NJCL)*, 2017, Issue 2, p. 178 (available at: <https://journals.aau.dk/index.php/NJCL/article/download/2105/1587/>).

<sup>3</sup> Cass., A.R. nr. 4132, 23 maart 1984 (Blomme / Fort), Arr. Cass 1983–84, 969 (available at: <https://cass.justitie.belgium.be/cass/ac/1983-84-3.pdf>).

<sup>4</sup> R. Zimmermann, Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription, Cambridge University Press, 2002, p. 72 (listing Scotland and South Africa as jurisdictions with “strong effect” of prescription, on the one hand, and, Germany and Greece as jurisdictions with “weak effect” of prescription, on the other hand).

<sup>5</sup> R. Kolb, Good Faith in International Law, Hart Pub., 2017, p. 130. On the rationales for establishing limitation periods in Russian law see Определение КС РФ от 3 ноября 2006 г. № 445-О «По жалобам граждан Бронникова Валерия Акимовича и Володина Николая Алексеевича на нарушение их конституционных прав положениями статьи 208 Гражданского кодекса Российской Федерации» [Ruling of the Constitutional Court of the Russian Federation dated 3 November 2006 No. 445-O “On the Applications of Citizens Valery Akimovich Bronnikov and Nikolay Alexeevich Volodin in Connection With Violation

Although the effect of the limitation period is usually activated upon the lapse of a certain period of time stipulated in the municipal statute<sup>1</sup>, the rigidity of this rule is typically softened by other provisions of the relevant statute. For instance, the German Civil Code provides for the suspension of the limitation period for the duration of negotiations and *force majeure* events<sup>2</sup>, while the Russian Civil Code states that the lapsed limitation period can be restored in exceptional circumstances, such as a plaintiff suffering from serious decease or debilitating condition or the plaintiff's illiteracy<sup>3</sup>.

### 3.2.3. *Deducing the Common Principle: Identifying Elements of the Defense*

This analysis of the sources of common law and continental law reveals that all of them contain rules against pressing of stale claims and take into account certain common considerations in identifying whether a claim is stale.

The first element, a significant inexcusable lapse of time since the emergence of a claim, is present in the Anglo-American doctrine of laches. The lapse of the time element is also obvious in the civil law rules on flexible and fixed limitation periods. The rules of continental law systems on the suspension of limitation periods and restoration of lapsed limitation periods provide the plaintiff with certain excuses or defenses, allowing the claim not to be dismissed. Thus, these rules can be transposed to international law as the inexcusable delay element of extinctive prescription.

The second element, detriment or prejudice to the defendant, manifests itself in the potential for vitiation of evidence in the Anglo-American doctrine of laches. In the context of the flexible limitation periods applicable in some systems of the Romance legal family to the claims concerning hidden defects of goods, the detriment element can be deduced from the willingness of the courts to implement tougher time requirements to claims regarding perishable goods, so as to avoid causing detriment to the defendant. Furthermore, a higher risk of obfuscation of evidence with the lapse of time is another policy consideration behind setting forth fixed limitation periods in continental law.

---

of Their Constitutional Rights by the Provisions of Article 208 of the Civil Code of the Russian Federation] (stating that “the absence of reasonable time limitations for compulsory defense of violated civil rights would lead to detriment being caused to legally protected rights and interests of defendants and third parties who otherwise would not have taken into account in each situation necessity to collect and preserve information and facts significant for consideration of the case”).

<sup>1</sup> Germany: Bürgerliches Gesetzbuch (hereinafter – BGB), § 195; Russia: Civil Code, Art. 196.

<sup>2</sup> BGB, § 203 and 206.

<sup>3</sup> Russian Civil Code, Art. 205.



Hence, the two elements have a ubiquitous presence across major legal systems of the world and can be easily transposed to international law. A case can be dismissed on the basis of extinctive prescriptions if:

- (i) the claimant submits the claim with an inexcusable delay;
- (ii) this delay has caused detriment or prejudice to the respondent, which can be manifested in the destruction of documents, fading of witness recollection due to the lapse of time, *etc.*

## 4. Proving Extinctive Prescription in Investment Arbitration Cases

### 4.1. *The Burden of Proof in Cases of Extinctive Prescription*

In any case where the issue of extinctive prescription comes up, one of the most contentious questions is who bears the burden of proof of the presence or absence of the elements of the defense. The court or tribunal deciding the case may be guided by the general principle that the party making an allegation must prove it<sup>1</sup>. As Foster posits, “[b]oth common law and civil law conceptions of the allocation of the burden of proof centre on the parties’ assertions as to the existence of an obligation or a defence”<sup>2</sup>.

Although major legal systems contain rules shifting the burden of proof in certain circumstances, it is doubtful whether any such rule has been transposed to international law as a general principle of law. For one thing, the ICJ has “explicitly refrained from holding that a complete shift of the burden of proof could occur”<sup>3</sup>. Nevertheless, on a number of occasions, investment tribunals have adopted the so-called *prima facie* approach of shifting the burden of proof from the party making allegations to its opponent upon production of the evidence sufficient to establish a *prima facie* case<sup>4</sup>. Thus, the possibility of shifting the burden of proof has been recognized in investment

<sup>1</sup> *M. Benzing*, Evidentiary Issues, in: A. Zimmermann, K. Oellers-Frahm, Chr. Tomuschat, Chr.J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2<sup>nd</sup> ed., p. 1245 (para. 35).

<sup>2</sup> *C.E. Foster*, Burden of Proof in International Courts and Tribunals, *Australian Year Book of International Law*, Vol. 29 (2010), p. 43 (available at: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUYrBkIntLaw/2010/3.pdf>).

<sup>3</sup> *Benzing*, Op. cit., p. 1247, ¶ 43.

<sup>4</sup> *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award (24 January 2003), ¶ 311 (<https://jusmundi.com/en/document/decision/en-zhinvali-development-ltd-v-republic-of-georgia-award-friday-24th-january-2003>) (quoting *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award (27 June 1990), ¶ 311); *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic*

treaty jurisprudence and is supported, at least, by the “judicial decisions... as subsidiary means for the determination of rules of law” in the sense of the ICJ Statute (Art. 38(1)(d)).

The question thus arises: how does the general principle enunciated above affect the distribution of the burden of proof in case of extinctive prescription? And are there any special rules shifting the burden of proof in the case of extinctive prescription?

The corollary of the general principle *actori incumbit probatio* is that the respondent raising the defense of extinctive prescription should prove both its elements. However, the claimant will have to prove any excuses on which he relies in respect of the first element of significant inexcusable lapse of time. Of course, such a position fails to clarify what period of time is sufficient to dismiss a claim if the claimant does not successfully invoke any excuse.

A general rule on shifting the burden of proof in cases of extinctive prescription accepted in major legal families does not seem to exist. Nevertheless, the case-law of international arbitral tribunals reveals that, at least, some of them have adopted a rule roughly similar to the one applied in the context of the US doctrine of laches: if a claimant files a claim within a certain time period, the respondent bears the burden of proof that he can rightfully invoke the doctrine of extinctive prescription; while if the claim is lodged after expiration of the said period, the claimant bears the burden of proof that the claim is not time-barred.

In *Williams*, twenty years was accepted as a period after which the burden shifts to the plaintiff to show he was not negligent in not pursuing the claim<sup>1</sup>. A similar twenty-year period was required in *Sarropoulos v. Bulgaria*<sup>2</sup>.

The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal suggests that “[m]unicipal statutes of limitation have not been considered as binding on claims before an international tribunal, although such periods may be taken into account by such a tribunal when determining the effect of an unreasonable delay in pursuing a claim” before such tribunals<sup>3</sup>.

---

*of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award (22 August 2017), ¶ 497 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9767.pdf>).

<sup>1</sup> *Williams*, p. 291.

<sup>2</sup> Mixed Arbitral Tribunal Bulgaria-Greece (14 February 1927), *Recueil des décisions des tribunaux arbitraux mixtes*, vol. VII (1928), p. 47 (reported in: *B.E. King*, *Prescription of Claims in International Law*, *British Year Book of International Law*, Vol. 15 (1934), p. 84).

<sup>3</sup> *Alan Craig v. Ministry of Energy of Iran*, IUSCT Case No. 346, Award (2 September 1983), ¶ 45 (<https://jsumundi.com/en/document/decision/en-alan-craig-v-ministry-of-energy-of-iran-water-engineering-service-mahab-khuzestan-water-and-power-authority-kwpa->

Accordingly, in *Iran National Airlines Company v. United States*, the Iran-United States Claims Tribunal held that a six-year period within which Iran Air could have brought a claim against the US before the US Court of Claims is dispositive for determination of the reasonableness of delay. Thus, the Tribunal found all claims in respect of which invoices were presented more than six years before the closure of the Iran Air offices in the US to be time-barred<sup>1</sup>. At the same time, the Iran-United States Claims Tribunal did not apply the principle of extinctive prescription as a matter of public international law, but rather effectively applied the doctrine of laches as it exists under the US law<sup>2</sup>. Thereafter the approach pioneered in the jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal paved its way into investment jurisprudence and was employed by the tribunal in *Caratube*, where placed weight on “municipal statutes of limitation against international prescription principles”<sup>3</sup>.

It is suggested that in the distribution of the burden of proof between the parties, a tribunal can be guided by whether the comparable statute of limitations under municipal law expired at the moment of the presentation of a claim<sup>4</sup>. If yes, the claimant is to show the reasonableness of delay and lack of prejudice to the respondent; if not, the respondent State is to show the unreasonableness of delay and the presence of prejudice. Although this rule cannot be said to constitute a general principle of law, it can be employed as a helpful conceptual tool by arbitral tribunals ruling on investment claims. Since the rule on the distribution of the burden of proof has already been used by a number of tribunals in practice, it can be regarded as rooted in “judicial decisions... as subsidiary means for the determination of rules of law” under the ICJ Statute (Art. 38(1)(d)).

Ultimately, the proposed distribution of the burden of proof will provide States and investors with certainty in their legal relations. In its absence, it is unclear what period of time (coupled with detriment to the respondent) can be considered sufficient for the dismissal of a claim, provided that no excuse for the delay is invoked by the respondent.

---

khadamat-iran-zemin-engineering-consultant-services-company-kiz-award-award-no-71-346-3-friday-2nd-september-1983).

<sup>1</sup> *Iran National Airlines v. United States*, ¶ 12.

<sup>2</sup> See Section 2.3 above.

<sup>3</sup> *Caratube*, ¶ 424; see also Section 2.4 above.

<sup>4</sup> For purposes of interruption of extinctive prescription, it is sensible to treat the moment of submission of a notice of arbitration or request for arbitration (or sending of a notice of dispute to the respondent State, if the relevant international investment agreement provides for a cooling-off period) as the moment of presentation of claim.

#### ***4.2. When Can the Presumption of Extinctive Prescription Be Rebutted?***

It is further suggested that the presumption of extinctive prescription that arises upon the expiration of the comparable statute of limitations under municipal law can be rebutted in two cases:

- (i) where the delay in filing a claim is excusable;
- (ii) where no detriment is caused to the respondent State by the late submission of a claim.

The circumstances in which the presumption of extinctive prescription can be rebutted are discussed below.

##### ***4.2.1. Excusable Delay in Filing a Claim***

The excusable grounds for delay in presentation of a claim can be deduced from the municipal law rules on the suspension and extension of limitation periods.

In the United Kingdom, the 1980 Limitation Act sets forth an extension of the limitation period for the persons to whom the right of action accrued when they were under a disability<sup>1</sup>. English law recognizes two conditions as forming part of such disability: infancy and unsound mind<sup>2</sup>. Notwithstanding the fact that minors and persons of unsound mind can be represented by a litigation friend in common law, such persons are allowed to bring claims “at any time before the expiration of six years from the date when [they] ceased to be under a disability”<sup>3</sup>. This approach of extending prescription for minors and persons under guardianship have also been followed in France<sup>4</sup>.

On the other hand, the English and French views are far from universal. In many jurisdictions, prescription is suspended only in respect of minors without a guardian<sup>5</sup>. For instance, in German law, operation of the limitation period is suspended between parents and children during the minority of children and between guardian and ward during the term of the guardianship relationship<sup>6</sup>, but there is no general suspension for claims of minors or against minors who are represented by their parents or guardians.

---

<sup>1</sup> Limitation Act 1980, Sec. 28(1).

<sup>2</sup> *A. McGee*, *Limitation Periods*, 7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, 2014, p. 351 (para. 19.002).

<sup>3</sup> Limitation Act 1980, s. 28(1).

<sup>4</sup> Code civil, Art. 2252.

<sup>5</sup> *E. Hondius*, General Report, in: E. Hondius (ed.), *Extinctive Prescription on the Limitation of Actions: Reports to the XIVth Congress International Academy of Comparative Law Athens (Vouliagmeni)*, Greece, 31 July – 7 August 1994, Kluwer Law International, 1995, p. 22 (para. 20) (citing Argentina as an example).

<sup>6</sup> BGB, § 207.

Aside from incapacity, another widespread ground for suspension is a *force majeure* event preventing a creditor from filing a claim<sup>1</sup>. For instance, the Russian Civil Code sets forth an extension of the limitation period in cases where either a claimant or a defendant is a member of the armed forces while martial law is being imposed<sup>2</sup>.

The general rule appears to be that the limitation period should not run in cases where either a creditor / claimant or a debtor / defendant is under some incapacity to participate in the proceedings, or when filing of a claim is impossible for some reason. The next stage of the analysis is whether this general principle can be transposed to investment law.

On the basis of his study of the case-law of mixed claims commissions, Bin Cheng named, in particular as one of the circumstances precluding operation of prescription in international law (i) “[i]ncapacity, disability, want of legal agencies, prevention by war, well-grounded fear and the like”<sup>3</sup>, and (ii) a defendant causing delay<sup>4</sup>.

These circumstances can be, to a certain extent, transposable to modern investment law. Incapacity of a claimant to pursue legal proceedings can be considered a valid excuse for the delay in initiating investment arbitration proceedings. Such incapacity can manifest itself, in particular, in imprisonment, criminal prosecution, and harassment of an investor — a physical person or chief executive officer and other officers of an investor — legal entity. Although stories of persons pursuing claims against States whilst imprisoned in these States are not unheard of<sup>5</sup>, not all investors are as audacious, and it would be unjust to require an investor to pursue proceedings whilst in custody in the respondent State where there is a risk of pressure being put on him.

Another question is whether the incapacity of an investor (*e.g.*, a minor who can be an heir to an original investor) is a valid excuse for the delay in pursuing the claim. The answer to this question seems to be in the negative.

---

<sup>1</sup> BGB, § 206; Russian Civil Code, Art. 202(1)(1).

<sup>2</sup> Art. 202(1)(2).

<sup>3</sup> *Bin Cheng*, Op. cit., p. 384 (referring to Williams).

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> See, *e.g.*: *A. Ross*, *Imprisoned Russian Businesswoman Brings Claim against Kuwait* (17 July 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1172043/imprisoned-russian-businesswoman-brings-claim-against-kuwait>) (describing the circumstances of *Lazareva v. Kuwait*). Another prominent example of State using criminal law mechanisms to put pressure on investors is apprehension and sentencing by Georgia of Ron Fuchs, the claimant in *Fuchs v. Georgia* (see: *A. Ross*, *Ron Fuchs Sentenced to Seven Years* (1 April 2011) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1030212/ron-fuchs-sentenced-to-seven-years>)).

Although English law and some other legal systems contain rules on the extension of limitation periods in case the right of claim accrues when the claimant is minor or otherwise incapacitated, other legal systems (including German law) lack such rules. Therefore, no general principle excusing minors from pursuing an investment claim can be deduced and transposed to investment law. This conclusion is strengthened by the fact that most, if not all, legal systems provide for instruments of defense of interests of minors or incapacitated persons in the form of litigation friends (in common law) or statutory representatives (in civil law).

As for the question of whether a State can be argued to be incapacitated by any event, the answer is likely no. Even so-called “failed States” retain diplomatic functions and are capable of representing themselves in legal proceedings. Although in some cases there can be controversies about proper representation of a State by a particular government<sup>1</sup>, they are unlikely to last for a significant time, which can affect the operation of extinctive prescription.

#### 4.2.2. *Lack of Detriment or Prejudice to the Respondent*

As discussed in Section 3.2.3 above, detriment or prejudice to the respondent State can manifest itself in the vitiation of evidence, e.g., failure of memory of witnesses due to lapse of time and loss or destruction of documentary evidence.

Bin Cheng suggests that this element is not present when evidence is not obscured due to delay in the presentation of a claim<sup>2</sup>. Correspondingly, in *Gentini* Umpire Ralston referred in *obiter dictum* to a claim based on a bond for which a public register has been kept as a case in which extinctive prescription would not run<sup>3</sup>. This obviously does not mean that all claims predominantly based on documentary evidence are immune to the lapse of time. In fact, many companies and states have policies on the destruction of documents after the expiration of certain time periods. Thus, a respondent State might be prejudiced if an investor files a claim after the expiration of this

---

<sup>1</sup> See: *R. Pereira de Souza Fleury*, ICC Tribunal Recognizes Guaidó’s Intervention and Stays Proceedings in *PDVSA v. PETROPAR*, Kluwer Arbitration Blog (25 May 2019) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/05/25/icc-tribunal-recognizes-guaidos-intervention-and-stays-proceedings-in-pdvsa-v-petropar/>) (describing Juan Guaidó’s attempts to intervene into various arbitration proceedings conducted by Venezuela).

<sup>2</sup> *Bin Cheng*, Op. cit., p. 382. For an example of this proposition, see: Giacopini (*Italy v. Venezuela*), Opinion of Umpire Ralston (1903), in: Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. X, p. 595–596 (available at: [https://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_X/594-596.pdf](https://legal.un.org/riaa/cases/vol_X/594-596.pdf)).

<sup>3</sup> *Gentini*, p. 561.

period and the relevant evidence is already destroyed by the investor (who would otherwise be obliged to disclose it), the State, or State-controlled company implicated in the dispute.

Moreover, it should be kept in mind that in many investment cases, witness testimony is still very important. For instance, in *WDF v. Kenya*, the witness statement of the senior manager of the claimant, who admitted to giving money to the Kenyan President, was critical for the dismissal of the case on international public policy grounds<sup>1</sup>.

Thus, despite the prevailing role of documentary evidence in modern investment arbitration proceedings, the presumption of extinctive prescription is not easily rebuttable due to a lack of detriment to the respondent State.

## 5. Conclusion

The doctrine of extinctive prescription, which constitutes a general principle of law recognized by civilized nations, has continuing relevance for the investor-state dispute settlement given that only around one hundred international investment agreements contain explicit limitation periods while others are simply silent on this issue. This analysis of a number of legal systems belonging to major legal families of the world allows us to deduce two principal elements of the defense: (i) inexcusable (unreasonable) delay in presentation of the claim; and (ii) significant prejudice or detriment to the respondent State, which can be manifested in obfuscation of evidence due to lapse of time, *e.g.*, fading of witnesses' memories and destruction of documents.

It is suggested that in approaching a plea of extinctive prescription, a tribunal should take into account municipal statutes of limitation in the host State. An investor should be accorded a rebuttable presumption that his claim is not time-barred if he files the claim within the limitation period provided for in the host State's municipal legislation. If the investor files the claim upon expiration of the limitation period, the burden of proof that delay was reasonable and no detriment was caused to the respondent rests on the claimant.

---

<sup>1</sup> *World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006), ¶ 110 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw15005.pdf>).

# **ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ КАК ДВУСТОРОННЯЯ ДОРОГА: ВСТРЕЧНЫЕ ИСКИ ГОСУДАРСТВ К ИНОСТРАННЫМ ИНВЕСТИТОРАМ В СВЕТЕ ПОСЛЕДНЕЙ ПРАКТИКИ И НОВОГО ПОКОЛЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ИНВЕСТИЦИОННЫХ ДОГОВОРОВ**

**Е.С. Булова,**  
LL.M. (Уппсальский университет),  
член Королевского института арбитров (MCIArb),  
старший юрист адвокатского бюро «Иванян и партнеры»  
(Москва)

*В статье анализируются основные сложности, возникающие при предъявлении государствами встречных исков в инвестиционном арбитраже. Автор отмечает, что они обусловлены «осторожно-ограничительными» подходами арбитров к толкованию положений международных инвестиционных договоров. В этой связи в статье предлагаются способы их преодоления на основе альтернативного толкования положений Вашингтонской конвенции, применимых арбитражных регламентов и международных инвестиционных договоров.*

*В статье рассматривается недавняя практика инвестиционного арбитража и отмечается, что она демонстрирует более благосклонные подходы к встречным искам государств и отход от ограничительного толкования. Кроме того, анализируется ряд международных инвестиционных договоров «нового поколения», в которых наблюдается более сбалансированный подход, который также учитывает интересы принимающих государств.*

*Ключевые слова: инвестиционный арбитраж; встречные иски в инвестиционном арбитраже; Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС); Вашингтонская конвенция; права человека в инвестиционном арбитраже; новое поколение инвестиционных договоров.*



# INVESTMENT ARBITRATION AS A TWO-LANE HIGHWAY: COUNTERCLAIMS BY STATES AGAINST INVESTORS IN LIGHT OF THE RECENT ARBITRAL PRACTICE AND NEW GENERATION INVESTMENT TREATIES

ELENA BUROVA,  
LL.M. (Uppsala University),  
Member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb),  
Senior Associate at *Ivanyan & Partners* Law Firm (Moscow)

*The article analyzes the main difficulties that arise when states submit counterclaims in investment arbitration. The author notes that the difficulties are mostly associated with the “cautiously restrictive” approach of arbitrators to the interpretation of the provisions of investment treaties.*

*The article also considers the recent practice of investment arbitral tribunals submitting that this demonstrates more favorable approaches to counterclaims by states and a departure from restrictive interpretation. The article also considers a number of “new generation” investment treaties that take a more balanced position towards the interests of host states.*

*Keywords: investment arbitration; counterclaims in investment arbitration; International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); ICSID Convention; human rights in investment arbitration; new generation of investment treaties.*



## 1. Введение

Система разрешения споров между иностранными инвесторами и принимающими государствами (Investor-State Dispute Settlement (далее – *ISDS*)) находится в настоящий момент в состоянии «турбулентности». Критика в адрес *ISDS*, уже более десятилетия исходящая от ее

различных участников, привела к тому, что Комиссия ООН по праву международной торговли (далее – ЮНСИТРАЛ) внесла в свою повестку реформирование *ISDS* как один из центральных вопросов и активно работает над ним во многих направлениях уже несколько лет<sup>1</sup>.

Значительная часть такой критики связана с тем, что в *ISDS* нет баланса между публичными и частными интересами. Отмечается, что данная система асимметрична, поскольку государства признаются ответственными перед иностранными инвесторами и выплачивают многомиллионные компенсации, в то время как корпорации не несут ответственности за социальные, экономические и экологические последствия своей инвестиционной деятельности<sup>2</sup>.

При этом на этапе зарождения *ISDS* в 60-е годы прошлого столетия ее отцы-основатели (под руководством А. Брохеса (A. Broches), первого Генерального секретаря Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (далее – *ICSID*))) руководствовались необходимостью сбалансировать интересы государств и инвесторов.

<sup>1</sup> См. подробнее о работе Рабочей группы III ЮНСИТРАЛ «Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами»: [https://uncitral.un.org/ru/working\\_groups/3/investor-state](https://uncitral.un.org/ru/working_groups/3/investor-state); см. также: Рачков И.В. Реформа международно-правового урегулирования споров между иностранными инвесторами и государствами // Международное правосудие. 2016. № 3(19). С. 118–136 (доступно в Интернете по адресу: [https://mgimo.ru/upload/iblock/d4d/MP3\(19\)2016%20\(101-136%20-%20%D0%A0%D0%B0%D1%87%D0%BA%D0%BE%D0%B2\).pdf](https://mgimo.ru/upload/iblock/d4d/MP3(19)2016%20(101-136%20-%20%D0%A0%D0%B0%D1%87%D0%BA%D0%BE%D0%B2).pdf)); Бурова Е.С., Коротева К.В. Ветер перемен: актуальные обсуждения реформы системы разрешения споров между иностранными инвесторами и государствами // Закон. 2018. № 5. С. 153–163 (доступно в Интернете по адресу: <https://centerarbitr.ru/wp-content/uploads/2018/07/veter-peremen.pdf>); Соловьева А.В. Новые подходы к реформе инвестиционного арбитража // Московский журнал международного права. 2019. № 1. С. 27–39 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.mjil.ru/jour/article/view/296/218>).

<sup>2</sup> См. подробнее о критике *ISDS*: The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin (eds.). Kluwer Law International, 2010; см. также: Ходыкин Р.М. Закат эры инвестиционного арбитража? // Legal Insight. 2014. № 6(32). С. 64; Гребельский А.В. Конец эпохи? Судьба инвестиционного арбитража в свете попыток создания системы Инвестиционного суда ЕС // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam*. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов; Ред.: П.Д.Савкин; Отв. секретарь: Ю.А. Шабалина; Каф. межд. частн. и гражд. права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД России; МАК при ТПП РФ; МКАС при ТПП РФ. 2-е изд., доп. М.: Статут, 2017. С. 476–502.; Аудзевичус Р., Пархаев Д. Решение Суда ЕС по делу *Slowakische Republik v. Achmea BV* и будущее инвестиционного арбитража в Европе // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5: Сборник статей / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина. М.: Российский институт современного арбитража, 2019. С. 348–375.

Об этом свидетельствуют подготовительные документы<sup>1</sup> к Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (далее – Вашингтонская конвенция). Данные материалы показывают, что *ISDS* была изначально смоделирована таким образом, чтобы арбитражные разбирательства могли инициироваться как инвесторами, так и государствами, а процессуальные механизмы Вашингтонской конвенции разработаны так, чтобы их можно было применять независимо от того, кто является истцом<sup>2</sup>.

Кроме того, изначально государства наделялись правом на встречный иск к иностранному инвестору, который в отсутствие прямой договоренности сторон спора об ином должен был рассматриваться тем же составом арбитров, что и первоначальный иск инвестора к государству (ст. 46 Вашингтонской конвенции).

Есть достаточное количество аргументов в пользу того, что у государства должно быть право на встречный иск в инвестиционном арбитраже.

Например, рассмотрение основного и встречного исков позволит добиться процессуальной экономии и эффективности. Кроме того, исходя из соображений нейтральности и независимости, также представляется необходимым рассматривать требования государств к инвесторам не в национальных судах, а в наднациональном форуме<sup>3</sup>. Наконец, механизм встречных исков важен для обеспечения законности и целостности *ISDS*: он позволяет привлечь инвесторов к ответственности за осуществление инвестиционной деятельности ненадлежащим образом и повысить внимание к корпоративной от-

<sup>1</sup> The History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and the Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. Vol. II-1. ICSID, 1968. P. 244, 246, 311, 374 (доступно в Интернете по адресу: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-1.pdf>); Parra A.R. The History of ICSID. Oxford University Press, 2012. P. 174.

<sup>2</sup> Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15). ICSID, 2006. P. 41 (para. 13) (доступно в Интернете по адресу: [https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR\\_English-fnal.pdf](https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_English-fnal.pdf)).

<sup>3</sup> Bjorklund A.K. The Role of Counterclaims in Rebalancing Investment Law // Lewis & Clark Law Review. 2013. Vol. 17. No. 2. P. 461–480 (доступно в Интернете по адресу: <https://law.lclark.edu/live/files/14086-lcb172art4bjorklundpdf>).

ветственности в контексте защиты окружающей среды и соблюдения прав человека.

Однако, несмотря на очевидные плюсы такого решения, *ISDS* традиционно воспринимается как дорога с односторонним движением, где право заявлять требования принадлежит иностранным инвесторам, а государству отводится роль «вечного ответчика»<sup>1</sup>. Во многом это обусловлено тем, что попытки государств заявлять встречные иски к инвесторам редко приводили к успеху.

С момента заявления первого встречного иска в инвестиционном арбитраже в 1977 г.<sup>2</sup> практика придерживалась «осторожно-ограничительных» подходов: большинство встречных исков государств к иностранным инвесторам отклонялись по юрисдикционным основаниям, без перехода к рассмотрению по существу. Можно наблюдать некую асимметрию с точки зрения того, как реализуются процессуальные права государств и инвесторов, лежащие в основе *ISDS*, а также некий отход от принципа «двусторонности», заложенного в данную систему при ее основании.

Вместе с тем за последние несколько лет стали также появляться примеры дел, в которых государства относительно успешно заявляли встречные требования к инвесторам. Новые попытки сбалансировать международное инвестиционное право наблюдаются и в межгосударственной практике заключения инвестиционных договоров. Подходы государств к ним меняются: можно наблюдать позитивные тенденции при анализе текстов некоторых договоров «нового поколения».

В настоящей работе рассматриваются причины сложностей, с которыми сталкиваются государства при заявлении встречных исков в инвестиционном арбитраже, предлагаются альтернативные подходы к их разрешению, а также анализируется последняя практика рассмотрения встречных исков государств и разработка международных инвестиционных договоров в свете новых подходов к встречным требованиям государств.

---

<sup>1</sup> *Popova I.C., Poon F.* From Perpetual Respondent to Aspiring Counterclaimant? State Counterclaims in the New Wave of Investment Treaties // *BCDR International Arbitration Review*. 2015. Vol. 2. Issue 2. P. 224; *Toral M., Schultz Th.* Ch. 25. The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations // *The Backlash against Investment Arbitration* / M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. Chung, C. Balchin (eds.). P. 577–602 (доступно в Интернете по адресу: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1811922](https://papers.ssrn.com/abstract_id=1811922)).

<sup>2</sup> *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*, ICSID Case No. ARB/74/1, Award (29 August 1977).

## 2. Какие требования лежат в основе встречных исков государств к иностранным инвесторам?

В практике инвестиционного арбитража заявлялись разные по своей природе встречные требования принимающих государств к иностранным инвесторам. В большинстве своем они касались нарушений, допущенных инвесторами в ходе осуществления инвестиций в принимающих государствах и повлекших негативные последствия для таких государств.

Наиболее ранние примеры встречных исков государств к инвесторам относятся к 70-80-м годам XX в. В тот период встречные требования государств в инвестиционном арбитраже зачастую основывались на обязательствах из инвестиционных контрактов, заключенных непосредственно между государством в лице его государственных органов и иностранными инвесторами. Государства просили зачесть в счет взыскиваемых убытков компенсацию за ненадлежащее исполнение инвесторами своих обязательств в рамках реализации инвестиционных проектов<sup>1</sup>.

Так, в одном из ранних дел 1983 г.<sup>2</sup> между немецким инвестором и правительством Камеруна был заключен ряд инвестиционных контрактов о строительстве завода по производству удобрений. После того как правительство закрыло завод из-за его ненадлежащего технического состояния, инвестор обратился с требованиями о компенсации в *ICSID*. В свою очередь государство также потребовало с инвестора компенсацию убытков в связи с ненадлежащим исполнением последним обязательств по инвестиционным контрактам о техническом обеспечении и управлении заводом. Арбитры отклонили встречные требования государства по существу, указав, что оно в силу своего положения имело доступ к иным источникам технического обеспечения и не должно было полагаться в этом на частного инвестора<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См., например: *Adriano Gardella S.p.A. v. Côte d'Ivoire*, Award; *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/77/2, Award (8 August 1980) ([https://jsumundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-award-friday-8th-august-1980#decision\\_1625](https://jsumundi.com/en/document/decision/en-s-a-r-l-benvenuti-bonfant-v-peoples-republic-of-the-congo-award-friday-8th-august-1980#decision_1625)).

<sup>2</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/81/2, Award (21 October 1983) ([https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-klockner-industrie-anlagen-gmbh-and-others-v-united-republic-of-cameroon-and-societe-camerounaise-des-engrais-sentence-friday-21st-october-1983#decision\\_996](https://jsumundi.com/en/document/decision/fr-klockner-industrie-anlagen-gmbh-and-others-v-united-republic-of-cameroon-and-societe-camerounaise-des-engrais-sentence-friday-21st-october-1983#decision_996)).

<sup>3</sup> *Charlotin D. Looking Back* (1 of 3): Tribunal in *Klöckner v. Cameroon* Finds That Imperfect Contractual Performance by Investor Justifies State's Decision to Withhold Its Own Perfor-

В ряде дел государства также заявляли требования о различных нарушениях налогового законодательства в виде уклонения инвестора от уплаты налогов или совершения им налоговых махинаций, а также злоупотреблений преференциальным таможенным режимом<sup>1</sup>.

Встречаются также примеры встречных требований государств о компенсации морального вреда<sup>2</sup>. Например, в вышеупомянутом деле *Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo* государство среди прочего требовало возмещения морального вреда (intangible loss) из-за неисполнения инвестором обязательств по строительству водоочистных сооружений, вследствие чего вода для обеспечения потребностей населения Конго не соответствовала санитарным стандартам, а также из-за необоснованного обращения инвестора в международный арбитраж. Схожее требование о компенсации морального вреда (non-material injury) репутации государства из-за якобы необоснованного обращения иностранного инвестора в арбитраж заявлялось Украиной в деле *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*<sup>3</sup>. В обоих случаях встречные требования принимающих государств о компенсации морального вреда были отклонены.

В относительно недавнем деле *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*<sup>4</sup>, рассмотренном в 2014 г., Узбекистан заявлял встречные требования к израильскому инвестору, вложившему средства в совместное предприятие с несколькими узбекскими государственными компаниями по переработке молибденового сырья. По условиям договоренности, государственные компании передавали для переработки добываемый ими молибден, а также комплекс зданий и оборудования. Со своей стороны иностранный инвестор обязался передать свои ноу-

---

mance (19 March 2019) (<https://www.iareporter.com/articles/looking-back-1-of-3-tribunal-in-klockner-v-cameroon-finds-that-imperfect-contractual-performance-by-investor-justifies-states-decision-to-withhold-its-own-performance/>).

<sup>1</sup> *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction in Resubmitted Proceeding (10 May 1988) ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf)); *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo*, Award.

<sup>2</sup> См. подробнее: *Dumberry P. Compensation for Moral Damages in Investor-State Arbitration Disputes // Journal of International Arbitration*. 2010. Vol. 27. Issue 3. P. 247–276 (доступно в Интернете по адресу: [https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1628272](https://papers.ssrn.com/abstract_id=1628272)).

<sup>3</sup> SCC Case No. 080/2005, Final Award (26 March 2008) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0030.pdf>).

<sup>4</sup> ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>).

хау, а также внести финансирование, необходимые для того, чтобы привести качество производимого сырья в соответствие с международными стандартами и таким образом повысить его стоимость.

Узбекистан заявлял, что он понес убытки и как собственник указанных государственных компаний, и как суверен. В частности, как собственник государственных компаний Узбекистан требовал компенсации убытков в виде упущенной выгоды — доходов, которые он получил бы при экспорте продукции на зарубежных рынках, если бы международные стандарты качества были достигнуты. Встречные требования Узбекистана как суверена касались прямых убытков из-за неуплаты налогов, таможенных и валютных пошлин инвестором вследствие предоставления им заведомо ложной информации, а также убытков из-за социальных и экономических последствий банкротства совместного предприятия в виде повышения безработицы среди местного населения.

До недавнего времени в большинстве дел, где государства заявляли встречные требования к инвесторам, они отклонялись в силу довольно ограничительных подходов к толкованию как положений применимых арбитражных регламентов, так и двусторонних и многосторонних инвестиционных договоров (далее — ДИС и МИС соответственно). Однако за последние два-три года в практике стали появляться дела, демонстрирующие более «благосклонные» подходы к встречным искам принимающих государств.

В паре недавних дел *ICSID*<sup>1</sup>, получивших широкое обсуждение в арбитражном сообществе<sup>2</sup>, государство заявило встречные требования к инвесторам о компенсации за ущерб, причиненный окружающей среде Эквадора в ходе эксплуатации нефтяных месторождений транснациональным консорциумом компаний.

<sup>1</sup> *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/08/6, Award (27 September 2019) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10837.pdf>); *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims (7 February 2017) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8206.pdf>).

<sup>2</sup> *Harrison J. Environmental Counterclaims in Investor-State Arbitration: Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No ARB/08/6, Interim Decision on the Environmental Counterclaim, 11 August 2015 (Peter Tomka, Neil Kaplan, J. Christopher Thomas) // *Journal of World Investment & Trade*. 2016. Vol. 17. Issue 3. P. 479–488 <https://doi.org/10.1163/22119000-01703006>; *Ishikawa T. Counterclaims and the Rule of Law in Investment Arbitration* // *American Journal of International Law*. 2019. Vol. 113. P. 33–37. <https://doi.org/10.1017/aju.2018.96>

В более раннем из этой пары дел — *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* — государство заявило две группы встречных требований к инвестору: о компенсации за экологическое загрязнение почвы и грунтовых вод на эксплуатировавшемся инвестором нефтяном месторождении, а также о компенсации за неисполнение им своих обязательств по инвестиционному контракту по надлежащей с точки зрения экологической безопасности эксплуатации инфраструктуры месторождения и его последующей консервации. Правовыми основаниями требований были инвестиционный контракт между инвестором и государством, а также положения национального права Эквадора. В результате в феврале 2017 г. состав арбитров присудил Эквадору компенсацию в размере 41,7 млн долл., которая подлежала вычету из суммы, присужденной истцу.

Во втором деле — *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* — арбитры также удовлетворили схожие по своей сути встречные требования Эквадора. Государству присудили компенсацию убытков в размере 93 млн долл., которые Эквадор должен понести для восстановления состояния отдельных участков месторождения от экологического ущерба, причиненного в результате деятельности инвестора.

Соответственно, при предъявлении встречных исков государства обычно требуют возмещения убытков, вызванных нарушением инвестором своих обязательств по инвестиционному соглашению, а также законодательства принимающего государства. Учитывая, что инвестиционные соглашения и национальное законодательство принимающего государства не только дают права инвестору, но и налагают на него обязанности, логично было бы рассматривать иски государств к инвесторам в том же форуме, что и иски инвесторов к государствам.

### **3. Каковы условия для предъявления встречных исков государств к иностранным инвесторам?**

Большинство дел, в которых государства заявляли встречные требования к инвесторам, рассматривались согласно Вашингтонской конвенции и, соответственно, Арбитражному регламенту ICSID, а также согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ. Эти документы традиционно являются наиболее используемыми в инвестиционном арбитраже, по данным ежегодной статистики Конференции ООН



по торговле и развитию (далее – ЮНКТАД)<sup>1</sup>. Кроме того, в рамках одного инвестиционного спора, по которому государством-ответчиком также заявлялись встречные иски, применялся Арбитражный регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ТПС) (Stockholm Chamber of Commerce (далее – SCC))<sup>2</sup>.

Поэтому положения указанных документов наиболее показательны и релевантны применительно к анализу условий для предъявления встречных исков государств в инвестиционном арбитраже.

### 3.1. Вашингтонская конвенция и Арбитражный регламент ICSID

Нормы о встречных исках государств к инвесторам содержатся в ст. 46 Вашингтонской конвенции, а также дублируются в правиле 40(1) Арбитражного регламента ICSID.

Рассмотрение встречных исковых требований государств в арбитраже согласно Вашингтонской конвенции должно происходить при соблюдении следующих трех условий:

1) встречное требование должно быть непосредственно связано с предметом спора (arising directly out of the subject-matter of the dispute);

2) встречное требование должно подпадать под условия соглашения сторон на арбитраж (within the scope of consent of the parties);

3) встречное требование должно подпадать под юрисдикцию ICSID по иным юрисдикционным основаниям, закрепленным в ст. 25 Вашингтонской конвенции (otherwise within the jurisdiction of the Centre).

Второе и третье из перечисленных в ст. 46 Вашингтонской конвенции условий в большей степени касаются юрисдикции, тогда как первое зачастую трактуется на практике как условие о допустимости (admissibility) встречных исковых требований<sup>3</sup>.

Наибольшие дискуссии в практике вызывает толкование условий о 1) непосредственной связи встречного требования с предметом спора и 2) подпадании встречного требования под условия соглашения на арбитраж.

Например, положения о разрешении споров в ДИС и МИС сформулированы в основном применительно к нарушениям обя-

<sup>1</sup> Fact Sheet on Investor-State Dispute Settlement Cases in 2018 // IIA Issues Note. 2019. May. Issue 2 ([https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d4_en.pdf)).

<sup>2</sup> *Limited Liability Company Amtov v. Ukraine*, Final Award.

<sup>3</sup> См., например, *Antoine Goetz & Consorts et S.A. Affinage des Metaux v. Republique du Burundi*, ICSID No. ARB/01/2, Award (21 June 2012) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1086.pdf>).

зательств государств по отношению к инвесторам, что позволяет многим трибуналам ограничительно толковать условия о подпадании встречного требования государства под согласие на арбитраж. Что касается условия о связи встречного требования с предметом спора, дискуссионным является вопрос о том, в чем должна заключаться связь первоначального требования инвестора и встречного требования государства – в единстве правовых или фактических оснований требований.

Подробнее указанные особенности толкования условий для предъявления встречных исков рассматриваются ниже, в разд. 4 настоящей статьи.

### **3.2. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ**

Формулировки положений о встречных исках в Арбитражном регламенте ЮНСИТРАЛ различаются в редакциях 1976 г. и 2010 г.

Статья 19(3) в редакции Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 г. предусматривает, что встречные требования должны возникать из того же договора (contract), что и требования истца.

В ходе работы над изменениями в Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. отмечалось, что данная формулировка положения ст. 19(3) о встречных исках не вполне подходит для инвестиционного арбитража и разрабатывалась с ориентацией на коммерческий арбитраж<sup>1</sup>. Споры между государствами и иностранными инвесторами могут возникать не только из инвестиционных контрактов, но и из международных инвестиционных договоров, поэтому указанное положение, упоминающее “contracts”, нуждалось в адаптации к специфике инвестиционного арбитража<sup>2</sup>.

Так, после внесения соответствующих изменений в 2010 г. ст. 21(3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ теперь предусматривает, что рассмотрение встречных исков допускается при наличии на это компетенции арбитражного трибунала.

Оставляя за рамками настоящей статьи дискуссию об удачности предложенной формулировки положения о встречных исках Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г., отметим, что

---

<sup>1</sup> Paulsson J., Petrochilos G. Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules: A Report ([https://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules\\_report.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf)). Para. 174; см. также: *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award, ¶ 407.

<sup>2</sup> Crawford J. Treaty and Contract in Investment Arbitration // *Arbitration International*. 2008. Vol. 24. Issue 3. P. 351. <https://doi.org/10.1093/arbitration/24.3.351>

на практике вполне обоснованно возникли вопросы о том, как следует толковать ст. 21(3) применительно к встречным искам государств в инвестиционном арбитраже.

Как показывает анализ арбитражных решений по делам, где государства заявляли встречные иски согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ в редакции 2010 г.<sup>1</sup>, при толковании условия ст. 21(3) о наличии компетенции трибунала арбитры по сути рассматривали те же специфические условия, которые закреплены в ст. 46 Вашингтонской конвенции, в частности условия о подпадании встречного требования под согласие на арбитраж, а также о его непосредственной связи с предметом спора, которые и в контексте разбирательства по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ тоже вызывали дискуссии.

### 3.3. Арбитражный регламент SCC

По статистике ЮНКТАД, по популярности в сфере инвестиционного арбитража Арбитражный регламент SCC занимает третье место после Арбитражного регламента ICSID и Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Согласно публично доступным сведениям, до настоящего момента государство заявляло встречные исковые требования к инвестору только в одном деле, рассмотренном по Арбитражному регламенту SCC, — вышеупомянутом деле *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*.

Указанное дело рассматривалось по Арбитражному регламенту SCC в редакции 1999 г., которая регулировала вопрос встречных требований в ст. 10(3). Согласно данной статье встречные требования должны основываться на том же арбитражном соглашении, что и основные требования. Отклоняя встречный иск Украины, арбитры анализировали не соответствующие положения Арбитражного регламента SCC, а положения Договора к Энергетической Хартии<sup>2</sup> (далее — ДЭХ), на основании которого заявлялись спорные требования.

После рассмотрения дела *Limited Liability Company Amto v. Ukraine* в Арбитражный регламент SCC неоднократно вносились изменения.

<sup>1</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0622.pdf>); *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award (17 December 2015) ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238\\_2.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf)).

<sup>2</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/other-ia/3118/the-energy-charter-treaty-1994->

Действующая на данный момент редакция 2017 г. содержит нормы, касающиеся встречных требований, в ст. 9(1)(iii), (iv) и 29(2)(iv), формулировки которых отличаются от соответствующих положений Арбитражного регламента SCC в редакции 1999 г.

В частности, ст. 9(1)(iv) Арбитражного регламента SCC 2017 г. среди требований к ответу ответчика на просьбу истца об арбитраже устанавливает, что в случае, когда встречные требования заявляются более чем по одному арбитражному соглашению, необходимо указание на такие арбитражные соглашения. Также ст. 29(2)(iv) среди требований к отзыву на исковое заявление предусматривается указание на основания, по которым ответчик заявляет встречный иск.

#### **4. Каковы основные трудности для встречных исков государств к иностранным инвесторам, и как их можно преодолеть?**

Для понимания причин, по которым попытки государств заявлять встречные иски к иностранным инвесторам редко приводили к успеху до недавнего времени, необходимо проанализировать сложности, связанные с предъявлением встречных исков в инвестиционном арбитраже. Основные из них заключаются, по мнению автора, в следующем:

1) толкование условия о подпадании встречного иска под согласие сторон на рассмотрение спора в контексте положений о разрешении споров ДИС и МИС, сформулированных лишь применительно к нарушениям обязательств государств по отношению к инвесторам;

2) толкование условия о связи встречного иска с предметом спора как подразумевающего единое юридическое, а не фактическое основание;

3) толкование обоих условий ст. 46 Вашингтонской конвенции в контексте положений ДИС и МИС, не упоминающих национальное право государств-участников в качестве применимого для разрешения спора между государством и иностранным инвестором.

##### ***4.1. Формулировки положений о разрешении споров ДИС и МИС, касающиеся лишь нарушений обязательств государств по отношению к инвесторам***

При проверке условия о подпадании встречного иска под согласие сторон на рассмотрение спора, предусмотренного ст. 46 Вашингтонской конвенции, составы арбитров обращаются в первую очередь к положениям ДИС или МИС о порядке разрешения споров. Наиболее

обсуждаемым в литературе<sup>1</sup> делом, которое иллюстрирует указанную сложность, стало дело *Spyridon Roussalis v. Romania*, рассмотренное по Арбитражному регламенту *ICSID*<sup>2</sup>. В данном деле встречное требование государства было отклонено большинством голосов арбитров из-за формулировки положений о разрешении споров в ДИС между Румынией и Грецией 1997 г.<sup>3</sup>

В этом деле Румыния заявила встречные требования о взыскании компенсации за убытки, причиненные вследствие неисполнения инвестором обязательства по внесению обязательных платежей в инвестиционный проект, предусмотренного контрактом о приватизации между инвестором и государством, а также вследствие присвоения инвестором средств в личных целях в ходе приватизации. Встречные требования государства основывались на положениях национального права Румынии.

Арбитры обратились к положениям о разрешении споров в ДИС между Румынией и Грецией 1997 г. (ст. 9(1), (2)), которые предусматривают, что споры, *касающиеся обязательств государства в отношении инвестиций*, могут передаваться в том числе в международный арбитраж. Указанные положения были истолкованы большинством состава арбитров как ограничивающие сферу согласия сторон на передачу споров в арбитраж только требованиями инвесторов о соблюдении государством ДИС<sup>4</sup>.

Примечательно, что арбитр, назначенный ответчиком (профессор В.М. Райзман), написал особое мнение<sup>5</sup> по вопросу допустимости встречного иска Румынии, указав в нем, что при выборе арбитража на основании упомянутого ДИС условие о согласии, предусмотренное ст. 46 Вашингтонской конвенции, *ipso facto* распространяется на любой арбитраж, начинаемый инвестором в *ICSID*. В особом мнении проф. Райзмана также отмечена важность рассмотрения встречного иска

<sup>1</sup> *Bravin M.N., Kaplan A.B. Arbitrating Closely Related Counterclaims in the Wake of Spyridon Roussalis v Romania // Transnational Dispute Management (TDM). 2012. Vol. 9. Issue 4; Bjorklund A.K. Op. cit.*

<sup>2</sup> *ICSID Case No. ARB/06/1, Award (7 December 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0723.pdf>).*

<sup>3</sup> <https://jusmundi.com/en/document/treaty/en-greece-romania-bit-1997-greece-romania-bit-1997-friday-23rd-may-1997>

<sup>4</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania*, Award, ¶ 828, 869.

<sup>5</sup> *Spyridon Roussalis v. Romania*, Declaration of Arbitrator W. Michael Reisman (28 November 2011) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0724.pdf>).

в арбитраже не только для государства, но и для инвестора. При ином сценарии государству остается заявлять требования в своих национальных судах, в которых иностранный инвестор, стремящийся к рассмотрению спора в нейтральном форуме, будет вынужден выступать как ответчик в механизме государственного аппарата того же самого государства. По мнению проф. Райзмана, этот результат не только ироничен и абсурден, но и противоречит целям международного инвестиционного права.

В деле *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan* арбитры также истолковали нижеприведенное положение ст. 8(1) ДИС между Узбекистаном и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии 1993 г.<sup>1</sup> как охватывающее только требования инвестора к государству, но не требования государства к инвестору: «Споры между гражданами или компаниями одного из Договаривающихся Государств и другим Договаривающимся Государством, касающиеся обязательств последнего по данному Соглашению в отношении инвестиций первых, которые не были разрешены дружественным образом в течение трех месяцев с момента письменного уведомления о требованиях, могут передаваться в международных арбитраж при наличии желания гражданина или компании» (курсив мой. — Е.Б.).

При этом обращает на себя внимание заключение арбитров о том, что, несмотря на указанное ограничение в положении о разрешении споров в ДИС между Узбекистаном и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии, из него может делаться исключение для встречных требований государств, имеющих непосредственную связь с требованиями инвестора<sup>2</sup>.

Еще один пример ДИС с формулировкой об ограниченной сфере действия положения о разрешении споров — ДИС между Венесуэлой и Канадой 1996 г.<sup>3</sup> В деле *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*<sup>4</sup> встречный иск государства о компенсации ущерба окружающей среде из-за ненадлежащей деятельности инвестора по добыче золота

<sup>1</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/3063/united-kingdom---uzbekistan-bit-1993>

<sup>2</sup> *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, Final Award, ¶ 948.

<sup>3</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/809/canada---venezuela-bolivarian-republic-of-bit-1996>

<sup>4</sup> *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (22 August 2016) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>).

был отклонен со ссылкой на ст. XII(1) указанного ДИС, предусматривающую следующее: «Любой спор между одной из Договаривающихся Сторон и инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающийся *требования инвестора* о том, что *мера, принятая или не принятая первой Договаривающейся Стороной, нарушает данное Соглашение* и что инвестор или предприятие, находящееся в собственности либо под прямым или косвенным контролем *инвестора, понесли убытки или ущерб* по причине такого нарушения, разрешаются по возможности дружественным образом» (курсив мой. — Е.Б.).

Также другим классическим примером положения о разрешении споров, затрагивающего нарушения обязательств принимающих государств по отношению к иностранным инвесторам, является ст. 26 ДЭХ, которая содержит в п. 1 следующую формулировку: «Споры между Договаривающейся Стороной и Инвестором другой Договаривающейся Стороны, касающиеся Инвестиции последнего на Территории первой, *которые касаются утверждений о нарушении обязательства по Части III первой Договаривающейся Стороны*, разрешаются, по возможности, дружественным образом» (курсив мой. — Е.Б.).

В деле *Limited Liability Company Amtco v. Ukraine*, которое рассматривалось на основании ДЭХ, арбитры отклонили встречное требование Украины к латвийскому инвестору о компенсации за репутационный ущерб. Однако при этом они сослались не на п. 1, а на п. 6 ст. 26 ДЭХ, который предусматривает в качестве применимого права сам ДЭХ, а также применимые нормы и принципы международного права. Арбитры в данном деле по аналогии с большинством арбитров в деле *Spyridon Roussalis v. Romania* отметили, что Украина не представила каких-либо оснований для своего встречного требования, которые бы предусматривались применимым правом, указанным в ст. 26(6) ДЭХ<sup>1</sup>.

Таким образом, при наличии в ДИС или МИС положений о разрешении споров, касающихся только нарушений обязательств принимающих государств по отношению к иностранным инвесторам, они, исходя из сформировавшегося в практике подхода, вероятно, будут истолкованы как не позволяющие подавать встречный иск государства в рамках инвестиционного арбитража по смыслу ст. 46 Вашингтонской конвенции.

Представляется, что подобное толкование условия о подпадании такого встречного иска под согласие сторон на разрешение спора

<sup>1</sup> *Limited Liability Company Amtco v. Ukraine*, Final Award, ¶ 118.

в арбитраже чрезмерно ограничительно. В частности, можно выдвинуть следующие аргументы в поддержку тезиса о возможности рассмотрения встречных исков государств в порядке инвестиционного арбитража.

Исходя из правил толкования международных договоров согласно Венской конвенции о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 г.) (ст. 31), обычное значение формулировки ст. 46 Вашингтонской конвенции («за исключением случаев, когда стороны договорились иначе») предполагает, что, если стороны не желают передавать на рассмотрение в арбитраж встречные иски, это необходимо прямо исключить, например, путем заключения последующего процессуального соглашения или некоего *compromis*. В отсутствие подобного прямого исключения по общему правилу согласие сторон на рассмотрение встречного иска государства в арбитраже может подразумеваться. Это также будет означать, что отдельного прямо выраженного согласия сторон на рассмотрение таких встречных исков согласно Вашингтонской конвенции не требуется.

Поддержку данного альтернативного подхода к толкованию можно найти у Б. Анотьё<sup>1</sup>. Он приводит в обоснование предложенного альтернативного толкования, помимо вышеуказанных соображений, политико-правовые аргументы: поскольку *ICSID* создавался как ответ на чрезмерную политизацию инвестиционных споров, то нельзя считать приемлемым такое толкование ст. 46 Вашингтонской конвенции, в результате которого по завершении арбитража государство будет «преследовать» инвестора в национальных судах. Кроме того, как пишет Б. Анотьё, возможность государств заявлять встречные требования к инвесторам может способствовать мирному урегулированию инвестиционных споров и заключению мировых соглашений между иностранными инвесторами и принимающими государствами.

Кроме того, поддержку этому варианту толкования можно найти и в последней практике.

Первым среди дел, демонстрирующих более «благосклонный» подход к встречным искам государств в *ISDS*, стало дело *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic*, решение по которому было вынесено в конце 2016 г.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Hanoitau B. Counterclaims in ICSID Arbitration: Conference Presentation (Bali, March 2012)* (<http://www.iareporter.com/downloads/20120703>). P. 8–10.

<sup>2</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Award (8 December 2016) ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136\\_1.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8136_1.pdf)).



и признается многими революционным<sup>1</sup> и прецедентным<sup>2</sup> для практики инвестиционного арбитража по вопросу встречных требований к инвесторам. Несмотря на то что в итоге встречный иск государства в деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* был отклонен по существу, выводы, сделанные составом арбитров о природе защиты, предоставляемой международным инвестиционным правом, во многом являются новаторскими.

В данном деле встречные требования Аргентины к испанским инвесторам касались их обязательств по концессионному соглашению о предоставлении услуг в сфере водоснабжения и канализации в г. Буэнос-Айрес. Государство заявляло две группы встречных требований. Первая из них основывалась на нарушении инвесторами обязательств по концессионному соглашению о внесении платежей для развития инфраструктуры водопровода и канализации и улучшения качества питьевой воды. По мнению Аргентины, это нарушило принципы добросовестности и *pacta sunt servanda* по праву Аргентины и международному праву. Вторая группа встречных требований Аргентины касалась нарушений инвестором международно-правовых обязательств в сфере прав человека — фундаментальных прав человека на чистую воду, что также повлияло на соблюдение прав на безопасную окружающую среду и здоровье населения.

Формулировка положения о разрешении споров в ДИС между Испанией и Аргентиной<sup>3</sup> не вполне похожа на ранее рассмотренные формулировки положений ДИС, касающиеся лишь нарушений обязательств государств по отношению к инвесторам. Несмотря на это, выводы арбитров в деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* в данной части также представляются важными в контексте предлагаемого альтернативного толкования условия о подпадании встречных требований государства под согласие на рассмотрение спора в арбитраже.

В частности, аргумент истцов о том, что сфера согласия на арбитраж была ограничена ими заявлением своих первоначальных требований,

<sup>1</sup> *Abel P. Counterclaims Based on International Human Rights Obligations of Investors in International Investment Arbitration: Fallacies and Potentials of the 2016 ICSID Urbaser v. Argentina Award // Brill Open Law. 2018. Vol. 1. Issue 1. P. 61–90. <https://doi.org/10.1163/23527072-00101003>*

<sup>2</sup> *Šturma P. Public Goods and International Investment Law: Does the New Generation of IIAs Better Protect Human Rights? // Brill Open Law. 2018. Vol. 1. Issue 1. P. 14. <https://doi.org/10.1163/23527072-00101002>*

<sup>3</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/154/argentina---spain-bit-1991->

касающихся лишь ущерба, причиненного инвесторам, был отвергнут с мотивировкой, что в отсутствие прямого исключения обеими сторонами спора возможности заявления встречных требований нельзя утверждать, что между ними заключено соответствующее процессуальное соглашение об отказе от возможности заявлять встречные требования<sup>1</sup>.

Дело *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* также особо примечательно тем, что состав арбитров отклонил основной контрдовод истцов, что любое требование, связанное с нарушением прав человека, не охватывается компетенцией трибунала в рамках инвестиционного арбитража, а значит, противоречит условию ст. 46 Вашингтонской конвенции о подпадании под согласие на рассмотрение спора в арбитраже.

#### **4.2. Толкование условия о связи встречного иска с предметом спора как подразумевающего единое юридическое, а не фактическое основание**

Формулировка условия о непосредственной связи встречного требования с предметом спора, предусмотренная ст. 46 Вашингтонской конвенции (*arising directly out of the subject-matter of the dispute*), является недостаточно определенной и допускает неоднозначное толкование. В частности, главный вопрос касается того, в чем должна заключаться связь встречного требования и предмета спора. Должны ли основное и встречное требования основываться на одном и том же юридическом документе (будь то международный инвестиционный договор или инвестиционный контракт), либо должен иметь место единый набор фактических обстоятельств, лежащих в их основе, и то, что они относятся к одному и тому же инвестиционному проекту с участием инвестора?

Основная сложность для принятия к рассмотрению встречных исков государств к инвесторам возникает в случае толкования данного условия в пользу правовой связи, т.е. того, что основное и встречное требования должны основываться на одном и том же юридическом документе (т.е. в большинстве случаев на ДИС или МИС). Наиболее показательным делом для иллюстрации указанной проблемы стало дело *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*<sup>2</sup>.

В этом деле в рамках реструктуризации банковского сектора Чехии иностранный инвестор выкупил долю в одном из банков, ранее

---

<sup>1</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 1143–1147.

<sup>2</sup> UNCITRAL, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim (7 May 2004) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0739.pdf>).

находившемся под государственным управлением и испытывавшем финансовые трудности. У инвестора возникли проблемы при согласовании сделки с различными ведомствами Чехии, что вынудило его обратиться в арбитраж с требованием о компенсации за нарушение стандартов защиты ДИС между Чехией и Нидерландами 1991 г.<sup>1</sup> Государство также заявило требования о компенсации за многочисленные недобросовестные действия инвестора по приобретению доли и управлению банком, связанные с сокрытием и предоставлением заведомо ложной и недостоверной информации при заключении и согласовании сделки по приобретению доли, а также с неисполнением представителями инвестора своих обязанностей как членов наблюдательного комитета банка.

Арбитры в деле *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic* указали, что независимо от того, по какому из регламентов рассматривается дело<sup>2</sup>, положения применимых арбитражных регламентов отражают общий правовой принцип, что любой встречный иск должен иметь непосредственную связь с первоначальным требованием для того, чтобы состав арбитров обладал компетенцией на его рассмотрение<sup>3</sup>. Трибунал отклонил встречные требования государства по причине отсутствия, по его мнению, непосредственной связи между встречным и основным требованиями, условие о которой было истолковано как подразумевающее в первую очередь юридическую, а не фактическую связь. Поскольку большинство требований государства основывалось на положениях национального законодательства Чехии, арбитры также указали, что данные требования должны рассматриваться в соответствии с процедурами, предусмотренными правом Чехии, а не в инвестиционном арбитраже согласно ДИС между Нидерландами и Чехией.

Обязательства государств по отношению к инвестору, предусмотренные в большинстве действующих международных инвестиционных договорах «первого поколения», т.е. заключенных во второй половине XX — первом десятилетии XXI в., являются односторонними по своей природе. Таким образом, толкование условия о связи встречного и основного требований в пользу юридической, а не фактиче-

<sup>1</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/1212/czech-republic---netherlands-bit-1991->

<sup>2</sup> Указанное дело рассматривалось по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ 1976 г.

<sup>3</sup> *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, ¶ 76.

ской связи практически затрудняет возможность государств заявлять встречные иски в тех случаях, когда изначальные требования инвестора основываются на ДИС или МИС.

Позиция состава арбитров в деле *Saluka v. The Czech Republic* вызвала жаркие споры среди практикующих юристов и ученых. Некоторые авторы выразили сомнения в ее принципиальной пригодности для инвестиционного арбитража, как исключающей возможность государств заявлять встречные иски в тех случаях, когда требования инвесторов основываются на ДИС или МИС, а не на инвестиционном контракте. Так, П. Лалив и Л. Халонен<sup>1</sup> отмечают, что тест, сформулированный арбитрами в деле *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, чрезмерно строг и приводит к тому, что видимая доступность встречных исков в инвестиционном арбитраже — это всего лишь «мираж», ибо на практике государствам добиться их рассмотрения невозможно.

Представляется более целесообразным при проверке условия о непосредственной связи встречного требования с предметом спора (*arising directly out of the subject-matter of the dispute*) толковать его как подразумевающее фактическую, а не юридическую связь. Данное условие для принятия к рассмотрению встречного требования государства сформулировано в ст. 46 как требующее связь с *предметом спора* (*subject-matter of the dispute*). В то же время некоторые составы арбитров, применяя его, проверяли соблюдение единства *правовых оснований* встречных и первоначальных требований (*cause of action*). Как в национальном процессуальном регулировании, так и в международном понятия «предмет спора» и «основания требований», безусловно, наполнены разным содержанием и выполняют разные функции.

На практике предлагаемое толкование будет означать, что встречные требования государства должны касаться того же инвестиционного проекта, с которым связаны требования инвестора. При этом указание на наличие общего юридического документа для встречного и первоначального исковых требований представляется не вполне обоснованным как с точки зрения обычного значения формулировки ст. 46 Вашингтонской конвенции, так и в аспекте особенностей международного инвестиционного права.

---

<sup>1</sup> *Lalive P., Halonen L. On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration // Czech Yearbook of International Law (CYIL). 2011. Vol. II. P. 143 (para. 7.04), 154 (para. 7.40) (доступно в Интернете по адресу: [http://www.lalive.ch/data/publications/pla\\_lha\\_availability\\_counterclaims\\_inv treaty\\_arb2011.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/pla_lha_availability_counterclaims_inv treaty_arb2011.pdf)).*

Предмет инвестиционного спора, как пишет З. Дуглас<sup>1</sup>, определяется правами, вытекающими из инвестиционного проекта, и разногласиями по вопросам фактов и права между иностранным инвестором и принимающим государством. Таким образом, проверка встречного и первоначального исков на соблюдение единства юридических оснований представляется в некоторой степени отходом от требований, закрепленных непосредственно в тексте ст. 46 Вашингтонской конвенции.

Поддержку данного альтернативного подхода к толкованию в пользу фактической, а не юридической связи можно найти в подготовительных текстах к Вашингтонской конвенции<sup>2</sup>. В них указывается, что данное условие должно считаться соблюденным, когда фактическая связь первоначального и встречного исков настолько тесная, что требуется их совместное рассмотрение для того, чтобы разобраться со всеми основаниями требований, вытекающих из одного и того же предмета.

Кроме того, толкование в пользу фактической связи поддерживают и некоторые последние решения.

Так, в вышеупомянутом деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* прямо отмечается, что для рассмотрения встречного требования государства тем же трибуналом, который рассматривает первоначальное требование инвестора, достаточно наличия фактической связи между ними<sup>3</sup>.

Спустя пару месяцев после вынесения этого решения, в феврале 2017 г., было вынесено решение по встречным требованиям государства в деле *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. В нем был продолжен подход к толкованию условия о непосредственной связи встречного требования государства с предметом спора в пользу фактической связи.

Особенность дела *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador* состоит в том, что в нем стороны заключили процессуальное соглашение, прямо предусматривающее возможность рассмотрения в арбитраже встречных требований Эквадора. Поэтому арбитры признали соблю-

<sup>1</sup> Douglas Z. 15. The Enforcement of Environmental Norms in Investment Treaty Arbitration // *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection: Incentives and Safeguards* / P.-M. Dupuy, J.E. Viñuales (eds.). Cambridge University Press, 2013. P. 430.

<sup>2</sup> Note B(a) to ICSID Arbitration Rule 40 // *ICSID Reports*. 1993. Vol. 1. P. 100.

<sup>3</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 1151.

денным в силу договоренности сторон одно из условий ст. 46 Вашингтонской конвенции о подпадании встречного требования под согласие сторон на рассмотрение спора в арбитраже.

Вместе с тем состав арбитров проверил соблюдение второго условия, предусмотренного ст. 46 Вашингтонской конвенции, для выяснения связи встречного иска Эквадора с предметом спора. Встречные требования Эквадора во многом основывались на положениях национального права (в том числе ст. 396 Конституции Эквадора об объективной ответственности за экологический ущерб). Так как встречные требования государства относились к тому же инвестиционному проекту (в частности, к разработке блоков 7 и 21 нефтяного месторождения), что и требования инвестора, арбитры указали, что они непосредственно связаны с последними<sup>1</sup>. Трибунал вообще не анализировал вопрос о наличии юридической связи между требованиями инвестора и государства, что свидетельствует в пользу подхода о фактической связи между предметом спора и встречными требованиями государства.

В самом недавнем примере успешного рассмотрения встречного иска государства — *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)* — арбитры также разделили упомянутый подход к толкованию условия о непосредственной связи в ст. 46 Вашингтонской конвенции, сформулированный в деле *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*.

#### **4.3. Формулировки положений ДИС и МИС, не предусматривающие национальное право государств-участников в качестве применимого для разрешения спора между государством и иностранным инвестором**

Данная проблема связана с двумя вышеобозначенными сложностями и может проявляться как в контексте толкования условия о подпадании встречного требования под соглашение на рассмотрение спора в арбитраже (как было, например, в вышеприведенных делах *Spyridon Roussalis v. Romania, Limited Liability Company Amtó v. Ukraine*), так и в контексте толкования условия о непосредственной связи с предметом спора (например, в деле *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*).

Она выражается в том, что положения ДИС или МИС о применимом праве для разрешения спора между инвестором и государством, отсылающие только к самому ДИС или МИС, а также к международному, но не к национальному праву государств-участников, за-

<sup>1</sup> *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, Decision on Ecuador's Counterclaims, ¶ 62.

частую понимаются арбитрами как ограничивающие возможность принимающего государства заявлять встречные иски, базирующиеся на нарушениях его законодательства.

Так, в вышеупомянутом деле *Spyridon Roussalis v. Romania* арбитры сослались помимо положения о разрешении споров в ДИС между Румынией и Грецией и на его условие о применимом праве. Оно указывает в качестве применимого права само ДИС, которое не налагает никаких обязательств на инвесторов, а только на договаривающиеся государства. При этом ДИС между Румынией и Грецией не содержит указаний на национальное право государств-участников. На данном основании арбитры также сделали вывод о невозможности рассмотрения встречного иска Румынии, возникающего из норм ее национального права.

В деле *Paushok v. Mongolia*<sup>1</sup> встречные требования принимающего государства к российскому инвестору основывались на положениях национального права Монголии, в частности преимущественно на налоговом законодательстве, и касались последствий неуплаты налогов инвестором. ДИС между Российской Федерацией и Монголией 1995 г.<sup>2</sup> не содержит указаний на то, какое право следует применять арбитрам при разрешении спора. В отсутствие прямых норм о применимом праве в ДИС арбитры пришли к выводу, что в любом случае спор должен рассматриваться согласно ДИС и нормам международного права.

Что касается оснований встречных требований государства, арбитры указали, что путем их заявления в инвестиционном арбитраже государство пытается добиться исполнения своего национального права в международном форуме. Трибунал посчитал, что удовлетворение встречного иска государства может придать экстерриториальное применение национальному праву Монголии, что недопустимо, ибо это приведет в отсутствие соответствующих оснований согласно международному праву к чрезмерному расширению законодательной юрисдикции Монголии<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, Award on Jurisdiction and Liability (указанное дело рассматривалось по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ 1976 г.).

<sup>2</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bit/2568/mongolia---russian-federation-bit-1995->

<sup>3</sup> *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability (28 April 2011), ¶ 695.

В другом деле, указанном выше, — *Oxus Gold v. The Republic of Uzbekistan*, рассмотренном по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ 2010 г., арбитры при анализе условия о непосредственной связи между встречным и основным требованиями, пришли к выводу, что ссылок государства на общие обязательства, предусмотренные узбекским правом, недостаточно для того, чтобы рассмотреть в арбитраже встречные требования Узбекистана.

Таким образом, когда положения международных договоров не упоминают национальное законодательство среди источников применимого права, заявление встречных требований сопряжено со сложностями для государств. Вместе с тем важно отметить, что в последней практике инвестиционного арбитража можно наблюдать довольно позитивные для рассматриваемой темы встречных исков государств примеры выводов, сделанных арбитрами в контексте толкования положений ДИС о применимом праве.

Так, в ранее упоминавшемся деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* трибунал отметил, что ДИС «должно толковаться в гармонии с другими нормами международного права... в том числе с нормами, относящимися к правам человека»<sup>1</sup>. Возражение истцов о том, что корпорации не могут быть субъектами международного права, а значит, не могут нести международно-правовых обязательств, не нашло поддержки у арбитров. В этой связи они указали, что на сегодняшний день международное право признает корпоративную социальную ответственность как важный стандарт для деятельности компаний в сфере международной торговли, который предполагает соблюдение прав человека, в том числе в других странах, помимо тех, где они зарегистрированы. Важен также вывод арбитров о том, что компании, осуществляющие международный бизнес, не обладают иммунитетом от того, чтобы считаться субъектами международного права и, соответственно, носителями международно-правовых обязанностей<sup>2</sup>.

Другим примечательным примером является дело *David R. Aven and Others v. The Republic of Costa Rica*<sup>3</sup>. Встречный иск Коста-Рики в этом деле был связан с проектом по строительству туристического

---

<sup>1</sup> *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 1200.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 1195.

<sup>3</sup> ICSID Case No. UNCT/15/3, Final Award (18 September 2018) ([https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9955_0.pdf)).



и рекреационного комплекса и экологическим ущербом, якобы причиненным экосистеме местности Лас Олас в результате ненадлежащего соблюдения стандартов защиты окружающей среды, в частности вырубки лесов, загрязнения болот, увеличения усадки почв, разрушения рельефа и горных пород. Государство требовало от американского инвестора компенсации расходов на проведение работ, необходимых для восстановления экосистемы до прежнего состояния.

При анализе юрисдикционной составляющей встречных требований государства арбитры сделали довольно «прорывное» заключение о том, что Соглашение о свободной торговле между странами Центральной Америки и Доминиканской Республикой (*Dominican Republic-Central America Free Trade Agreement* (далее – *DR-CAFTA*)) косвенным образом налагает обязательства на иностранных инвесторов, в особенности по соблюдению экологического законодательства принимающего государства.

В частности, ст. 10.11 *DR-CAFTA* предусматривает, что государства-участники могут принимать на своей территории любые меры, направленные на то, чтобы обеспечить защиту окружающей среды при осуществлении инвестиционной деятельности. Исходя из логики данного положения, арбитры отметили, что меры, указанные в ст. 10.11 *DR-CAFTA*, являются обязательными для всех лиц на территории принимающего государства, и в особенности для иностранных инвесторов. Соответственно, инвесторы несут обязанность не только по национальному праву государств-участников, но и согласно разд. А гл. 10 *DR-CAFTA* соблюдать национальное экологическое законодательство, включая меры принимающего государства по защите жизни людей, животных и растений, а также здоровья населения. Инвесторы не могут игнорировать или не соблюдать такие меры принимающего государства, а их несоблюдение является нарушением и национального, и международного права<sup>1</sup>.

Также значимо, что трибунал в деле *David R. Aven and Others v. The Republic of Costa Rica* прямо поддержал вывод арбитров в деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic* о том, что в современных условиях недопустимо полагать, что международные инвесторы не могут признаваться субъектами международного права и носителями международно-правовых обязательств.

Несмотря на то что встречные требования Коста-Рики не были удовлетворены по существу, выводы по делу *David R. Aven and Others v.*

<sup>1</sup> *David R. Aven and Others v. The Republic of Costa Rica*, Final Award, ¶ 734.

*The Republic of Costa Rica* еще больше распахнули окно, приоткрытое ранее в деле *Urbaser S.A. v. The Argentine Republic*, для того чтобы впустить в инвестиционный арбитраж возможность для привлечения к ответственности инвесторов за нарушения при осуществлении инвестиционной деятельности в том числе через механизм встречных исков.

## 5. Как меняется практика заключения международных инвестиционных договоров?

На фоне критики системы защиты иностранных инвестиций, связанной с ее несбалансированностью по отношению к государствам, ограничениями регуляторных полномочий государств и некоторыми процессуальными дефектами *ISDS*, государства стремятся к поиску новых ответов на возникающие вопросы в своей договорной практике. Некоторые из них вовсе отказываются от заключения новых инвестиционных соглашений и даже прекращают действие ранее заключенных ДИС<sup>1</sup>, а также денонсируют Вашингтонскую конвенцию; другие меняют свои прежние подходы.

Практика заключения ДИС и МИС между государствами наряду с арбитражной практикой также эволюционирует с точки зрения более внимательного отношения как к материально-правовой, так и к процессуальной составляющей механизма встречных исков принимающих государств к иностранным инвесторам.

В последнее десятилетие формируется так называемое «новое поколение» международных инвестиционных договоров. Отмечается, что их отличает некоторое повышение внимания в целом к вопросам корпоративной социальной ответственности, к обязанностям инвесторов по защите окружающей среды, здоровья населения и прав человека в принимающем государстве, к соблюдению национального законодательства принимающего государства, а также к механизму встречных исков государств<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Например, Эквадор в течение 2010–2017 гг. прекратил действие более десятка ДИС (см.: *Olivet C. Why Did Ecuador Terminate All Its Bilateral Investment Treaties?* (25 May 2017) (<https://www.tni.org/en/article/why-did-ecuador-terminate-all-its-bilateral-investment-treaties>)).

<sup>2</sup> *Bubrowski H. 12. Balancing IIA Arbitration through the Use of Counterclaims // Improving International Investment Agreements / A. de Mestral, C. Lévesque (eds.). Routledge, 2013. P. 212–229.*

### **5.1. Какие ответы можно предложить для будущих инвестиционных договоров?**

Для большинства ДИС и МИС «первого поколения» в целом нехарактерно прямое закрепление возможности принимающих государств заявлять встречные или первоначальные требования к иностранным инвесторам. Поэтому с точки зрения разработки будущих международных инвестиционных договоров, в первую очередь можно порекомендовать государствам включать положения, которые однозначно закрепят возможность подачи встречных исков. Это поможет минимизировать риски, связанные с ограничительным толкованием условия о подпадании встречного иска под согласие на арбитраж в ст. 46 Вашингтонской конвенции.

Также рекомендуется уделить особое внимание положениям о праве, применимом для разрешения спора, и включать в них национальное право государств – участников ДИС или МИС. В том же контексте можно предложить прямо закреплять положения об обязанности инвесторов соблюдать национальное законодательство принимающего государства при осуществлении инвестиции, что позволит «перенести» на уровень международного договора специфические обязательства инвестора по местному законодательству, относящиеся напрямую к инвестиционному проекту. Это не будет означать некой трансформации национального обязательства в международное, однако создаст правовые основания для заявления встречных требований государствами.

В дополнение к обозначенным предложениям для будущих инвестиционных соглашений еще одной рекомендацией может быть внедрение так называемой «зеркальной» или «обратной» зонтичной оговорки (*mirrored or reversed umbrella clause*).

Механизм предлагаемой «обратной» зонтичной оговорки мог бы действовать в направлении, противоположном механизму традиционной зонтичной оговорки, т.е. налагать обязательства не на государство, а на инвестора. По аналогии с традиционным сценарием предполагается, что все обязательства (в том числе возникающие из инвестиционных контрактов между инвестором и принимающим государством, а также из национального законодательства принимающего государства), которые инвестор принимает на себя в связи с инвестиционным проектом, получают дополнительную защиту на уровне ДИС.

Таким образом, государство сможет заявлять встречные требования, основанные на обязательствах инвестора по инвестиционному

контракту, в рамках механизмов разрешения споров, предусмотренных ДИС. Может также устанавливаться приоритет способов разрешения споров по ДИС над другими способами разрешения споров, указанными в инвестиционных контрактах.

Заметим, что особых противопоказаний к такому подходу нет. Каждый инвестор, рассматривая возможность капиталовложений в конкретную страну, будет изучать возможные риски нарушения своих обязательств и принимать взвешенное решение о том, делать инвестицию или нет.

### **5.2. Примеры модельных ДИС «нового поколения»**

Одним из наиболее обсуждаемых<sup>1</sup> примеров модельных ДИС, который смещает традиционный «проинвесторский» акцент на более сбалансированный подход с учетом интересов государств, стало Модельное ДИС Нидерландов, опубликованное в марте 2019 г.<sup>2</sup>

Помимо широких регуляторных полномочий государств в сфере защиты окружающей среды и здоровья населения, Модельное ДИС Нидерландов 2019 г. содержит отдельную статью, посвященную социальной ответственности корпораций (ст. 7). Устанавливается, что государства должны способствовать тому, чтобы инвесторы добровольно внедряли в свою внутреннюю политику стандарты и принципы корпоративной ответственности, например Руководство ОЭСР для транснациональных корпораций (OECD Guidelines for Multinational Enterprises), Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека ООН (United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights). Также прямо подтверждается обязанность инвесторов соблюдать национальное законодательство принимающего государства, включая нормы о правах человека, защите окружающей среды и трудовых прав.

Модельное ДИС Нидерландов 2019 г. предусматривает возможность государств привлекать инвесторов к ответственности за нарушение стандартов инвестиционной деятельности. Однако предполагается, что инвесторы могут нести ответственность согласно

---

<sup>1</sup> Cannon A., Ambrose H. Final Dutch Model Bit Published: Potential For Claims against Investors and Link between Gender Equality and Investment (1 May 2019) (<https://hsfnotes.com/arbitration/2019/05/01/final-dutch-model-bit-published-potential-for-claims-against-investors-and-link-between-gender-equality-and-investment/>).

<sup>2</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/publicaties/2019/03/22/nieuwe-modeltekst-investeringsakkoorden/nieuwe+modeltekst+investeringsakkoorden.pdf>

процедурам, предусмотренным национальным законодательством государств их происхождения, а не в инвестиционном арбитраже. Данное положение представляется ограничивающим потенциал для заявления государствами встречных исков в инвестиционном арбитраже.

Что касается возможности привлечения инвесторов к ответственности в рамках инвестиционного арбитража, то ст. 23 Модельного ДИС Нидерландов предусматривает, что состав арбитров при решении вопроса о размере компенсации может учитывать несоблюдение инвестором своих обязательств согласно Руководящим принципам предпринимательской деятельности в аспекте прав человека ООН и Руководству ОЭСР для транснациональных корпораций. Отметим, что отдельных положений о встречных исковых требованиях государств в Модельном ДИС Нидерландов не содержится.

Таким образом, общее впечатление, которое оставляет Модельное ДИС Нидерландов 2019 г., не вполне позволяет охарактеризовать его как «прорывной» документ в плане сбалансированности акцентов на защите прав и интересов государств и инвесторов. Некоторые исследователи даже выражают разочарование и называют его «упущенной возможностью» для того, чтобы достичь лучшего баланса между правами и обязательствами иностранных инвесторов, поскольку оно не соответствует заявлениям о «перезагрузке торговой политики» согласно целям устойчивого развития, озвученным ранее Министерством иностранных дел Нидерландов<sup>1</sup>.

Отчасти это может объясняться тем, что Нидерланды — экспортер капитала, следовательно, зарегистрированные там компании традиционно выступают как одни из наиболее активных пользователей *ISDS*. Вместе с тем в плане закрепленных в нем подходов Модельное ДИС Нидерландов можно назвать относительно новаторским для европейских государств, для договорной практики которых нехарактерен значительный фокус на интересах государств и тем более на встречных требованиях.

Более инновационным можно назвать Модельное ДИС Эквадора 2018 г. Оно разработано в ответ на внутреннюю критику в адрес *ISDS*, наблюдавшуюся в Эквадоре в течение последнего десятилетия и приведшую к внесению поправок в его Конституцию, которые ввели

<sup>1</sup> Verbeek B.-J., Knottnerus R. The 2018 Draft Dutch Model BIT: A Critical Assessment (30 July 2018) (<https://www.iisd.org/itn/2018/07/30/the-2018-draft-dutch-model-bit-a-critical-assessment-bart-jaap-verbeek-and-roeline-knottnerus/>).

запрет на заключение любых международных договоров, предусматривающих передачу споров с участием Эквадора в международный арбитраж (ст. 422 Конституции Эквадора)<sup>1</sup>.

Текст нового Модельного ДИС Эквадора пока не был опубликован, однако уже появился ряд публикаций с комментариями его основных новшеств. Так, эквадорский исследователь Х. Харамильо обращает внимание<sup>2</sup> на положение Модельного ДИС, прямо предоставляющее принимающему государству право заявлять встречный иск к инвестору в инвестиционном арбитраже на основании нарушения инвестором своих обязанностей по ДИС (ст. 21), которое было инспирировано успешной практикой Эквадора по заявлению встречных требований в недавних делах *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*.

Наконец, в качестве еще одного примера позитивного подхода к вопросам встречных исков государств в инвестиционном арбитраже можно привести Модельное ДИС Сообщества развития Юга Африки (Southern African Development Community (SADC)) 2012 г.<sup>3</sup> (далее — Модельное ДИС SADC). Статья 19(2) Модельного ДИС SADC прямо предусматривает, что государство, принимающее иностранные инвестиции, может предъявлять встречные требования к любому инвестору перед любым составом арбитров, сформированным согласно данному соглашению, в целях взыскания убытков или иного возмещения на основании его нарушения. При этом обязанностям иностранных инвесторов посвящена отдельная, подробно проработанная ч. 3 Модельного ДИС SADC.

### **5.3. Примеры заключенных ДИС и МИС «нового поколения»**

Одним из наиболее комментируемых примеров ДИС «нового поколения» является ДИС между Марокко и Нигерией 2016 г.<sup>4</sup>, которое признается одним из наиболее инновационных, сбалансиро-

---

<sup>1</sup> <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>

<sup>2</sup> *Jaramillo J.* New Model BIT Proposed by Ecuador: Is the Cure Worse Than the Disease? (20 July 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/20/new-model-bit-proposed-ecuador-cure-worse-disease/>).

<sup>3</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2875/download>

<sup>4</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/otheriia/3711/morocco---nigeria-bit-2016->

ванных<sup>1</sup> и социально-ответственных<sup>2</sup> современных инвестиционных соглашений.

Помимо того, что оно посвящает отдельную статью полномочиям государств по принятию мер для защиты окружающей среды (ст. 13), оно прямо устанавливает ряд обязанностей инвесторов. Предусматривается, что они должны провести обязательную оценку социального и экологического профиля своего бизнеса перед осуществлением инвестиции, для чего предполагается учреждение Совместного комитета договаривающихся государств (ст. 14). Устанавливается обязанность по внедрению систем экологического менеджмента в процессе реализации инвестиционного проекта, а для некоторых отраслей (например, добычи ресурсов) указывается, что эта система должна соответствовать стандарту ISO 14001 или его эквиваленту (ст. 18(1)).

Статья 18(2) устанавливает обязанность инвесторов соблюдать права человека, а ст. 18(3) — соблюдать Декларацию Международной организации труда об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г. Подобная степень детализации нехарактерна для ранее заключенных ДИС.

Кроме того, ст. 17, имеющая антикоррупционную направленность, предусматривает, что инвесторы обязаны воздерживаться от предоставления денежных или иных вознаграждений служащим государственных органов принимающих государств в обмен на совершение ими действий, выгодных для реализации инвестиционных проектов. Прямо указывается, что несоблюдение данного обязательства признается нарушением национального законодательства принимающего государства, а также требования о том, что инвестиции должны осуществляться законно.

Несмотря на то что ДИС между Марокко и Нигерией не содержит прямых положений, касающихся встречных исков государств к инвесторам, тот факт, что оно прямо закрепляет обязанности инвесто-

<sup>1</sup> *Gazzini T.* Nigeria and Morocco Move Towards a “New Generation” of Bilateral Investment Treaties (8 May 2017) (<https://www.ejiltalk.org/nigeria-and-morocco-move-towards-a-new-generation-of-bilateral-investment-treaties/>).

<sup>2</sup> *Zugliani N.* Human Rights in International Investment Law: The 2016 Morocco–Nigeria Bilateral Investment Treaty // *International & Comparative Law Quarterly*. 2019. Vol. 68. Issue 3. P. 761–770 <https://doi.org/10.1017/S0020589319000174>; *Briercliffe N., Owczarek O.* Human-Rights-Based Claims by States and “New-Generation” International Investment Agreements (1 August 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>).

ров, может являться хорошей основой для потенциальных встречных требований государств в инвестиционном арбитраже на основании данного ДИС.

Другим примером МИС «нового поколения», интересным с точки зрения внимания к материально-правовой составляющей проблематики встречных исков, является Многостороннее соглашение об экономическом партнерстве между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и странами Карибского форума 2019 г. (далее – МИС в рамках *UK-CARIFORUM*)<sup>1</sup>. Статья 72 МИС в рамках *UK-CARIFORUM*, озаглавленная как «Поведение инвесторов», предусматривает определенные стандарты, которые должны соблюдать инвесторы при осуществлении инвестиций.

Так, ст. 72(а) МИС в рамках *UK-CARIFORUM* устанавливает запрет на любые денежные или иные предоставления в пользу государственных служащих принимающих государств в целях получения выгоды при согласовании действий в ходе реализации инвестиционных проектов.

Также МИС в рамках *UK-CARIFORUM* предписывает в ст. 72(b), чтобы инвесторы соблюдали основные стандарты трудового права согласно Декларации Международной организации труда об основополагающих принципах и правах в сфере труда 1998 г., а в ст. 72(c) – чтобы инвесторы не осуществляли инвестиционную деятельность, которая бы противоречила международным обязательствам в сфере защиты окружающей среды, принятым Соединенным Королевством и государствами – участниками *CARIFORUM*.

С точки зрения закрепления процессуального механизма для предъявления встречных исков государств представляет интерес Соглашение о Транстихоокеанском партнерстве (Trans-Pacific Partnership (TPP)) 2018 г.<sup>2</sup> (далее – Соглашение *TPP*), участниками которого являются к настоящему моменту 11 государств: Австралия, Канада, Чили, Япония, Малайзия, Бруней, Мексика, Перу, Новая Зеландия, Сингапур, Вьетнам. Так, ст. 9.19(2) Соглашения *TPP* прямо позволяет государствам-участникам заявлять встречные иски, связанные с фактическими и правовыми основаниями первоначальных исковых требований, для целей зачета против требований истца.

---

<sup>1</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/4892/cariforum-states---united-kingdom-epa-2019->

<sup>2</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5673/download>



Примечательно при этом, что в изначальной версии проекта Соглашения *TPP* возможность государств подавать встречные иски к инвесторам ограничивалась только теми спорами, в которых инвесторы заявляли бы требования, связанные с получением разрешения на осуществление инвестиционной деятельности (*investment authorization*) или с инвестиционными контрактами. Если бы данное положение осталось в том виде, в котором оно предлагалось в проекте Соглашения *TPP*, то перспектива для встречных исков государств в тех спорах, предмет которых касался бы нарушений материально-правовых положений Соглашения *TPP* (например, об экспроприации, дискриминации, справедливом и равном отношении к иностранным инвесторам), была бы крайне ограничена. Однако в окончательной, принятой версии данное ограничение было снято, и, таким образом, возможность заявлять встречные иски предоставлена государствам в любом споре с иностранным инвестором при условии наличия связи с фактическими и правовыми основаниями требований инвестора.

Также региональное МИС Общего рынка Восточной и Южной Африки (*Investment Agreement for the Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA) Common Investment Area*) 2007 г. (далее — МИС в рамках *COMESA*)<sup>1</sup> прямо предусматривает в ст. 28(9) право государств-участников заявлять встречный иск, если инвестор не исполняет свои обязательства по данному МИС. Среди обязательств инвестора МИС в рамках *COMESA* предусматривает обязательства по соблюдению национального законодательства (ст. 13), а также принятию разумных мер по уменьшению возможных убытков (ст. 28(9)).

Среди приведенных примеров ДИС и МИС «нового поколения» немало договоров с участием африканских государств, что представляется вполне объяснимым с учетом того, что они традиционно являются импортерами капитала. Некоторые авторы даже называют Африку своего рода «нормативной лабораторией»<sup>2</sup>, принимая во внимание активность стран данного континента в разработке и заключении инвестиционных договоров с инновационными положениями, направленными на обеспечение защиты прав и интересов всех участников *ISDS*.

<sup>1</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3225/comesa-investment-agreement>

<sup>2</sup> *Mbengue M.M.* Special Issue: Africa and the Reform of the International Investment Regime // *Journal of World Investment & Trade*. 2017. Vol. 18. Issue 3. P. 371–378. <https://doi.org/10.1163/22119000-12340045>

В этой связи интересен тот факт, что и среди стран СНГ в последнее время также можно найти примеры новых подходов к заключению ДИС с точки зрения попыток сбалансировать международное инвестиционное право. Особенно ярким примером является ДИС между Республикой Беларусь и Индией 2018 г.<sup>1</sup>, призванное заменить ранее существовавшее ДИС 2012 г.

Новое ДИС между Республикой Беларусь и Индией содержит отдельную гл. III, посвященную обязанностям инвесторов. Она предусматривает обязанность инвесторов соблюдать национальное законодательство принимающего государства в ходе осуществления инвестиций (ст. 11). Также ст. 12 устанавливает обязанность инвесторов внедрять в свою деятельность и внутреннюю политику международно-признанные стандарты корпоративной социальной ответственности с особым акцентом на трудовых правах, защите окружающей среды, интересах местных сообществ, правах человека и борьбе с коррупцией.

Любопытно будет посмотреть, как положения ДИС и МИС «нового поколения» будут толковать арбитры в будущих спорах.

## 6. Заключение

Значимость и роль встречных исков государств в инвестиционном арбитраже изменяется: если ранее они были относительно редким явлением, то в свете недавних примеров можно говорить о том, что подходы к встречным исковым требованиям государств к иностранным инвесторам постепенно меняются в сторону более благосклонного отношения. В практике последних лет начал проявляться постепенный отход от прежде распространенного «осторожно-ограничительного» подхода к встречным искам государств. Было вынесено несколько арбитражных решений, в которых составы арбитров сделали довольно прогрессивные для вопроса встречных исков выводы и заключения.

Среди международных инвестиционных договоров «нового поколения» также уделяется все большее внимание данному процессуальному механизму и обязанностям иностранных инвесторов. Все чаще встречаются положения, возлагающие на них определенные обязанности (например, по защите окружающей среды, соблюдению прав человека и защите здоровья населения принимающего государства при осуществлении инвестиций, а также по соблюдению национального

---

<sup>1</sup> <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5724/download>

законодательства принимающего государства) и дающие государствам возможность заявления встречных исков в случае нарушения этих обязанностей.

Вместе с тем говорить о смене парадигмы подходов к встречным искам государств в *ISDS* пока преждевременно. По выражению чешского исследователя П. Штурмы, с точки зрения последних изменений в практике инвестиционного арбитража, вопрос состоит в том, является ли стакан наполовину пустым или наполовину полным<sup>1</sup>. Нельзя однозначно утверждать, что последующие трибуналы будут придерживаться подходов, занятых арбитрами в делах, рассмотренных за последние четыре года, поскольку это всегда обусловлено различными фактическими и правовыми обстоятельствами каждого конкретного спора.

Преодоление сложностей на пути встречных исков может не только принести пользу государствам и иностранным инвесторам, но и повысить законность и справедливость, а также сбалансировать международное инвестиционное право и инвестиционный арбитраж, что сегодня приобрело особую актуальность в свете усилий ЮНСИТРАЛ по реформе *ISDS*.

---

<sup>1</sup> Šturma P. Op. cit. P. 15.

## МОТИВЫ МОТИВОВ: ЗНАЧЕНИЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ПРИРОДЫ ТРЕБОВАНИЯ ОБ ИЗЛОЖЕНИИ МОТИВОВ РЕШЕНИЙ ДЛЯ ИХ ОТМЕНЫ МЦУИС

СКОТТ ВЕСЕЛ,  
партнер международной юридической фирмы  
“Three Crowns LLP” (Бахрейн)<sup>1</sup>

*Арбитражные решения МЦУИС считаются окончательными. Они не подлежат апелляции, и сторона после вынесения решения имеет только право на подачу заявления о его отмене по ограниченному перечню оснований, среди которых «в решении не изложены мотивы, на которых оно основывается». Комитеты по отмене испытывают сложности в определении сферы действия этой нормы и обращаются к метафорам вместо четких стандартов. Различные предлагаемые подходы противоречивы и влекут риск превращения отмены в полноценную апелляцию, что подрывает принцип окончательности решений МЦУИС. Целью данной статьи является рассмотрение истории написания Вашингтонской конвенции, практики иных иностранных судов и трибуналов по вопросу «мотивов для мотивов», а также определение четких критериев, которые помогут будущим комитетам по отмене и дадут большую предсказуемость сторонам. В заключении автор приходит к выводам о том, что требование о включении мотивов в решение является процессуальным по своей природе и что решения МЦУИС следует отменять по этому основанию только в том случае, если такое нарушение стало серьезным нарушением процесса и привело к лишению права на справедливое разбирательство.*

*Ключевые слова: Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС); арбитраж; отмена; арбитражное решение; мотивы; обоснование; Международный суд ООН.*



<sup>1</sup> Мнения, выраженные в настоящей статье, принадлежат исключительно автору.

**REASONS FOR REASONS:  
IMPLICATIONS FOR ICSID ANNULMENT  
OF THE PROCEDURAL NATURE OF THE REQUIREMENT  
TO STATE REASONS**

**SCOTT VESEL,**  
Partner at *Three Crowns LLP* International Law Firm (Bahrain)

*ICSID arbitral awards are meant to be final. They cannot be appealed but are subject only to the limited post-award remedies provided in the ICSID Convention, including annulment on enumerated grounds, including for a failure “to state the reasons on which it is based”. Annulment committees have struggled to define the scope of their review and have relied on metaphors rather than clear standards. The divergent approaches are inconsistent, and some risk transforming annulment into appeal and undermining the finality of ICSID awards. This article reviews the drafting history of the ICSID Convention and the practice of other international courts and tribunals into the “reasons for reasons” and seeks to distil from them clearer guidance for future annulment committees and greater certainty to parties. The article concludes that the requirement that awards contain reasons is procedural and that ICSID awards should only be annulled for failure to state reasons if the reasoning is so deficient as to establish a breach of due process amounting to a denial of the right to a fair hearing.*

*Keywords: International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID); arbitration; annulment; award; reasons; reasoning; International Court of Justice (ICJ).*



## 1. Введение

Краеугольным камнем арбитражной системы, предусмотренной Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) (далее – Вашингтонская конвенция) является окончательность арбитражных решений. Арбитражное решение, вынесенное под эгидой Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (далее – МЦУИС), «является обязательным для сторон и не подлежит никакому обжалованию или иным способом оспариванию, за исключением тех, которые предусмотрены в настоящей Конвенции»<sup>1</sup>. Принципиальным исключением из принципа окончательности арбитражного решения МЦУИС является возможность его отмены, т.е. оспаривания арбитражного решения в комитете *ad hoc* по отмене (*ad hoc annulment committee*) (далее – комитет по отмене, комитет) по одному из оснований, перечисленных в Вашингтонской конвенции<sup>2</sup>. Процедура отмены не является апелляцией и не позволяет пересматривать арбитражное решение по существу. Вместе с тем комитеты по отмене в своей практике не всегда четко понимают это различие. Одним из оснований для отмены, вызывающим особые затруднения у комитетов по отмене, является случай, когда «в решении не изложены мотивы, на которых оно основывается»<sup>3</sup>. Оценивая необходимость отмены арбитражного решения ввиду отсутствия надлежащих мотивов, комитеты по отмене склонны вместо четких стандартов обращаться к неопределенным метафорам. Это приводит к размыванию границы, разделяющей пересмотр решения с целью его отмены и апелляцию по существу.

Сложность соблюдения рамок пересмотра для целей отмены усугубляется тем, что арбитражные решения – это результат совместного труда, а потому они не всегда являются эталоном ясности. В опубликованной в 2008 г. книге «Требование об изложении мотивов в международном арбитраже» Гильермо Агилар Альварес и Майкл Райзман вместе с группой студентов Йельской школы права изучили вопрос о том, насколько хорошо мотивированы арбитражные реше-

---

<sup>1</sup> Пункт 1 ст. 53 Вашингтонской конвенции.

<sup>2</sup> Статья 52 Вашингтонской конвенции.

<sup>3</sup> Подпункт «е» п. 1 ст. 52 Вашингтонской конвенции.

ния. Общий вывод, к которому пришла эта группа, состоял в том, что «почти во всех... случаях... все же было, по всей вероятности, принято верное решение. Вместе с тем... воссоздать или разобрать мотивы трибунала, отталкиваясь от результата, невозможно»<sup>1</sup>. Как тогда комитету по отмене подойти к ходатайству об отмене такого арбитражного решения, не осуществив при этом его полноценного пересмотра в порядке апелляции?

В настоящей статье предложен подход, который строится на признании того, что мотивированное решение свидетельствует о справедливости процедуры, по итогам которой оно было принято. Соответственно, роль комитета по отмене состоит не в том, чтобы критиковать форму или мотивы решения либо анализ фактов или права, проведенный трибуналом. Она, скорее, заключается в оценке того, является ли изложение мотивов в арбитражном решении настолько ненадлежащим, чтобы можно было установить нарушение права на справедливое судебное разбирательство. Такой подход четко очертил бы рамки пересмотра при отмене решения, что соответствовало бы истории подготовки Вашингтонской конвенции и подходам других международных судов и трибуналов к требованию об изложении мотивов.

## **2. Соотношение окончательности и отмены ввиду отсутствия надлежащих мотивов**

Международный арбитраж по Вашингтонской конвенции отличается от иных форм коммерческого и инвестиционного арбитража тем, что арбитражное разбирательство не имеет «места» в какой-либо национальной юрисдикции и не подчиняется надзорным полномочиям какой-либо внутригосударственной судебной системы. Отсутствие такого надзора задумывалось как преимущество системы МЦУИС. После вынесения арбитражное решение МЦУИС не подлежит никакому апелляционному обжалованию или оспариванию в каком-либо суде. Оно является окончательным и непосредственно исполнимым в судах любого государства — участника Вашингтонской конвенции с учетом ограниченного круга средств правовой защиты, предусмотренных в рамках самой системы МЦУИС, к которым можно обратиться после вынесения решения.

<sup>1</sup> The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies / G. Aguilar Alvarez, W.M. Reisman (eds.). Martinus Nijhoff Pub., 2008. P. 1.

Наиболее эффективными из таких средств и одновременно находящимися в наибольшем противоречии с принципом окончательности решения являются нормы об отмене. Статьей 52 Вашингтонской конвенции предусмотрено пять оснований для отмены:

- а) Суд был сформирован ненадлежащим образом;
- б) Суд явно превысил свои полномочия;
- в) имела место коррупция со стороны какого-либо члена Суда;
- г) имело место серьезное отступление от какого-либо основного процедурного правила или
- е) в решении не изложены мотивы, на которых оно основывается».

Отмену ввиду отсутствия надлежащего обоснования по подп. «е» п. 1 ст. 52 следует понимать в сочетании со ст. 48 Вашингтонской конвенции, согласно п. 3 которой каждое арбитражное решение «должно касаться всех вопросов, переданных на рассмотрение суда» и «должно содержать изложение мотивов, на которых оно основано». Лишь несоблюдение второго из указанных требований п. 3 ст. 48 может повлечь отмену.

Также полезно уделить внимание фразе, которая включена и в п. 3 ст. 48, и в подп. «е» п. 1 ст. 52 и имеет огромное значение в контексте отмены: «[р]ешение... должно содержать изложение *мотивов, на которых оно основано*» / «в решении не изложены *мотивы, на которых оно основывается*» (курсив мой. — С.В.). Некоторые комитеты по отмене, следуя логике комитета в деле *Klöckner v. Cameroon*, толкуют эту формулировку как призывающую комитет по отмене установить, составляют ли изложенные трибуналом мотивы надлежащее обоснование его решения. Вместе с тем, как явствует из решения по делу *Klöckner v. Cameroon* и вызванной им резкой критики, такое прочтение влечет риск превращения отмены в полноценный пересмотр решения по существу и тем самым может сделать ее неотличимой от обжалования, поскольку данный подход побуждает комитет по отмене оценить достаточность мотивов для обоснования исхода дела, а не просто определить, были ли они приведены.

### 3. Первый блин комом: отмена в деле *Klöckner v. Cameroon*

Комитет по отмене в деле *Klöckner v. Cameroon* сосредоточился на фразе «основания, по которым оно вынесено» в подп. «е» п. 1 ст. 52 Вашингтонской конвенции и заключил, что следует рассмотреть арбитражное решение на предмет того, являются ли приведенные в нем



мотивы «достаточно значимыми», т.е. «способны ли они разумно обосновать достигнутый трибуналом результат»<sup>1</sup>.

Приведенное толкование означает, что арбитражные решения МЦУИС должны пересматриваться на предмет качества оснований, указанных трибуналом. Именно такой пересмотр и осуществил комитет по отмене в деле *Klöckner*. Он установил пять случаев несоответствия оснований, приведенных арбитрами в рассматриваемом им решении, названному стандарту. Комитет в связи с этим отменил арбитражное решение, несмотря на собственное мнение о том, что выводы трибунала, «вероятно, в конечном итоге были вполне обоснованными и справедливыми»<sup>2</sup>. Иными словами, критика комитета по отмене касалась не результата, а, скорее, того, как трибунал сформулировал мотивировочную часть решения.

Реакции на решение об отмене в деле *Klöckner* были в большинстве своем отрицательными. Майкл Райзман отозвался об этом решении как о «неконтролируемом пересмотре»<sup>3</sup>, а Алан Редферн охарактеризовал его как создавшее «хитроумную и дорогостоящую настольную игру (game of snakes and ladders)», в которой решение одного состава из трех уважаемых арбитров начисто перекрыло решение другого состава из трех не менее уважаемых арбитров, в результате чего разбирательство пришлось начинать заново с еще одним — третьим — составом из трех уважаемых арбитров<sup>4</sup>. Учитывая то, что многие арбитражные решения МЦУИС выносятся по итогам разбирательств, которые длятся 10 и более лет, требование к сторонам о начале нового арбитражного разбирательства имеет колоссальные последствия с точки зрения временных и денежных затрат, а также доверия к системе МЦУИС в целом.

<sup>1</sup> *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and Others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais*, ICSID Case No. ARB/81/2 (далее — *Klöckner*), Ad hoc Committee Decision on Annulment (3 May 1985), ¶ 120 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw11161.pdf>).

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 144.

<sup>3</sup> *Reisman W.M.* The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration // *Duke Law Journal*. 1989. No. 4. P. 755 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3082&context=dlj>).

<sup>\*</sup> Игра в змеи и лестницы — древнеиндийская религиозная настольная игра. — *Примеч. ред.*

<sup>4</sup> *Redfern A.* ICSID — Losing Its Appeal? // *Arbitration International*. 1987. Vol. 3. Issue 2. P. 99. <https://doi.org/10.1093/arbitration/3.2.98>

#### 4. Дело *MINE v. Guinea*: метафора мотивов о мотивах

В последующих делах комитеты по отмене в целом стремились формулировать более узкие основания для отмены решений по подп. «е» п. 1 ст. 52 Вашингтонской конвенции. Чаще всего цитируется альтернативная формулировка, которую дал спустя несколько лет после дела *Klöckner* комитет по отмене в деле *MINE v. Guinea*<sup>1</sup>. Комитет в деле *MINE* заявил, что требование изложить мотивы надлежит считать удовлетворенным «постольку, поскольку арбитражное решение позволяет понять, как трибунал пришел из точки А в точку Б»<sup>2</sup>.

Таким образом, комитет в деле *MINE* определил это требование с помощью метафоры движения. Если при прочтении арбитражного решения понятно, где трибунал свернул налево или направо, то неважно, где он оказался в конце.

Хотя многие комитеты впоследствии цитировали формулировку о «точке А и точке Б» из дела *MINE*, эта метафора не помогает в решении вопроса о выполнении трибуналом обязанности по изложению мотивов, лежащих в основе решения. Данная метафора не очень удачна по ряду причин.

Предположение о том, что процесс принятия арбитражного решения можно свести к построению прямой на одной плоскости, — это чрезмерное упрощение. В арбитраже не всегда есть четкая отправная точка А или один-единственный путь к окончательному решению — точке Б; речь, скорее, должна идти о множестве точек, в которых требуется принять решение и которые сложно переплетены между собой. Такая сложность усугубляется и тем, что все члены трибунала могут согласиться, что точка Б — это верное решение, но разойтись во мнении о том, каким путем к этой точке прийти. Достижение консенсуса и единогласия в рамках трибунала может потребовать неоднозначных формулировок, чтобы сгладить разногласия арбитров на бумаге. Настаивать на четкой, линейной мотивировке значило бы выступать против возможности компромисса между членами арбитражного трибунала.

Метафора движения также вызывает вопрос о том, насколько подробным должно быть изложение мотивов. Достаточно ли три-

<sup>1</sup> *Maritime International Nominees Establishment (MINE) v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/84/4 (далее — *MINE*).

<sup>2</sup> *MINE*, Decision of the Ad hoc Annulment Committee (22 December 1989), ¶ 5.09 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8608.pdf>).

буналу всего лишь объяснить общее направление мысли, или он должен растолковать каждый поворот, который арбитры совершают в своей логике (и то, почему они не пошли по какому-нибудь другому из путей, которые предлагали стороны)? Какое-либо предположение о том, что требуется всеобъемлющая «карта» размышлений арбитров, было бы непосто соотнести с тем фактом, что несоблюдение первого требования п. 3 ст. 48 Вашингтонской конвенции об обязательности разрешения трибуналом каждого переданного на его рассмотрение вопроса не было включено в подп. «е» п. 1 ст. 52 как основание для отмены.

Более того, не вполне ясно, как метафора движения от точки А к точке Б соотносится с мыслью о том, что трибунал будет считаться не обосновавшим свое решение, если приведенные им мотивы противоречат друг другу. К примеру, можно ли отменить арбитражное решение, если изложение мотивов трибуналом можно метафорически описать как поворот налево с помощью трех поворотов направо? Если результат верен, но трибунал привел несовершенную мотивировку, послужит ли требование о проведении разбирательства заново интересу справедливости?

Рассмотрим также случай, в котором три арбитра пришли к одному и тому же выводу, но тремя разными способами. Будет ли такой состав способен подготовить арбитражное решение, которое точно не будет подлежать отмене? Некоторые комитеты по отмене отмечают данную проблему и указывают, что «комитетам не следует торопиться искать противоречия, когда в действительности из решения явно следует, что международный коллегияльный арбитражный орган пришел к компромиссу»<sup>1</sup>. Однако предупреждение об опасности не означает помощь в ее избегании: откуда же комитету по отмене знать, что неопределенная или размытая мотивировка на самом деле скрывает в себе подобный компромисс?

Предположим, что арбитры постарались избежать неопределенных формулировок, подготовив три независимых мнения с разными основаниями, но одинаковым решением. Можно ли будет отменить такое решение ввиду того, что оно основано на противоречивых мотивах?

<sup>1</sup> *Atapli Elektrik B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13, Decision on Annulment (10 July 2014), ¶ 200 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3261.pdf>) (с цитатой из: *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic (Vivendi I)*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment (3 July 2002), ¶ 65 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0210.pdf>)).

## 5. Неизбранный путь: «хмельной извозчик»

Отмена в рамках МЦУИС — это не единственный юридический контекст, где для описания процесса обоснования решения использовались метафоры о движении. К примеру, в некоторых странах общего права употребляется другая метафора — о «хмельном извозчике» — в поддержку доктрины, согласно которой апелляционный суд должен оставить в силе решение нижестоящего суда, если результат рассмотрения им дела верен, пусть мотивы и ошибочны.

Эта метафора происходит из отрывка поэмы «Возмездие», изданной в 1774 г., где рассказывается об извозчике, который выпил лишнего, но все же нашел путь домой. Впервые метафора «хмельного извозчика» появилась в решении Верховного суда штата Джорджия в 1879 г. в деле *Lee v. Porter*<sup>1</sup>. Суд отметил, что «[ч]еловеческий разум устроен таким образом, что во многих случаях он *находит истину*, оставаясь при этом совершенно неспособным *отыскать путь*, который к ней привел», а затем процитировал следующие строки из поэмы:

Ведомый порывом, тащился вперед,  
Все сделает верно, да слов не найдет;  
Так, долг чтоб исполнить, извозчик хмельной  
В дороге плутает, но едет домой.

Далее Верховный суд Джорджии описал доктрину «хмельного извозчика» в апелляционной практике, указав, что «[н]ередко случается так, что судебное решение утверждается исходя из понимания дела, о котором вынесший его суд и не догадывался или догадывался, но прямо отверг».

Исходя из практики МЦУИС, несмотря на то что комитеты по отмене охотно выводят мотивы из решения<sup>2</sup>, они неохотно дополняют его

<sup>1</sup> 63 Ga. 345 (1879).

<sup>2</sup> См., например: *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on the Application for Partial Annulment (16 September 2011), ¶ 101 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0231.pdf>) (со ссылкой на предшествующие решения); *Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, Decisions on Annulment (30 December 2015), ¶ 108 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7037.pdf>) («...арбитражное решение не подлежит отмене, если мотивы решения, хотя они и не указаны прямо, очевидно могут быть выведены из него комитетом *ad hoc*. Подразумеваемого обоснования достаточно, если комитет может логически определить такое обоснование исходя из формулировок и выводов арбитражного решения, а также

недостающими или альтернативными мотивами из-за боязни выйти за пределы своих ограниченных полномочий. Как отметил комитет по отмене в деле *Rumeli v. Kazakhstan*, «если мотивы не указаны, но очевидны и логически следуют из указанного в арбитражном решении, комитет *ad hoc* должен быть способен это обозначить в своем решении», но «если такие мотивы необязательно следуют или вытекают из мотивировки арбитражного решения, комитет *ad hoc* не должен изобретать мотивы лишь для того, чтобы обосновать решение трибунала»<sup>1</sup>.

Потенциально парадоксальное последствие сдержанности комитетов по отмене в приведении их собственных мотивов состоит в том, что арбитражные решения становятся *менее окончательными*, чем решения судов первой инстанции, поскольку арбитражные решения могут отменяться из-за недостаточно четко сформулированных мотивов даже в случае правомерного результата. Именно это и случилось в деле *Klöckner*, где арбитражное решение было отменено несмотря на то, что комитет счел, что выводы в нем, «вероятно, в конечном итоге были вполне обоснованными и справедливыми»<sup>2</sup>.

Опасности, которую представляет собой дело *Klöckner*, нельзя избежать путем принятия комитетами по отмене доктрины «хмельного извозчика» и приведения ими собственных мотивов, поскольку это превратило бы отмену в полноценный пересмотр в порядке апелляции. Вместо этого решение надлежит искать в проявлении той же степени сдержанности, которую комитеты по отмене выказывают в отношении пересмотра мотивов. Параметры, по которым можно определить рамки такой сдержанности, можно отыскать в истории подготовки Вашингтонской конвенции и в практике других судов и трибуналов.

## 6. Мотивы для мотивов — история подготовки Вашингтонской конвенции

В составленном в 1963 г. предварительном проекте документа, который в последующем стал Вашингтонской конвенцией, отсутствие

---

материалов дела, находившихся в распоряжении трибунала. Если комитет *ad hoc* может объяснить решение, уточнив мотивы, которые могут в нем только подразумеваться, он может сделать это и не обязан отменять решение»).

<sup>1</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision of the Ad hoc Committee (25 March 2010), ¶ 83 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0729.pdf>).

<sup>2</sup> *Klöckner*, Ad hoc Committee Decision on Annulment, ¶ 144.

мотивов указывалось как частный случай отступления от основополагающих правил процесса. Соответствующая норма звучала следующим образом:

«(1) Действительность арбитражного решения может быть оспорена любой из сторон по одному или более из следующих оснований:

<...>

(с) в случае, если имело место *серьезное нарушение основополагающих правил процедуры, включая неприведение мотивов арбитражного решения*».

Иначе говоря, требование об изложении мотивов скорее понималось как процессуальное, а не как относящееся к существу дела.

Проект 1964 г. предусматривал неприведение мотивов как отдельное основание для отмены, но при этом закреплял, что стороны могут договориться обойтись без мотивированного решения. Вот как звучало соответствующее положение:

«(1) Любая сторона вправе ходатайствовать об отмене арбитражного решения путем подачи заявления в письменной форме Генеральному секретарю по одному или более из следующих оснований:

<...>

(е) неприведение мотивов арбитражного решения, если стороны не договорились, что в приведении мотивов нет необходимости».

Последующие проекты уже не предусматривали возможность обойтись без обоснования решения.

Описанная история подготовки Вашингтонской конвенции рассматривалась комитетом по отмене в деле *Tza Yap Shum v. Peru*, который процитировал экспертное заключение профессора Майкла Райзмана, где разъяснялось, что докладчик, профессор Жорж Ссель (Georges Scelle) «считал, что «серьезное нарушение основополагающего правила процедуры» подразумевает в том числе неприведение трибуналом мотивов, тогда как Вашингтонская конвенция предусматривает это требование прямо и закрепляет его в отдельном положении (подп. «е» п. 1 ст. 52)»<sup>1</sup>. Профессор Райзман далее описал сдвиг к закреплению требования о приведении мотивов в отдельном подпункте как «разделение требования о минимальных гарантиях процедуры на составные части»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Цит. по: *Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/07/6 (далее — *Tza Yap Shum*), Decision on Annulment (12 February 2015), ¶ 118 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4371.pdf>).

<sup>2</sup> Ibidem.

История принятия Вашингтонской конвенции подтверждает, что не предполагалось, что перенос требования о мотивах в отдельное положение будет означать, что оно представляет собой не просто процессуальное требование, — скорее, это было сделано для того, чтобы подчеркнуть значимость, которую составители Вашингтонской конвенции придавали требованию об изложении мотивов, и четко предусмотреть, что неприведение мотивов будет являться основанием для отмены.

## 7. Мотивы мотивов — практика международных судов

Практика международных судов подтверждает процессуальный характер требования об изложении мотивов.

В деле *Suominen v. Finland*<sup>1</sup> Европейский суд по правам человека выявил два обоснования того, зачем нужно мотивированное решение: (i) чтобы допустить обжалование<sup>2</sup>; и (ii) чтобы «показать сторонам, что их услышали». Поскольку в контексте МЦУИС процедура апелляции не предусмотрена, требование указания мотивов не способствует обжалованию<sup>3</sup>. Однако мысль о том, чтобы показать, что трибунал услышал доводы сторон, весьма интересна.

Пункт 1 ст. 56 Статута Международного суда ООН (далее — Статут) предусматривает, что во всяком решении Суда «должны быть приведе-

<sup>1</sup> Пункты 35–37 Постановления ЕСПЧ от 1 июля 2003 г. по делу «Суоинен (Suominen) против Финляндии» (жалоба № 37801/97) ([http://europeancourt.ru/uploads/ECHR\\_Suominen\\_v\\_Finland\\_01\\_07\\_2003.doc](http://europeancourt.ru/uploads/ECHR_Suominen_v_Finland_01_07_2003.doc)).

<sup>2</sup> Суд ЕС схожим образом подчеркнул важность приведения мотивов для обеспечения действенного права на обжалование (см., например: C-266/05, *Jose Maria Sison v. Council of the European Union*, [2007] ECR I-01233, para. 80 (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=279396025AD-15802925A02211C13DC04?text=&docid=66056&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5713022>) («...изложение мотивов, которого требует статья 253 Договора об учреждении ЕС, должно соответствовать оспариваемому акту и четким и недвусмысленным образом раскрывать логику, которой следовало учреждение, принявшее соответствующую меру, с тем чтобы позволить затронутым лицам установить причины принятия данной меры, а компетентному суду Сообщества — осуществить его право на пересмотр»)).

<sup>3</sup> См.: *Tza Yap Shum*, Decision on Annulment, ¶ 112 («Обычно считается, что одной из главных целей изложения мотивов в решении, помимо убеждения стороны в том, что вопросы, переданные на рассмотрение трибунала, были рассмотрены и поняты, состоит в том, чтобы послужить основанием для пересмотра решения. В контексте Вашингтонской конвенции цель пересмотра, впрочем, ограничена подп. «е» п. 1 ст. 52, которая предусматривает лишь возможность узкого пересмотра...»).

ны соображения, на которых оно основано». Примечательно, что это положение мы видим в гл. III Статута, которая посвящена процедуре.

К сожалению, суда для пересмотра решений Международного суда ООН не существует, поэтому нет и какой-либо практики применения ст. 56 Статута. Вместе с тем существуют примеры того, как Международный суд ООН пересматривал решения других судов. Два таких примера заслуживают особого внимания.

Первый пример — это решение Международного суда ООН 1960 г. по делу *Honduras v. Nicaragua*. Спор касался арбитражного решения, в 1906 г. установившего границу между двумя странами. Спустя 50 лет Республика Никарагуа попыталась оспорить это решение на основании недостаточности мотивов. Международный суд ООН отклонил жалобу всего одним абзацем следующего содержания: «Последнее основание для ничтожности решения, заявленное Никарагуа, заключается в отсутствии или недостаточном обосновании выводов, к которым пришел арбитр. Вместе с тем анализ арбитражного решения показывает, что оно логично и весьма подробно касается всех значимых для дела соображений и что оно содержит достаточные обоснования и разъяснения в поддержку выводов, которые сделал арбитр. По мнению Суда, этот довод [Никарагуа] безоснователен»<sup>1</sup>.

Из указанного решения затруднительно сделать выводы о чем-то, кроме общего описания обоснованного решения.

Более интересное мнение Международный суд ООН высказал в 1973 г. в деле о пересмотре решения № 158 Административного трибунала ООН. Ключевой пункт его заключения гласит: «...судебное решение должно быть подкреплено изложением процесса обоснования. В таком изложении должны быть в общих чертах указаны мотивы, на которых основано решение; но оно не должно вдаваться подробно в каждое требование и заявление какой-либо из сторон. <...> Нет и никаких обязательных форм или техник составления судебных решений: суд может изложить мотивы прямо или косвенно, указать конкретные или лишь подразумеваемые выводы, при условии что мотивы, на которых основано решение, из него явствуют. Вопрос о том, настолько ли неполноценно решение с точки зрения обоснования, чтобы считаться равнозначным отказу в праве на справедливое судебное разбирательство или неосуществлению правосудия, таким образом, следует раз-

<sup>1</sup> Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (*Honduras v. Nicaragua*), 1960 I.C.J. 192, 216 (Judgment of 18 November 1960) (доступно в Интернете по адресу: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/39/039-19601118-JUD-01-00-EN.pdf>).



решать в свете как конкретного случая [неприведения мотивов], так и судебного решения в целом»<sup>1</sup>.

Комитетам по отмене МЦУИС будет полезно использовать в своей практике четыре аспекта Консультативного заключения по решению № 158.

Во-первых, Международный суд ООН сформулировал практический стандарт, в соответствии с которым мотивированным является решение, которое «подкреплено изложением процесса обоснования», в котором «в общих чертах указаны мотивы, на которых основано решение; но... подробно [не раскрываются] каждое требование и заявление какой-либо из сторон»<sup>2</sup>. Таким образом, Судом проведено различие, схожее с тем, которое Вашингтонская конвенция проводит между ст. 48 и ст. 52. Напомним, что названные нормы Вашингтонской конвенции требуют принятия во внимание всех заявлений сторон, однако предусматривают возможность отмены в случае неприведения мотивов, но не в случае, если не был подробно исследован каждый довод<sup>3</sup>.

Во-вторых, Международный суд ООН подчеркнул отсутствие каких-либо формальных требований к обоснованию мотивов и возможность их подразумеваемого обоснования.

В-третьих, что, пожалуй, наиболее полезно, Международный суд ООН выявил главный вопрос, а именно: «настолько ли неполноценно решение с точки зрения обоснования, чтобы считаться равнозначным отказу в праве на справедливое судебное разбирательство или неосуществлению правосудия». Этот вопрос подкрепляет идею о том, что требование о мотивах является по своей природе процессуальным, а также поясняет, что функция мотивированного заключения — служить *свидетельством* справедливости разбирательства.

В-четвертых, Международный суд ООН четко указал, что упомянутый главный вопрос «следует разрешать в свете как конкретного

<sup>1</sup> Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, 1973 I.C.J. 166, 210–211 (Advisory opinion of 12 July 1973), ¶ 95 (<https://www.icj-cj.org/files/case-related/57/057-19730712-ADV-01-00-EN.pdf>).

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Пункт 3 ст. 48 («Решение должно касаться всех вопросов, переданных на рассмотрение Суда, и должно содержать изложение мотивов, на которых оно основано»), подп. «е» п. 1 ст. 52 («Любая из сторон может посредством письменного обращения к Генеральному секретарю просить об отмене решения по одному или нескольким из нижеследующих оснований: <...> в решении не изложены мотивы, на которых оно основывается») Вашингтонской конвенции.

случая [неприведения мотивов], так и судебного решения в целом»<sup>1</sup>. Иными словами, вместо того чтобы критиковать отдельные аспекты мотивировочной части в отрыве друг от друга, комитет по отмене должен рассмотреть мотивы в целом и оценить, настолько ли серьезны выявленные им недостатки в обосновании, чтобы поставить под сомнение справедливость всего разбирательства.

## 8. Последняя практика по отмене решений и подход Международного суда ООН

Для проверки практичности подхода Международного суда ООН стоит рассмотреть несколько недавних решений об отмене, где был применен этот стандарт. Следует отметить, что наш анализ выявил лишь одно такое решение — решение об отмене 1986 г. по делу *Amco v. Indonesia*, принятое со ссылкой на рассмотренное выше заключение Международного суда ООН. При этом комитет по отмене в данном деле указал на него только в контексте утверждения о том, что суду необязательно досконально вдаваться во все требования и заявления каждой стороны. Вместе с тем он не сослался на стандарт Международного суда ООН для определения случаев, когда неприведение мотивов оправдывает отмену<sup>2</sup>.

### 8.1. *Pey Casado v. Chile*

Арбитражное решение по делу *Pey Casado v. Chile* было отменено на основании неприведения мотивов, а также серьезного нарушения основополагающего правила процедуры. При этом оба основания для отмены касались присуждения трибуналом убытков. Комитет отметил, что единственными заявленными в арбитраже доводами об убытках были аргументы, относящиеся к экспроприации. Трибунал установил, что, поскольку исковое требование об экспроприации было отклонено, вышеупомянутые аргументы не имели значения для дела и не могли быть использованы для оценки убытков за установленные нарушения, а именно отказ в правосудии или нарушение справедли-

<sup>1</sup> Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal, 1973 I.C.J. 166, 211 (Advisory opinion of 12 July 1973), ¶ 95.

<sup>2</sup> *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Ad hoc Committee Decision on the Application for Annulment (16 May 1986), ¶ 39 ([https://jsumundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986#decision\\_1035](https://jsumundi.com/en/document/decision/en-amco-asia-corporation-and-others-v-republic-of-indonesia-ad-hoc-committee-decision-on-the-application-for-annulment-friday-16th-may-1986#decision_1035)).

вого и равноправного режима<sup>1</sup>. Несмотря на это, трибунал присудил убытки за указанные нарушения, не предложив сторонам изложить их позиции по данному вопросу и вместо этого сославшись на доводы об убытках, заявленные в связи с иском из экспроприации.

Комитет по отмене установил, что трибунал нарушил право Чили на справедливое слушание, не позволив стороне представить свою позицию по вопросу оценки убытков за отказ в правосудии и нарушение справедливого и равноправного режима, и что он не привел соответствующие мотивы, поскольку осуществленный им расчет убытков на основании доводов об экспроприации противоречил его же собственному утверждению несколькими пунктами ранее о том, что такой расчет не относился к установленным им нарушениям<sup>2</sup>. Иначе говоря, неспособность трибунала привести не противоречащие друг другу мотивы для расчета им убытков стала прямым следствием того, что он не дал сторонам возможность представить их позиции. Пороки в обосновании, таким образом, были свидетельством порока процедуры.

## 8.2. *Tidewater v. Venezuela*

В деле *Tidewater v. Venezuela* комитет описал требование о включении мотивов как «императивное процессуальное требование» и подчеркнул необходимость разграничения между «процессуальным неприведением мотивов» и оценкой «правильности арбитражного решения по существу»<sup>3</sup>. Цель этого процессуального требования он сформулировал следующим образом: «Арбитражное решение — это не *распоряжение арбитров по своему усмотрению*, а результат процесса оценки доказательств, применения и толкования права и применения права, как его истолковал трибунал, к установленным фактам. Легитимность процедуры зависит от ее понятности и прозрачности. Изложение мотивов позволяет сторонам понять процесс, посред-

<sup>1</sup> *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2 (далее — *Pey Casado*), Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile (18 December 2012), ¶ 261 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1178.pdf>).

<sup>2</sup> *Pey Casado*, Decision on the Application for Annulment of the Republic of Chile, ¶ 269, 287.

<sup>3</sup> *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5 (далее — *Tidewater*), Decision on Annulment (27 December 2016), ¶ 166, 171 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8026.pdf>).

ством которого трибунал приходит к своим заключениям»<sup>1</sup> (курсив в оригинале. — С.В.).

Комитет в деле *Tidewater* отменил решение о присуждении убытков частично, поскольку оценка арбитрами рыночной стоимости была основана на расчетах, представленных сторонами, но прямо отклоненных трибуналом, в результате чего такой расчет «противоречил заключениям трибунала об элементах надлежащей оценки рыночной стоимости»<sup>2</sup>. Необычно<sup>3</sup>, что комитет отменил решение лишь в той части, в которой расчет убытков превышал сумму, полученную при применении заключений арбитров об элементах расчета рыночной стоимости, поэтому решение комитета скорее исправило, чем отменило раздел арбитражного решения об убытках.

### 8.3. *TECO v. Guatemala*

В деле *TECO v. Guatemala* комитет отменил решение об убытках ввиду отсутствия мотивов и в связи с этим не рассматривал вопрос о том, имело ли место в отношении того же аспекта решения серьезное нарушение основополагающего правила процедуры<sup>4</sup>. Критика решения комитетом была сосредоточена на «полном отсутствии какого-либо анализа экспертных заключений, поданных сторонами, в рамках оценки трибуналом иска о потере стоимости»<sup>5</sup>. Комитет также не одобрил выводы арбитров о том, что у него отсутствовали доказательства по ряду вопросов, в наличии доказательств по которым комитет был убежден<sup>6</sup>.

Ключевой отрывок из решения комитета звучит следующим образом: «Комитет желает подчеркнуть, что он не вправе определять, имели

<sup>1</sup> *Tidewater*, Decision on Annulment, ¶ 163.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 189.

<sup>3</sup> Единственным похожим примером в практике по отменам является дело *Occidental v. Ecuador*, где комитет отменил расчет убытков, поскольку он был проведен для 100%-й, а не для 60%-й доли владения, и сам выполнил необходимый расчет для определения подлежащей отмене суммы присужденных убытков (см.: *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Decision on Annulment of the Award (2 November 2015), ¶ 296–299 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4448.pdf>)).

<sup>4</sup> *TECO Guatemala Holdings, LLC v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/10/23 (далее — *TECO*), Decision on Annulment (5 April 2016), ¶ 150 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7196.pdf>).

<sup>5</sup> *TECO*, Decision on Annulment, ¶ 131.

<sup>6</sup> *Ibid.*, ¶ 133, 134.

доказательства, которые проигнорировал трибунал, влияние на решение или нет. Однако он может установить на этапе отмены, что *трибунал не изучил доказательства, которые по меньшей мере могли быть потенциально значимы для исхода дела*» (курсив мой. — С.В.)<sup>1</sup>.

Выделенная формулировка указывает на то, что видимый недостаток в обосновании поставил под сомнение справедливость процедуры. Вместе с тем комитет не оценил вопрос справедливости по какому-либо сформулированному стандарту. Из решения комитета неясна его позиция в отношении выраженного Международным судом ООН стандарта отказа в праве на справедливое судебное разбирательство или неосуществления правосудия. В отсутствие такого стандарта логику выделенного выше отрывка можно было бы использовать как основание для отмены любого арбитражного решения в случае, когда трибунал конкретно не рассмотрел доказательство, которое сторона считает важным, вопреки ссылке комитета по отмене на принцип, согласно которому «трибунал не обязан рассматривать каждое доказательство в материалах дела или каждый аргумент, выдвинутый сторонами»<sup>2</sup>.

#### 8.4. *Vivendi II*<sup>3</sup>

Комитет по отмене в деле *Vivendi II* столкнулся с потенциальным риском широкого применения решения по делу *TECO* и истолковал его как оправдывающее отмену только в случае, если «совершенно не были рассмотрены доказательства, которые имели бы «важное значение» для решения трибунала, т.е. доказательства, учет которых имел бы существенное влияние на решение»<sup>4</sup>.

Такое прочтение решения по делу *TECO* возвращает отмену на основании отсутствия мотивов к тому пониманию, которого изначально придерживались авторы Вашингтонской конвенции, а именно к ее истолкованию как частного примера серьезного нарушения («совершенно не рассмотрены») основополагающего правила процедуры (о том, что трибунал обязан рассмотреть доказательства).

<sup>1</sup> *TECO*, Decision on Annulment, ¶ 135.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 125.

<sup>3</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 (далее — *Vivendi II*).

<sup>4</sup> *Vivendi II*, Decision on Annulment (5 May 2017), ¶ 163 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8783.pdf>).

### 8.5. *Tza Yap Shum*

Комитет по отмене в деле *Tza Yap Shum* учел историю принятия Вашингтонской конвенции, описанную выше, и прямо постановил, что «исследование арбитражным трибуналом доказательств, поданных сторонами, является одним из основополагающих правил процедуры, которое охраняется подп. «d» п. 1 ст. 52 Вашингтонской конвенции в целях обеспечения справедливого разбирательства»<sup>1</sup>.

Комитет признал, что требование о мотивах является основополагающим правилом процедуры по смыслу подп. «d» п. 1 ст. 52: «По мнению Комитета, право на обоснованное и окончательное разрешение спора арбитражным трибуналом представляет собой один из аспектов права на обращение в арбитраж. В связи с этим оно также является основополагающим правилом процедуры, которое охраняется подп. «d» п. 1 ст. 52 Вашингтонской конвенции. Наличие мотивов обеспечивает минимальное соблюдение трибуналом основных нужд правосудия, с которыми нельзя было бы увязать произвольное решение, и соотносится со ст. 52 Вашингтонской конвенции, которая предотвращает ошибочные решения»<sup>2</sup>.

Несколько вопреки этому признанию комитет заключил, что отсутствие мотивов по подп. «e» п. 1 ст. 52 само по себе не является серьезным нарушением основополагающего правила процедуры по подп. «d» п. 1 ст. 52<sup>3</sup>. Сомнительно, что это утверждение является верным, и, похоже, оно скорее поощряет, а не порицает попытку Перу «усидеть сразу на двух стульях» — заявить о предположительном неприведении мотивов в рамках обоих оснований для отмены в надежде, что будет применен иной стандарт.

## 9. Выводы

Составители Вашингтонской конвенции признали, что обоснованное решение — это процессуальная гарантия, и изначально предусмотрели, что отсутствие мотивов представляет собой частный пример «серьезного нарушения основополагающего правила процедуры». Выделение требования об изложении мотивов в отдельный подпункт имело (по всей вероятности, неумышленное) последствие:

<sup>1</sup> *Tza Yap Shum*, Decision on Annulment, ¶ 116.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 119.

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 120.

---

оно создало для комитетов по отмене возможность применять более низкий порог для отмены ввиду неприведения мотивов, поскольку фраза «существенное нарушение» не была включена в подпункт, где закреплено требование об обосновании решения. Практика последних 10 лет, в том числе решение об отмене в деле *Tza Yap Shum*, указывает на способ восстановить связь между стандартами двух оснований для отмены.

В Консультативном заключении Международного суда ООН по решению № 158 критерий для оценки предположительного неприведения мотивов сформулирован в виде вопроса о том, *настолько ли неполноценно решение с точки зрения обоснования, чтобы считаться равнозначным отказу в праве на справедливое судебное разбирательство или неосуществлению правосудия*. Применительно к контексту МЦУИС такой стандарт может помочь комитетам по отмене сосредоточить анализ на процедуре и справедливости разбирательства и тем самым избежать превращения процесса отмены в полноценную апелляцию по существу.

**NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION**

**ISSUE 6**

**COLLECTION OF ARTICLES**

*Academic Editors:*

*A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov*

*Publisher: Russian Institute of Modern Arbitration*

---

**НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

**ВЫПУСК 6**

**СБОРНИК СТАТЕЙ**

*Под научной редакцией*

*А.В. Асоскова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина*

*Издатель: Российский институт современного арбитража*

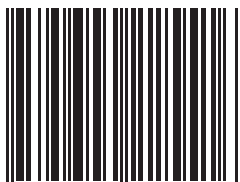
Подписано в печать 26.02.2020. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.

Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 25. Тираж 500 экз.

Заказ №

Отпечатано в АО «Ордена Октябрьской революции,  
Ордена Трудового Красного знамени «Первая Образцовая типография»,  
115054, г. Москва, ул. Валовая, д. 28.

ISBN 978-5-6042255-1-6



9 785604 225516