

Russian Institute of Modern Arbitration

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

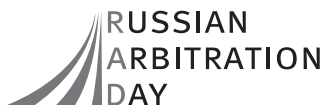
ISSUE 5

Academic Editors:

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



**Russian
Arbitration
Center**



Moscow • 2019

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 5 : Collection of Articles** / Academic Editors : A. V. Asoskov, R. M. Khodykin, A. N. Zhiltsov. — Moscow : Russian Institute of Modern Arbitration, 2019. — 464 p.

ISBN 978-5-6042255-0-9 (hardcover)

This edition of “New Horizons of International Arbitration” collects the articles of the speakers at the “Russian Arbitration Day – 2019” conference held in Moscow on 25 March 2019, one of the most successful arbitration events in Russia (<http://rad.lfacademy.ru>).

This is the fifth collection of articles for that conference. The first four RADs were held in 2013, 2014, 2015 and 2018. The first four 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 – 2019” 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 978-5-6042255-0-9

All rights reserved.

© A.V. Asoskov, R.M. Khodykin, A.N. Zhiltsov 2019
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2019

Российский институт современного арбитража

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 5

Под научной редакцией

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



Российский
арбитражный
центр



РОССИЙСКИЙ
АРБИТРАЖНЫЙ
ДЕНЬ

Москва • 2019

УДК 341.63
ББК 67.412.2
Н69

Н69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5 : Сборник статей / Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. — Москва : Российский институт современного арбитража, 2019. — 464 с.

ISBN 978-5-6042255-0-9 (в пер.)

Настоящее издание — сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день — 2019» (Москва, 25 марта 2019 г.), одним из самых успешных арбитражных мероприятий в России (<http://rad.lfacademy.ru>).

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

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня — 2019» 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 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 978-5-6042255-0-9

Все права защищены.

© А.В. Асосков, А.Н. Жильцов, Р.М. Ходыкин, 2019
© Российский институт современного арбитража, 2019

CONTENTS

Introductory Note from the Moderators and Academic Editors	11
Information about the Academic Editors and Authors	27

SECTION 1. GENERAL ISSUES IN ARBITRATION

V.V. VEEDER QC

Arbitral Reform and Legal History: “The Blank Piece of Paper”	50

AUDLEY SHEPPARD QC

Oaths and Perjury in International Arbitration	77

ARNAUD BOURGEOIS, OLGA KUPRENKOVA

Fighting Goliath: Reconsidering the Effect of Extraterritorial Unilateral Sanctions on the Conduct of International Arbitration.....	96

SERGEY MOROZOV

Combination of Arbitration and Mediation During the Resolution of Commercial Disputes (based on the example of ARB-MED-ARB)	124

ORSOLYA TOTH

Applying the <i>Lex Mercatoria</i> in Arbitration: The Search for a “Natural Connection”	158

ROMAN KHODYKIN

Setting Aside Arbitral Awards and Parties Autonomy: Discussing Where to Draw the Line	183

SECTION 2.
PROCEDURAL ISSUES
IN INTERNATIONAL ARBITRATION

KLAUS PETER BERGER

Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?	200

DMITRY ANDREEV

Assistance of State Courts in the Appointment of Arbitrators	225

DMITRY KAYSIN

Document Production as a Separate Stage of International Arbitration.....	253

ALEXANDER KOSTIN

Legal Grounds for Application of the Conclusive Effect in International Commercial Arbitration.....	277

DMITRY PENTSOV

Unresolved Questions of International Tax Arbitration Reform	304

OLESYA PETROL

Arbitrability of Matrimonial Disputes.....	331

SECTION 3. INVESTMENT ARBITRATION

RAMŪNAS AUDZEVIČIUS, DENIS PARCHAJEV

Judgment of the Court of Justice of the European Union in Case <i>Slowakische Republik v. Achmea BV</i> and Future of Investment Arbitration in Europe.....	348

SERGEY ALEKHIN, DMITRY BAYANDIN

Cherry-Picking or Cherry-Biting? The <i>Res Judicata</i> Doctrine and the Limits of Permissible Parallel and Consecutive Proceedings in Investment Arbitration.....	376

NIKITA KONDRASHOV, SEBASTIAN WUSCHKA

Law as a Promise: Legitimate Expectations and Domestic Legislation.....	424

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие модераторов и научных редакторов	14
Информация о научных редакторах и авторах	37

РАЗДЕЛ 1. ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА

V.V. VEEDER QC

Arbitral Reform and Legal History: “The Blank Piece of Paper”	50

ОДЛИ ШЕППАРД

Присяга и лжесвидетельство в международном арбитраже	77

ARNAUD BOURGEOIS, OLGA KUPRENKOVA

Fighting Goliath: Reconsidering the Effect of Extraterritorial Unilateral Sanctions on the Conduct of International Arbitration.....	96

С.В. МОРОЗОВ

Сочетание арбитража и медиации при разрешении коммерческих споров (на примере <i>ARB-MED-ARB</i>)	124

ORSOLYA TOTH

Applying the <i>Lex Mercatoria</i> in Arbitration: The Search for a “Natural Connection”	158

Р.М. ХОДЫКИН

Отмена арбитражных решений и автономия воли сторон: дискуссия о границах дозволенного.....	183

**РАЗДЕЛ 2.
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

KLAUS PETER BERGER

Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?	200

Д.А. АНДРЕЕВ

Содействие государственных судов в назначении арбитров.....	225

Д.В. КАЙСИН

Представление документов как отдельная стадия международного арбитража	253

А.А. КОСТИН

Правовые основания применения правила о преюдиции в международном коммерческом арбитраже	277

Д.А. ПЕНЦОВ

Нерешенные вопросы реформы международного налогового арбитража	304

О.Д. ПЕТРОЛЬ

Арбитрабельность матримониальных споров	331

РАЗДЕЛ 3. ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

РАМУНАС АУДЗЕВИЧИУС, ДЕНИС ПАРХАЕВ

Решение Суда ЕС по делу <i>Slowakische Republik v. Achmea BV</i> и будущее инвестиционного арбитража в Европе	348

SERGEY ALEKHIN, DMITRY BAYANDIN

Cherry-Picking or Cherry-Biting? The <i>Res Judicata</i> Doctrine and the Limits of Permissible Parallel and Consecutive Proceedings in Investment Arbitration.....	376

NIKITA KONDRASHOV, SEBASTIAN WUSCHKA

Law as a Promise: Legitimate Expectations and Domestic Legislation	424

INTRODUCTORY NOTE FROM THE MODERATORS AND ACADEMIC EDITORS

The book you hold in your hands is a new collection of articles entitled “New Horizons of International Arbitration”, which is published on the eve of the annual “Russian Arbitration Day 2019” conference (Moscow, 25 March 2019). This is the fifth issue of the book, which fact alone demonstrates that both the book and the conference have become one of the most prominent events in Russian arbitration¹.

Looking back, we see that we have managed to achieve many of the ambitious goals which were set at the beginning of the journey. First, the issues of the book have become the impetus for new discussions on many previously unexplored issues regarding the development of arbitration and have widened domestic understanding of the horizons of international arbitration. For example, look at the articles of R. Zykov on setting aside an arbitration award in a country that was not the seat of the arbitration, of E. Rubinina on evidentiary privileges in international arbitration, of A. Panov on online arbitration, of D. Pentsov on state responsibility for the actions of a state participant in an international consortium, of O. Petrol on the prospects of introduction of inheritance arbitration, of E. Plokhenko on the structuring of investments in a way which would guarantee investment arbitration protection, of E. Fedotova on the concept of an emergency arbitrator, of O. Tsvetkova on unlawfully obtained evidence in international arbitration and many more.

Secondly, we introduced the Russian reader to the works of a large number of well-known experts in international arbitration. This has become a jewel of past conferences and turned them into events of global magnitude (consider the contributions of F. Belo, C. Liebscher, D. Pellet, C. Partasides QC, A. Rovine, K. Phillips, J.J. van Haersolte-van Hof, J. Hosking, M. Scherer and M. Schneider).

Finally, we have not forgotten the issues specific to the development of Russian arbitration (amongst others, we mention the articles of M. Kalinin

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

on the arbitrability of disputes in the context of concentration of elements of public policy, of A. Muranov on the arbitration court within the Eurasian Customs Union, of I. Moutaye and E. Billebro on forum selection in light of sanctions against Russia, of D. Pellew on the draft bill of the Russian arbitration reform and of S. Usoskin on the Moscow Convention on Protection of the Rights of the Investor).

The high level of articles that we have published was predetermined by unique principles that form the basis for selection of authors and speakers at the Russian Arbitration Day. These principles remain unchanged throughout all conferences:

- free participation for all speakers. Unlike most other conferences, sponsors are not entitled to automatic nomination of their speakers. This opens up opportunities for young, talented professionals who are priced out of other venues, where the financial element may dictate quality and content of speakers;
- encouraging participation of hitherto unknown individuals and discovering new names in Russian arbitration. Although we have some authors and speakers who have repeatedly presented their works (and were selected for their constant originality and high quality) we always aim to ensure that each book and each conference presents to the public several new names in Russian arbitration;
- thorough work on articles and speeches, giving each speaker 20–25 minutes to give a detailed and high-quality presentation. We strive for an in-depth study of each topic and believe that an article or presentation should not be remembered only because it is mentioned in the conference programme and the speaker's CV, which, unfortunately, is typical of many arbitration events both in Russia and abroad;
- careful selection of presentations on a competitive basis by conducting advance reviews of applications and using objective selection criteria (originality, depth of study of the topic and its practical significance as well as the author's arbitration experience). At the same time, moderators always seek to ensure that authors do not try to "reinvent the wheel" and explore their topic not only from a Russian perspective, but also taking into account international practices. Therefore, articles and presentations generally contain a deep comparative legal analysis without which it would be difficult to imagine a high-quality publication in the modern world.

The fifth issue continues the best traditions of Russian Arbitration Day. You will be presented with articles from four international world-class experts (K.P. Berger, V.V. Veeder QC, A. Sheppard QC, O. Toth). The reader will become acquainted with many topics previously unknown to Russian pro-

professionals, ranging from international tax arbitration and the arbitrability of matrimonial disputes to the complex challenges of investment arbitration, the importance of which for Russia continues to grow. As a result of the reforms carried out in Russia and foreign states, some routine topics take on a new significance (such as the introduction of evidence as a separate stage of the arbitration process, problems of *res judicata* and a combination of arbitration and mediation). Finally, we have not forgotten about hot topics for Russian professionals such as the impact of US sanctions on the conduct of international arbitration and the challenges to be faced by Russian courts when providing assistance with arbitrators' appointments.

We hope that each edition of the book and each Russian Arbitration Day will allow us to discover new talents coming up in the world of Russian arbitration, introduce to the Russian community world-class experts who have been long-established in the arbitration universe and expand the boundaries of international arbitration for all readers and listeners.

In conclusion, we would like to thank the organizers of the conference: the educational project LF Academy and the Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration.

*Anton Asoskov,
Roman Khodykin
Alexey Zhiltsov,*

ПРЕДИСЛОВИЕ МОДЕРАТОРОВ И НАУЧНЫХ РЕДАКТОРОВ

Книга, которую вы держите в руках, представляет собой очередной выпуск сборника статей «Новые горизонты международного арбитража», который выходит накануне ежегодной конференции «Российский арбитражный день 2019» (Москва, 25 марта 2019 г.). Данный выпуск является пятым по счету, и это свидетельствует о том, что как сборник статей, так и ежегодная конференция уверенно заняли место одного из наиболее заметных явлений в российском арбитражном ландшафте¹.

Оглядываясь назад, мы видим, что амбициозных целей, которые ставились нами в начале пути, удалось достичь. Во-первых, выпуски сборника действительно стали толчком для начала дискуссии по многим ранее не исследованным вопросам развития арбитража, раздвигая отечественные представления о горизонтах международного арбитража (вспомним статьи Р. Зыкова об отмене арбитражного решения в стране, которая не являлась местом арбитража, Е. Рубининой о доказательственных привилегиях в международном арбитраже, А. Панова об онлайн арбитраже, Д. Пенцова об ответственности государства за действия государственного участника международного консорциума, О. Петроль о перспективах введения наследственного арбитража, Е. Плохенко о планировании национальности инвестора, Е. Федотовой об институте чрезвычайного арбитра, О. Цветковой о незаконных доказательствах в международном арбитраже и многие другие).

Во-вторых, мы познакомили российского читателя с работами большого числа мировых звезд международного арбитража, которые также стали украшением каждой из прошедших конференций и превратили их в события мировой значимости (F. Bélot, C. Liebscher, D. Pellet, C. Partasides QC, A. Rovine, K. Phillips, J. van Haersolte-van Hof, J. Hosking, M. Scherer, M. Schneider).

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

Наконец, мы не забывали и о вопросах, которые актуальны именно для развития российского арбитража (среди прочих можно упомянуть статьи М. Калинина об арбитрабельности споров в свете концепции концентрации общественно значимых публичных элементов, А. Муранова о третейском суде в рамках Таможенного союза, И. Мутай и Е. Биллебру о выборе арбитражного форума в контексте санкций против России, Д. Пеллю о проекте российской арбитражной реформы, С. Усоскина о Московской конвенции о защите прав инвестора).

Высокий уровень опубликованных статей был предопределен уникальными принципами, на которых основан отбор авторов и докладчиков Российского арбитражного дня. Эти принципы остаются неизменными на протяжении всех конференций:

- бесплатное участие для всех спикеров. В отличие от большинства других конференций, спонсоры не могут претендовать на автоматическое выдвижение своих докладчиков. Это открывает возможности для талантливых молодых специалистов, которые оказываются невостребованными на других площадках, где финансовая сторона доминирует над качеством и содержанием;

- поощрение участия новых лиц, выявление новых имен в российском арбитраже. Хотя у нас есть некоторые авторы и докладчики, которые неоднократно представляли свои работы (и отбирались именно за их неизменную новизну и высокое качество), мы всегда стремимся к тому, чтобы каждый сборник и каждая конференция открывали для широкой публики несколько новых имен российских специалистов;

- длительная работа над статьями и выступлениями с предоставлением каждому докладчику 20–25 минут для подробного и качественного выступления. Мы стремимся к глубокой проработке каждой темы — статья или выступление не должны запоминаться только записью в программе конференции и строчкой в резюме докладчика, что, к сожалению, характерно для многих арбитражных мероприятий как в России, так и за рубежом;

- тщательный отбор докладов на конкурсной основе с рассмотрением предварительных заявок и с использованием объективных критериев отбора (новизна, глубина проработки заявки, практическая значимость, опыт автора в арбитраже). При этом модераторы неизменно стремятся к тому, чтобы авторы не пытались «изобретать велосипед» и раскрывали свою тему с учетом не только российского, но и зарубежного опыта. Поэтому статьи и доклады, как правило, отличаются глубоким сравнительно-правовым анализом, без которого в современном мире трудно представить качественную публикацию.

Очередной, пятый выпуск продолжает лучшие традиции Российского арбитражного дня. Вашему вниманию будут представлены сразу четыре статьи иностранных звезд мирового уровня (K.P. Berger, V.V. Veeder QC, A. Sheppard QC, O. Toth). Читатель познакомится со многими темами, ранее практически неизвестными российским специалистам, — начиная от международного налогового арбитража и арбитрабельности матримониальных споров и заканчивая многими сложными проблемами инвестиционного арбитража, чье значение для России в последние годы продолжает возрастать. Некоторые классические темы приобретают новое звучание вследствие реформ, проводимых в России и иностранных государствах (представление доказательств как отдельная стадия арбитража, проблемы *res judicata*, сочетания арбитража и медиации). Наконец, мы не забыли и об актуальных для российских специалистов темах (влияние американских санкций на проведение международного арбитража; проблемы, с которыми столкнутся российские суды при осуществлении функций по содействию в назначении арбитров).

Мы надеемся на то, что с каждым новым выпуском сборника и с завершением каждого очередного Российского арбитражного дня мы будем зажигать все новые арбитражные звезды на российском небосклоне, открывать для российской публики все новых мировых звезд, которые уже давно и прочно заняли свое место в арбитражной вселенной, раздвигать горизонты международного арбитража для всех читателей и слушателей.

В завершение хотелось бы сказать слова благодарности организаторам конференции — образовательному проекту *LF Academy* и Российскому арбитражному центру при Российском институте современного арбитража.

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 2019, the RAC has administered over 190 disputes, while the total amount of claims has reached 11 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 2019 г. в РАЦ было рассмотрено более 190 споров, а общая сумма требований составила 11 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), Гонконгский международный арбитражный центр (HKIAC), Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC), 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** – co-operating 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.

Debevoise Plimpton LLP is an international law firm that offers a diverse range of sophisticated legal services to businesses and individuals. Founded in 1931, the firm now has approximately 650 lawyers and offices in New York, Washington, D.C., Paris, London, Frankfurt, Moscow, Hong Kong, Shanghai and Tokyo. We are positioned to serve clients efficiently in each of the three major economic regions of the world – the Americas, Europe and Asia.

Our practice in Russia and the other Commonwealth of Independent States (CIS) countries has grown steadily since its inception in 1987. It covers a wide range of areas, including mergers and acquisitions, securities, general corporate law, corporate and project finance, aircraft leasing, equipment leasing, natural resources, real estate, private equity, compliance, FinTech, insurance, antitrust matters, litigation and arbitration.

Debevoise is widely regarded as one of the world's leading international arbitration practices. We are the only firm to be ranked in Band 1 for both international arbitration and public international law in Chambers Global. Benchmark Litigation named us International Arbitration Firm of the Year in its 2014, 2015, and 2016 editions. Russian practice of Debevoise is ranked in Band 1 for international arbitration by Pravo.ru in 2017.

Debevoise represents clients at arbitration in the major arbitration centers (principally the LCIA, as well as the ICAC at the Russian Chamber of Commerce and Industry), including parallel proceedings in court and at arbitration. Lawyers of the firm are included in lists of recommended arbitrators for foreign arbitration centers and the ICAC and are routinely appointed as arbitrators to hear disputes.

«Дебевойз энд Плимpton ЛЛП» — международная юридическая фирма, предоставляющая широкий круг юридических услуг высочайшего качества корпоративным клиентам и физическим лицам. Фирма была основана в 1931 г., и в настоящее время в ее офисах в Нью-Йорке, Вашингтоне (округ Колумбия), Париже, Лондоне, Франкфурте, Москве, Гонконге, Шанхае и Токио работает около 650 юристов. Фирма эффективно представляет интересы клиентов в каждом из трех основных экономических регионов мира: Северной и Южной Америке, Европе и Азии.

С момента образования в 1987 г. наша практика, связанная с Россией и странами СНГ, неизменно развивается и охватывает широкий круг вопросов, включая слияния и приобретения, ценные бумаги, общие корпоративные вопросы, корпоративное и проектное финансирование, лизинг воздушных судов и оборудования, добычу полезных ископаемых, недвижимость, фонды прямых инвестиций, комплаенс, ФинТех, страхование, антимонопольные вопросы, судебные разбирательства и арбитраж.

Фирма «Дебевойз энд Плимpton ЛЛП» широко известна своей юридической практикой в сфере международного арбитража, которая является одной из ведущих в мире. Мы являемся единственной фирмой категории Band 1 как в сфере международного арбитража, так и в сфере международного публичного права по версии Chambers Global. Издание Benchmark Litigation признало нас фирмой года в области международного арбитража в 2014, 2015 и 2016 гг. Издание Право.ru внесло российскую практику «Дебевойз энд Плимpton ЛЛП» в 1 группу по международному арбитражу в 2017 г.

Фирма «Дебевойз энд Плимpton ЛЛП» представляет интересы клиентов в крупнейших арбитражных центрах (прежде всего ЛМТС и МКАС при ТПП РФ), в том числе при ведении параллельных процессов в судах и арбитраже. Юристы фирмы входят в рекомендованные списки арбитров иностранных арбитражных центров и МКАС при ТПП РФ, регулярно назначаются в качестве арбитров при рассмотрении споров.

**All branches of law in the video lectures
from distinguished experts.**

LF Academy is a modern innovative project that provides unique learning possibilities to the ambitious professionals valuing their time.

The platform encompasses a wide range of topics from various areas of law and its administration in the format of video lectures, open dialogues, presentations and discussion sessions by more than 180 lecturers, leading experts in the global legal community.

LF Academy is:

- effective and popular format
- 600 hours of lectures, academic courses and retraining programmes available 24/7
- all branches of law and enforcement
- international experience and expertise
- applicability of knowledge
- best experts of the field
- reliable information: every word of every lecturer is supported by their reputation of academics, practicing lawyers, judges, lawyers, notaries or regulatory officers
- access to vast knowledge for an unlimited number of people

Все отрасли права в видеолекциях выдающихся юристов.

LF Академия — современный инновационный проект нового времени, предоставляющий возможность амбициозным, ценящим свое время профессионалам получить уникальные знания.

Ресурс охватывает широкий спектр тем по различным отраслям права и сферам правоприменения в формате видеолекций, открытых диалогов, презентаций и дискуссионных сессий от более чем 180 лекторов — ведущих экспертов мирового юридического сообщества.

LF Академия — это свободный доступ к качественным знаниям!

- эффективный и актуальный формат
- 600 часов видеолекций, доступных 24/7
- все отрасли права и сферы правоприменения
- международный опыт и знания
- прикладной характер знаний
- лучшие эксперты рынка
- достоверная информация: за каждым словом лектора стоит его репутация как академического специалиста, практикующего юриста, судьи, адвоката, нотариуса, представителя регулятора
- доступ к обширным знаниям для неограниченного количества слушателей

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

ROMAN M. KHODYKIN, a partner in the London office of *Bryan Cave Leighton Paisner LLP*, Ph.D. in Law, Associate Professor, Solicitor of 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 alternate member of the ICC Court of International Arbitration in Paris and is included in the list of arbitrators of the International Commercial Arbitration Court (aka MKAS).

In recent years Roman has advised on a multi-million dollar ICSID investment treaty arbitration against the Republic of Kazakhstan, and acted in LCIA, ICC, AAA and MKAS arbitrations. Roman 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 Roman 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. In particular, his book “Arbitration Law of Russia: Practice and Procedure”, *Juris Publishing* was published in New York in 2012. Roman is also the editor of the Russian edition of the Andrews on the System of English Civil Procedure (published by *Infotropic Media* in 2012).

ALEXEY N. ZHILTSOV is a distinguished lawyer of the Russian Federation, Ph.D. in Law, Head of the Chair of Private International Law, Professor, the Russian Postgraduate School for Private Law, 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 of 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). He is included in the lists 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, the Maritime Arbitration Commission at the RF CCI. He also 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 has the status of the member of the Scientific-Consultative Council on International Law at the Ministry of Justice of the Russian Federation, member of the Council for Development of Arbitration at the Ministry of Justice of the Russian Federation.

Since the year 2007 until the year 2018 professor Zhiltsov acted as Chief editor of journals “International Commercial Arbitration”, “International Commercial Arbitration Review”. Since the year 2019 he is the Chief editor of the journal “Commercial Arbitration”.

Professor Zhiltsov was a member of working groups for the preparation of Division VI “Private International Law” of the Russian Civil Code, for the 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 Commonwealth of Independent States. He was also a member of the working groups of the Ministry of Justice of the Russian Federation for the preparation of the draft law “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’”, for the preparation of a complex of measures for the development of arbitration in the Russian Federation. He was also a member of the working groups of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation for the drafting of the Rules of Impartiality and Independence of Arbitrators of 2010, for the drafting of Regulations on Organizational Principles of Activity of the ICAC at the RF CCI and the Rules of Arbitration of International Commercial Disputes of the ICAC 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

SERGEY N. ALEKHIN is an associate at *Willkie Farr & Gallagher* specialized in international arbitration, registered with the Paris and Voronezh (Russia) bars. He has acted in proceedings conducted under the Arbitration Rules of the International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) as well as in *ad hoc* proceedings, including under the UNCITRAL Rules.

Sergey obtained a Master double-degree in Law and Economic Globalization from Sciences Po Paris and the University of Paris I Panthéon Sorbonne, a Master Degree in Law from the Russian Academy of State Service,

and a Specialist Degree in International Relations from the Voronezh State University (Russia).

He is the Co-Chair of the Young Institute of Modern Arbitration (Young IMA) at the Russian Arbitration Center, and a member of the ICC Young Arbitrators Forum (YAF), and the LCIA Young International Arbitration Group (YIAG).

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

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

RAMŪNAS AUDZEVIČIUS is the co-head of the Dispute Resolution Practice Group of Professional Legal Partnership “Motieka & Audzevičius”. He handled some of the most complex arbitration and high-stake commercial and regulatory litigation cases in Lithuania as well as in foreign jurisdictions.

His practice involves representing clients under UNCITRAL, ICC, SCC, LCIA, GAFTA, FOSFA, ICAC at the RF CCI and Vilnius Court of Commercial Arbitration and Lithuanian Arbitration Court rules. In addition, Ramūnas is often called upon to provide expert opinions before numerous arbitral tribunals and serves as international arbitrator. He also handles matters before the Court of Justice of the European Union, the Supreme Court of Lithuania, the Supreme Administrative Court and the Court of Appeals in Lithuania.

Ramūnas has been involved in advising clients in litigious matters decided by courts of the highest instances in Russia, Switzerland, Austria, Ukraine, Belarus, Azerbaijan, Latvia and Estonia. Ramūnas is constantly listed by Legal 500 (Hall of Fame, Tier1), Chambers Global (Band1), Chambers Europe (Band1), Who's Who: Arbitration and others.

Ramūnas is educated at Harvard, London and Vilnius universities as well as Moscow School of Social and Economic Sciences.

DMITRY S. BAYANDIN is an associate at *Derains & Gharavi* in Paris, specialized in international arbitration. He has acted in arbitral proceedings

conducted under the Arbitration Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), the Vienna International Arbitration Centre (VIAC), the Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI), the London Court of International Arbitration (LCIA), as well as in *ad hoc* proceedings, including under the UNCITRAL Rules.

Dmitry obtained a Master Degree in Business Law from the Sciences Po Paris Law School and an LL.B. in Public International Law from the School of Law of the MGIMO University in Moscow. He is admitted to the Paris (registration process pending) and Perm (Russia) bars.

KLAUS PETER BERGER is professor of domestic and international business and banking law, comparative and private international law at the University of Cologne, director of the Institute for Banking Law and the Center for Transnational Law (CENTRAL) at the University of Cologne Faculty of Law. He has been Honorary Lecturer and Member of the Global Faculty at the Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, University of Dundee (2000–2012), and Visiting Professor at the University of Virginia School of Law, Charlottesville (1999), Asser Institute, The Hague (1997–2004), and at Columbia Law School, New York City (2014).

Professor Berger is a practicing international arbitrator and member of the panel of arbitrators of the China International Economic Trade Arbitration Commission (CIETAC, Beijing, China), ICDR, International Arbitration Centre of the Austrian Federal Economic Chamber, Dubai International Arbitration Centre (DIAC), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC) Panel of Arbitrators for Financial Services Disputes, P.R.I.M.E. Finance, and FIA Formula One Contract Recognition Board (CRB).

Professor Berger is author of more than 200 publications on domestic and international arbitration, contract law, trade law, comparative law, M&A, banking and finance (see for a full list: www.klauspeterberger.de). He is the inventor and operator of the TransLex-web-platform on transnational law (www.trans-lex.org), and the Director of the annual “Cologne Academies” on International Arbitration & International Business Mediation (www.cologne-academies.com).

Professor Berger is past President and member of the Board of the German Arbitration Institute (DIS). He is also member of the Council of the ICC Institute of World Business Law and of the ICC Arbitration Commission. He is co-editor of “Arbitration International” and of the Oxford International Arbitration Series.

ARNAUD BOURGEOIS is an associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* (Moscow) in the International Arbitration and Litigation Practice. He is also an advocate member of Paris Bar.

He holds a Master degree (cum laude) in International and European Law from the University of Paris West Nanterre La Défense (France).

Prior to joining *EPA&P*, Arnaud practiced in an international law firm in Paris, specialized in transportation and insurance litigations, both domestic and international.

Arnaud has experience in arbitration proceedings under the SCC and LCIA Rules, as well as in coordinating litigation proceedings in France, EU countries and in other part of the world. He regularly advises on public international law, EU law and French law, and represents the interests of the clients in cross-border criminal proceedings in different countries.

DMITRY V. KAYSIN is a counsel at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* (Moscow). He graduated from the Moscow State Law Academy where he also received a Ph.D. degree, and from the New York University School of Law (LL.M.). He is a member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb) and of the ICC Commission on Arbitration (Russia).

Dmitry represent clients in cross-border commercial and insolvency disputes along with concurrent litigation and arbitration proceedings conducted in multiple jurisdictions with involvement of states and their constituencies. Dmitry has experience of arbitrating under UNCITRAL, LCIA, SCC, Swiss Chambers, ICAC (aka MKAS), and WIPO Arbitration rules.

Dmitry is an author of several articles and studies on enforcement of foreign judgments and arbitral awards in Russia and abroad, state immunity, and cross-border insolvency matters.

ALEXANDER A. KOSTIN is an associate at *Khrenov & Partners* (Moscow). His professional experience includes multijurisdictional disputes pending before the High Court of England and Wales, Eastern Caribbean Supreme Court, District Court of Nicosia and other foreign judicial bodies.

In 2011 and 2013 obtained his bachelor and master degree in private international law with MGIMO University. In 2015 completed his studies under the ANO “Pericles” master program (LL.M.) in American Business Law. In 2018 passed his Ph.D. defense in law name of the thesis “The Legal Grounds for Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Russian

Federation” (submitted for the defense at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Russian Federation Government).

Author of several articles and academic comments concerning the topical issues of the international civil procedure, international commercial arbitration and conflict of laws.

OLGA A. KUPRENKOVA is an associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* (Moscow) in the International Arbitration and Litigation Practice.

She holds an LL.M. in Commercial and Corporate Law from Queen Mary University of London and a Master degree in International Business Law (with honors) from Lumière University Lyon 2 (France). Olga is also registered with the Moscow Bar.

Prior to joining *EPA&P*, Olga has practiced international arbitration with Paris offices of *Shearman & Sterling* and *Derains & Gharavi*.

She was involved in proceedings conducted under the Arbitration Rules of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce (ICC), London Court of International Arbitration (LCIA), Dubai International Arbitration Centre (DIAC), as well as in *ad hoc* proceedings, including under the UNCITRAL Rules. Olga has also advised clients doing business across the Middle East.

Olga is a member of the ICC Russia Commission on International Arbitration.

SERGEY V. MOROZOV is an associate in the Litigation & Arbitration Practice Group at *Beiten Burkhardt*’s Moscow office. His area of expertise comprises the resolution of commercial disputes, representing clients in Russian state courts and international commercial arbitration (including arbitration proceedings under the ICC Rules, the SCC Rules, the Swiss Rules of International Arbitration, the Rules of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (ICAC), and the rules of other arbitration institutions), and also advising on issues of civil and procedural law, compliance and internal investigations. Sergey is Co-Chair of the Young Institute of Modern Arbitration (Young IMA) at the Russian Arbitration Center and is in charge of its mediation committee together with O. Tsvetkova.

Sergey graduated with honors from Lomonosov Moscow State University, Faculty of Law, and obtained an LL.M. degree (Master of Laws) in inter-

national commercial arbitration from Pepperdine University School of Law (California, USA). In 2015 Sergey participated in a session of the International Academy for Arbitration Law in Paris, France, on international commercial and investment arbitration. In 2017 Sergey undertook an internship as a Foreign Associate at *Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP* (Washington, D.C.), participating in international arbitration and U.S. litigation matters.

DENIS PARCHAJEV is a senior associate at the Dispute Resolution Practice Group of Professional Legal Partnership “Motieka & Audzevičius”. Denis has been involved in arbitration cases under the ICC, SCC, LCIA, IAC at the BelCCI and Lithuanian Arbitration Court rules. Denis also specialises in sports matters, including matters before Court of Arbitration for Sport (CAS) and International Olympic Committee.

His primary focus is arbitration, both commercial and investment and litigation of complex cases with an international element. Denis has worked on a number of major enforcement matters before Lithuanian courts and the Court of Justice of the European Union. In addition, Denis advises clients in high-value cases in Russia and other CEE markets.

Denis holds an LLM and is a PhD candidate at Queen Mary University’s School of International Arbitration supervised by Ms Norah Gallagher.

DMITRY A. PENTSOV is a partner at Geneva office of *FRORIEP Legal SA*. He heads the Firm’s Russia and CIS practice group. Mr. Pentsov 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 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 also represented parties before the Court of Arbitration for Sport (CAS) and before the Swiss Federal Tribunal.

Mr. Pentsov graduated with honors 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 the 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 (ranked 2nd at the Geneva Bar Exam). Mr. Pentsov authored and co-authored more than 60 publications, including 2 books.

OLESYA D. PETROL is a lecturer at the Moscow School of Social and Economic Sciences (MSEES). She speaks regularly on damages, arbitration, family and inheritance law. Olesya is a member of the Council for Development of Arbitration at the Ministry of Justice of the Russian Federation. She is frequently invited to act as a Russian law expert.

Olesya is a founding partner of *Petrol Chilikov* Law Firm. She has over 10 years of experience in advising Russian and overseas clients on Russian private law, including leading transactions and acting as counsel in international and local Russian disputes, both before state courts and in arbitration. Olesya is a trusted advisor to high net worth individuals in the planning and preservation of their wealth and resolving private disputes. She is specifically experienced in complex cross-border matrimonial and inheritance matters.

AUDLEY SHEPPARD QC is a partner and co-head of the International Arbitration Group at *Clifford Chance LLP*, based in London. He is also Chairman of the LCIA Board and a Visiting Professor, School of International Arbitration, Queen Mary, London.

He specializes in the resolution of major disputes arising out of infrastructure and energy projects, and international trade and investment. He also sits as an arbitrator. He is a former: Vice-President of the LCIA Court; Member of the ICC Court; Co-Chair of the IBA Arbitration Committee; and Rapporteur of the ILA Arbitration Committee. Audley attended Victoria University, NZ (LLB, BComm) and Cambridge, England (LLM). He was appointed Queen's Counsel in 2015. He has New Zealand and Ireland nationality.

ORSOLYA TOTH is Assistant Professor in Commercial Law at the University of Nottingham. Orsolya specialises in international dispute resolution, commercial law and international investment law. Previously, she was a member of the International Arbitration Group at *Allen & Overy* in London where she worked on numerous commercial and investment treaty arbitrations in a

range of industry sectors. She has acted as counsel on arbitrations under the rules of ICSID, LCIA, ICC and DIAC. She has represented clients in various industry sectors, such as energy, construction, and telecommunications. She is listed as an arbitrator at the Russian Arbitration Centre's international arbitrator database. She has written numerous articles in the fields of arbitration and legal harmonisation. Her monograph, "*The Lex Mercatoria in Theory and Practice*" (Oxford University Press, 2017), has won the St. Petersburg International Legal Forum Private Law Prize 2018. Orsolya regularly speaks at conferences on the topic of international dispute resolution and arbitration. She was educated at Keble College, Oxford where she obtained her DPhil, MPhil and MJur degrees.

V.V. VEEDER QC is an arbitrator (practising from Essex Court Chambers, London); ICCA Governing Board Member; Visiting Professor on Investment Arbitration, Dickson School of Law, King's College, London University; Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (FCIArb); Judicial Member of FIA Disputes Board and Member of the FIA Formula One Contract Recognition Board (CRB); former Vice-President of the LCIA and Chairman of the LCIA Board; former President of the Milan Club of Arbitrators; former Chairman of ARIAS (AIDA); former Council Member of the ICC Institute of World Business Law; former Board Member of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC); former United Kingdom Government Delegate and Adviser to the UNCITRAL Working Group on Arbitration; variously Editor, General Editor and Special Features Editor of "Arbitration International" 1985 to date; Assistant Recorder and Recorder 1986–2005; Deputy High Court Judge 1999–2008.

Educated: Paris, Bristol and Jesus College, Cambridge.

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 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 Торговой палаты 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 международного арбитража (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 гг. 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 урегулированию инвестиционных споров (Вашингтон), а также принимал участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), Арбитражном суде при Международной торговой палате (ICC), Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма (SCC) и Американской арбитражной ассоциации (AAA).

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 частности, 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.

АВТОРЫ

СЕРГЕЙ НИКОЛАЕВИЧ АЛЕХИН — адвокат арбитражной практики юридической фирмы “Willkie Farr & Gallagher”. Он специализируется на международном арбитраже и зарегистрирован в адвокатских палатах Парижа и Воронежа. Он действовал в арбитражах, проводимых в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты (МТП), Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), а также в ходе специальных процедур, в том числе в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Сергей Алехин получил степень магистра по юридической и экономической глобализации в Парижском университете I Пантеон Сорбонна, а также степень магистра права в Российской академии государственной службы и диплом специалиста по специальности «Международные отношения» в Воронежском государственном университете. Он является сопредседателем Совета современного арбитража (Young IMA) при Российском арбитражном центре и членом Форума молодых арбитров ICC (YAF) и LCIA (YIAG).

ДМИТРИЙ АЛЕКСЕЕВИЧ АНДРЕЕВ — адвокат коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры». 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 председатель Комитета по взаимодействию арбитража и государственных судов при Российском арбитражном центре. Автор нескольких публикаций по вопросам арбитража в России.

РАМУНАС АУДЗЕВИЧИУС — со-руководитель группы по разрешению споров профессионального сообщества адвокатов «Мотиека и Аудзевичиус» (Вильнюс, Литва). Он принимал участие в некоторых из наиболее сложных арбитражных и коммерческих дел, связанных с коммерческими и регулятивными спорами в Литве, а также в иностранных юрисдикциях.

Рамунас представлял интересы клиентов в арбитражных разбирательствах по регламентам *UNCITRAL*, *ICC*, *SCC*, *LCIA*, *GAFTA*, *FOSFA*, *МКАС* при ТПП РФ, Вильнюсского коммерческого арбитражного суда и Арбитражного суда Литвы. Кроме того, Рамунас часто предоставляет

экспертные заключения в арбитражных судах, а также выступает в роли арбитра. Он также принимает участие в делах перед Судом Европейского Союза, Верховным Судом Литвы, Высшим Административным Судом и Апелляционным судом Литвы.

Рамунас консультировал клиентов по делам в судах высшей инстанции России, Швейцарии, Австрии, Украины, Республики Беларусь, Azerbaijan, Латвии и Эстонии. Рамунас постоянно входит в рейтинги Legal 500 (Hall of Fame, Tier1), Chambers Global (Band1), Chambers Europe (Band1), Who's Who Legal: Arbitration и др.

Рамунас обучался в Гарвардском университете, университетах Лондона и Вильнюса, также окончил Московскую высшую школу социальных и экономических наук.

ДМИТРИЙ СЕРГЕЕВИЧ БАЯНДИН — адвокат юридической фирмы “Derains & Gharavi” в Париже, специализирующейся на международном коммерческом и инвестиционном арбитраже. Он принимал участие в арбитражных разбирательствах, проводимых в соответствии с Арбитражными регламентами Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), Международного арбитражного суда при Международной торговой палате (ICC), Венского центра международного арбитража (VIAC), Лондонского международного арбитражного суда (LCIA), Арбитражного института Торговых палат Швейцарии (SCAI), а также в арбитражных разбирательствах *ad hoc*, в том числе в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL).

Дмитрий получил степень магистра в области экономического права в Юридической школе Парижского института политических наук (Sciences-Po), а также степень бакалавра в области международного публичного права на юридическом факультете МГИМО.

Он является членом Адвокатской палаты Пермского края, а также членом Парижской адвокатской палаты (в процессе регистрации).

КЛАУС ПИТЕР БЕРГЕР является профессором внутреннего и международного предпринимательского и банковского права, сравнительного и международного частного права в Университете Кёльна, директором Института банковского права и Центра транснационального права (CENTRAL) юридического факультета Университета Кёльна. Он выступал почетным лектором и членом Глобального факультета в Центре

энергетического, нефтедобывающего и природоресурсного права и политики в Университете Данди (2000–2012), приглашенным профессором юридического факультета Университета Вирджинии (Шарлотсвилль) (1999), Института Ассера в Гааге (1997–2004), а также юридического факультета Колумбийского университета (Нью-Йорк) (2014).

Профессор Бергер является практикующим международным арбитром и входит в список арбитров Китайской международной торгово-экономической арбитражной комиссии (CIETAC), *ICDR*, Венского международного арбитражного центра Федеральной палаты экономики Австрии, Дубайского международного арбитражного центра (DIAC), Панели арбитров по спорам о финансовых услугах Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC), *P.R.I.M.E. Finance* и Совета по одобрению контрактов Формулы-1 Международной автомобильной федерации (FIA).

Профессор Бергер является автором более чем 200 публикаций по вопросам внутреннего и международного арбитража, договорного права, коммерческого права, сравнительного права, слияний и поглощений, банковской деятельности и финансов (полный список представлен на сайте: www.klauspeterberger.de). Он выступает создателем и оператором интернет-платформы по транснациональному праву *TransLex* (www.trans-lex.org) и директором ежегодных «Кёльнских академий» по тематике международного арбитража и международной коммерческой медиации (www.cologne-academies.com).

Профессор Бергер является экс-президентом и членом Правления Немецкой институции по арбитражному делу (DIS). Он также выступает членом Совета Института международного предпринимательского права МТП и Арбитражной комиссии МТП. Он является соредактором журнала “*Arbitration International*” и серии издательства “*Oxford University Press*” по международному арбитражу.

АРНО БУРЖУА является юристом практики по международным арбитражным и судебным спорам адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» и французским адвокатом — членом Парижской палаты адвокатов.

Арно с отличием окончил Университет Западного Парижа — Нантер-ля-Дефанс (Франция), получив степень магистра в области международного и европейского права.

До присоединения к АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» он работал в международной юридической фирме в Париже,

специализирующейся на спорах в области транспорта и страховых услуг, как внутренних, так и международных.

Арно имеет опыт участия в арбитражных процессах по регламентам Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (SCC) и Лондонского международного третейского суда (LCIA), а также координации судебных процессов во Франции и других странах ЕС и за его пределами. Он часто консультирует по вопросам международного публичного права, законодательства ЕС и французского права, а также представляет интересы клиентов в трансграничных разбирательствах по уголовным делам в разных странах.

В.В. ВИДЕР — королевский адвокат (QC), арбитр (практикующий в *Essex Court Chambers*, Лондон); член Правления Международного совета по коммерческому арбитражу (ICCA); приглашенный профессор по вопросам инвестиционного арбитража в Королевском колледже Лондонского университета (школа права Диксона); член Королевского института арбитров; член судейской коллегии Совета по спорам и член Совета по одобрению контрактов Формулы-1 Международной автомобильной федерации (FIA); бывший вице-президент и председатель Правления Лондонского международного третейского суда (LCIA); бывший президент Миланского клуба арбитров; бывший председатель Арбитражного сообщества страховщиков и перестраховщиков (ARIAS) Международной ассоциации страхового права (AIDA); бывший член Совета Института международного предпринимательского права Международной торговой палаты (ICC Institute of World Business Law); бывший член совета Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма; бывший делегат Соединенного Королевства и советник Рабочей группы ЮНСИТРАЛ по арбитражу; редактор, главный редактор и редактор особых выпусков журнала “*Arbitration International*” с 1985 г. по настоящее время; в 1986–2005 гг. — помощник рекордера и рекордер; в 1999–2008 гг. — судья Высокого суда по назначению.

Образование: Париж, Бристоль и Кембриджский университет (Jesus College).

ДМИТРИЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ КАЙСИН — адвокат (советник) адвокатского бюро «Егоров, Путинский, Афанасьев и партнеры» (Москва). Окончил Московскую государственную юридическую академию, где

также получил степень кандидата юридических наук, и Школу права Нью-Йоркского университета с присвоением степени магистра права (LL.M.). Член Королевского института арбитров Великобритании (MCIArb) и Арбитражной комиссии Международной торговой палаты (Россия).

Специализируется на разрешении трансграничных коммерческих споров, включая споры в области банкротства, а также представляет интересы клиентов в параллельных судебных и третейских разбирательствах как в России, так и за рубежом. Он неоднократно защищал права клиентов в спорах с участием государств и их территориальных образований. Дмитрий имеет опыт участия в третейских разбирательствах по регламентам ЮНСИТРАЛ, ЛМТС (LCIA), ТПС (SCC), Торговых палат Швейцарии (Swiss Chambers), МКАС при ТПП РФ, ВОИС (WIPO).

Является автором ряда статей и публикаций, посвященных приведению в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в России и за рубежом, иммунитету иностранного государства, а также трансграничному банкротству.

АЛЕКСАНДР АЛЕКСЕЕВИЧ КОСТИН — адвокат коллегии адвокатов «Юридическая компания «Хренов и Партнеры» в г. Москве. Профессиональный опыт включает участие в сложных мультиюрисдикционных разбирательствах в Высоком суде Англии и Уэльса, Восточно-карибском верховном суде, Окружном суде г. Никосия (Кипр) и иных иностранных судебных инстанциях.

В 2011 г. и 2013 г. получил степень «бакалавра» и «магистра» юриспруденции (соответственно) по программе «международное частное право» МГИМО (У) МИД РФ. В 2015 г. завершил обучение по программе «магистр в области американского коммерческого права» (LL.M. in American Business Law) при АНО «Перикл». В 2018 г. защищена диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук по теме «Правовые основания признания и исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации» (место защиты — Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ).

Автор ряда статей и научных комментариев, посвященных актуальным вопросам международного гражданского процесса, международного коммерческого арбитража и международного частного права.

ОЛЬГА АЛЕКСАНДРОВНА КУПРЕНКОВА — адвокат практики по международным арбитражным и судебным спорам адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

Ольга имеет степень магистра права (LL.M.) Лондонского университета королевы Марии (Великобритания), а также диплом магистра бизнес-права Университета Люмьер Лион 2 (Франция).

До присоединения к АБ «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры» Ольга занималась международным инвестиционным арбитражем в парижских офисах компаний “Shearman & Sterling” и “Derains & Gharavi”.

Ольга принимала участие в разрешении инвестиционных и коммерческих арбитражных споров по правилам Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (ICC), Лондонского международного третейского суда (LCIA), Дубайского международного арбитражного центра (DIAC), а также в рамках разбирательств *ad hoc*, в том числе в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL). Ольга также консультирует клиентов по вопросам ведения бизнеса на Ближнем Востоке.

Ольга является членом Комиссии по международному арбитражу *ICC Russia*.

СЕРГЕЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ МОРОЗОВ — юрист практики разрешения споров международной юридической фирмы “Beiten Burkhardt” в г. Москве. Он занимается разрешением коммерческих споров, представлением клиентов в российских государственных судах и международном коммерческом арбитраже (включая разбирательства по правилам Международной торговой палаты (ICC), Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма, Швейцарскому регламенту международного арбитража (Swiss Rules), Регламенту МКАС при ТПП РФ и по регламентам иных арбитражных институтов), а также консультированием по гражданскому и процессуальному праву, вопросам комплаенса и внутренних проверок. Сергей является сопредседателем Совета современного арбитража (Young IMA) при Российском арбитражном центре и вместе с О. Цветковой руководит Комитетом по медиации.

Сергей с отличием окончил юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова и получил степень магистра права (LL.M.) по международному коммерческому арбитражу в Школе права Университета Пеппердайна (Калифорния, США). В 2015 г. Сергей принял участие в сессии Арбитражной академии в г. Париже (Франция) по между-

народному коммерческому и инвестиционному арбитражу. В 2017 г. Сергей прошел практику в качестве зарубежного юриста в “Pillsbury Winthrop Shaw Pittman LLP” в г. Вашингтоне, округ Колумбия, занимаясь международным арбитражем и судебными процессами в США.

ДЕНИС АЛЕКСАНДРОВИЧ ПАРХАЕВ, старший юрист профессионального сообщества адвокатов «Мотиека и Аудзевичиус» (Вильнюс, Литва). Денис представлял интересы клиентов в арбитражных делах по регламентам *ICC*, *SCC*, *LCIA*, *IAC* в БелТПП и Арбитражного суда Литвы. Денис также специализируется на вопросах спортивного права и имеет опыт рассмотрения споров в Спортивном арбитражном суде и Международном олимпийском комитете.

Его основная сфера деятельности — арбитраж, как коммерческий, так и инвестиционный, а также рассмотрение комплексных дел с международным элементом. Денис работал над рядом сложных вопросов по признанию и приведению в исполнение иностранных решений в литовских судах и в Европейском Суде. Кроме того, Денис консультирует клиентов по вопросам разбирательства крупных дел в Российской Федерации и других странах Центральной и Восточной Европы.

Денис имеет степень магистра права (LLM), а также является аспирантом (PhD candidate) в Школе международного арбитража Лондонского университета Королевы Марии под руководством г-жи Норы Галлахер (Ms Norah Gallagher).

ДМИТРИЙ АНАТОЛЬЕВИЧ ПЕНЦОВ — партнер женевского офиса юридической фирмы “FRORIEP Legal SA”. Он возглавляет группу практики фирмы по России и СНГ. Д.А. Пенцов 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 дистрибуторских соглашений. Он также представлял стороны в Спортивном арбитражном суде (CAS) и в Федеральном трибунале Швейцарии.

Д.А. Пенцов 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). Д.А. Пенцов является автором и соавтором более 60 публикаций, включая две книги.

ОЛЕСЯ ДМИТРИЕВНА ПЕТРОЛЬ — преподаватель Московской высшей школы социальных и экономических наук (МВШСЭН). Олеся регулярно выступает приглашенным экспертом на конференциях по вопросам убытков, арбитража, семейного и наследственного права. Олеся является членом Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции Российской Федерации. Она часто выступает в роли эксперта по российскому праву.

Олеся является партнером-основателем юридической фирмы “Petrol Chilikov”. Она имеет более чем 10-летний опыт консультирования российских и иностранных клиентов по вопросам российского частного права, включая ведение сделок, и представления клиентов в международных и российских спорах как в государственных судах, так и в арбитраже. Олеся консультирует состоятельных людей по вопросам наследственного планирования и разрешения частных споров. Она имеет существенный опыт в сложных трансграничных матримониальных и наследственных делах.

ОРШОЙ ТОТ — профессор коммерческого права Ноттингемского университета. Оршой специализируется в области разрешения международных споров, коммерческого права и международного инвестиционного права. В прошлом она входила в группу по международному арбитражу юридической фирмы “Allen & Overy” в Лондоне и в этом качестве приняла участие в многочисленных арбитражных

разбирательствах как в области международного коммерческого, так и инвестиционного арбитража применительно к самым разнообразным сферам экономической деятельности. Оршойя имеет опыт представления клиентов в арбитражах по регламентам *ICSID*, *LCIA*, *ICC* и *DIAC*, а также в таких областях, как энергетическое право, строительный подряд, правовое регулирование отношений в сфере телекоммуникаций. Включена в Базу специалистов в сфере международного арбитража Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража. Оршойя является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража и унификации права. Является лауреатом первой премии от Петербургского международного юридического форума (ПМЮФ) в области частного права, которую Оршойя получила в 2018 г. по результатам оценки ее книги “*Lex Mercatoria* в теории и практике” (Oxford University Press, 2017). Оршойя регулярно выступает на конференциях по тематике разрешения международных споров и арбитража, является выпускником Кебл-Колледжа, Оксфорд, где она получила степени магистра и доктора философии, а также магистра юриспруденции.

ОДЛИ ШЕППАРД — королевский адвокат (QC), партнер и соруководитель международной арбитражной группы “Clifford Chance LLP”, работает в лондонском офисе. Также Одли — председатель Совета ЛМТС и приглашенный профессор в Школе международного арбитража Лондонского университета королевы Марии.

Его специализация — разрешение крупных споров в рамках энергетических и инфраструктурных проектов, а также в сфере международных инвестиций и торговли. Кроме того, Одли выступает в роли арбитра. Ранее он также являлся: вице-президентом ЛМТС; членом Международного арбитражного суда МТП; сопредседателем Комитета по арбитражу при Международной ассоциации юристов; докладчиком Комитета по арбитражу при Ассоциации международного права. Одли обучался в Университете королевы Виктории (Новая Зеландия) (бакалавр права, бакалавр в области коммерции) и в Кембриджском университете (Англия) (магистр права). В 2015 г. получил титул королевского адвоката. Является гражданином Новой Зеландии и Ирландии.

Section 1
GENERAL ISSUES
IN ARBITRATION

Раздел 1
ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА

ARBITRAL REFORM AND LEGAL HISTORY: “THE BLANK PIECE OF PAPER”

V.V. VEEDER QC,

Essex Court Chambers, Visiting Professor at the Dickson Poon
School of Law, King’s College, London University

This article examines the historical process of reform for international commercial arbitration, illustrated by certain developments in Europe from the 1922 Genoa Conference to the 1958 UN New York Convention. For the inter-war period, the author examines the contribution of three eminent Russian arbitration specialists, Professor B.E. Nolde, Dr. S.B. Chlenov and Professor M.Ya. Pergament in the USSR, Germany and France. He also tracks three commercial arbitrations under the Soviet-German Treaty of 1925: the Soviet Eggs Arbitration in Moscow (where the modern concept of the “truncated tribunal” was deployed); the Hamburg Arbitration (showing the importance, now well established, of the collegiate decision-making process for international arbitration tribunals); and the Berlin Arbitration (where a legal opinion issued by the German Foreign Ministry’s legal department declared a Nazi law inapplicable to an international arbitration in Germany on the ground, long recognised today, that there exists a necessary distinction between domestic and international arbitration). From these historical materials, the author concludes that important reforms are decisively influenced by legal specialists and users sharing a common interest in arbitration, despite their geographical, national and political differences; that successful reforms are usually made “bottom-up” as practical, incremental changes and not “top down” as radically new innovations imposed by States; and that, for current reforms, more scholarly studies are needed in the archival histories of international commercial arbitration, including Russia – because, as Shakespeare’s Antonio said in “The Tempest” (as also inscribed on the US National Archives Building in Washington DC), “What’s past is prologue”.

Keywords: arbitration; truncated tribunal; Soviet-German Treaty of 1925; B.E. Nolde, Dr. S.B. Chlenov and Professor M.Ya. Pergament.

Статья анализирует исторический процесс реформирования международного коммерческого арбитража на примере событий, которые произошли в Европе в период между принятием Генуэзской конвенции 1922 г. и Нью-Йоркской конвенции 1958 г. В этот период между двумя войнами автор рассматривает вклад трех выдающихся русских специалистов по арбитражу — профессора Б.Э. Нольде, С.Б. Членова и профессора М.Я. Пергамент — в СССР, Германии и Франции. Автор также описывает три коммерческих арбитража, рассмотренных на основании советско-германского соглашения 1925 г.: дело о поставке советских яиц (где впервые рассматривался вопрос о возможности вынесения решения «усеченным» составом арбитражного трибунала), гамбургское дело (которое подчеркнуло важность никем не оспариваемого ныне коллегиального принятия решений арбитражными трибуналами) и берлинское дело (в котором юридическое заключение Министерства юстиции признало нацистское право неприменимым к арбитражу в Германии на том основании, что существует различие (всеми признаваемое сегодня) между внутренним и международным арбитражем). Исходя из этих исторических материалов автор приходит к выводу, что на все важные реформы определенно повлияли специалисты, заинтересованные в арбитраже, несмотря на географические, национальные и политические расхождения во взглядах; что успешные реформы идут поэтапно и прагматично «снизу», а не навязываются радикально «сверху»; что для современных реформ нужно изучать историю и архивы, в том числе в России, потому что, как сказал шекспировский Антонио в «Буре» (и это увековечено на здании Национального архива США), «все, что случилось с нами, лишь пролог».

Ключевые слова: арбитраж; усеченный состав арбитражного трибунала; советско-германское соглашение 1925 г.; Б.Э. Нольде, С.Б. Членов и М.Я. Пергамент.



1. Introduction

Many years ago, a symposium was held in an Asian country wishing to implement for its own future new and better practices for the resolution of international commercial disputes, not including any traditional forms of international arbitration. As legal specialists from many different countries, we were invited to start with a blank sheet of paper and told to use our

imagination freely, unshackled by the present or the past. The symposium was a spectacular failure. Each of us, unwittingly, if in different words, returned to variants of what we knew, namely existing forms of international arbitration. It is of course hard for legal specialists to imagine any future by breaking radically with the past when we are most familiar with present practices derived from past practices. As T.S. Eliot wrote: “Time present and time past / Are both perhaps present in time future” (from *The Four Quartets*). Why is this? Why is it so hard to introduce significant changes to a system so eminently flexible in concept, purpose and practice? When States themselves seek new, radical changes for the future of international arbitration, why does the system naturally default towards the present, based upon the past?

This paper examines two possible reasons. The first reason may derive from the inherent caution of legal specialists. Even at times of great changes elsewhere, that sense of caution has prevailed for dispute resolution on the general principle that “better the devil you know, than the devil you do not know”. The system of international arbitration may be imperfect, but an alternative system could be worse. The second reason may derive from the historical fact that significant changes to international arbitration are largely driven by users rather than States, that is from the peasants “bottom up” and not from the prince “top down”; and that legal specialists, being close to users, have usually mirrored the pragmatic needs of those users and not the political aspirations of States. In England, all the statutory reforms from 1698 to 1996 have been driven by users of arbitration; and where a Government Ministry has been actively involved, as with the 1924, 1930 and 1996 Acts particularly, it has been the Board of Trade or the Department of Trade & Industry (representing users) and not the Lord Chancellor’s Department (representing political and legal interests). In England and elsewhere, with few exceptions, international arbitration has proven to be essentially apolitical.

A full examination of these topics would require a comprehensive comparative study of the history of international arbitration. It obviously cannot be addressed here. Moreover, attempts to do so have shown that contemporary materials on which to base such comprehensive studies remain stubbornly incomplete. As Lord Mustill, the great sage of English arbitration history, cautioned, “[a]rbitration has a long past, but scarcely any history”¹. Here, this attempt is limited, selectively, to the state of international arbitration in the period following the 1914–1918 World War. This inter-war period, essentially

¹ *M.J. Mustill, Sources for the History of Arbitration, Arbitration International*, Vol. 14 (1998), Issue 3, p. 235 <https://doi.org/10.1093/arbitration/14.3.235>; see also: *D. Roebuck, Sources for the History of Arbitration: A Bibliographical Introduction*, *Ibid.*, p. 247 ff.

from 1922 to 1933, was a time of great changes for international arbitration, which still influence its practice today. It can be said that we are only here now because, once, we were there.

During this period, it was thought possible by many statesmen and politicians to ignore the past. After an unprecedented world war, civil wars, revolutions and the deposition of four monarchies, many thought that the world's future could be written on a blank piece paper; and, to a certain extent, it was, in the form of the Versailles Treaty 1919. That was not true, however, in regard to international arbitration where the result was a natural evolution of existing practices despite very different political and economic conditions. Such a thesis can be illustrated by looking at this evolution through the linked lives of three Russian jurists in the 1920s and 1930s active in the field of international arbitration, within and without the USSR: Professor Nolde (of the old regimes), Dr. Chlenov (of the new regime) and Professor Pergament (of both the old and the new). It is, however, a European story, where these three legal specialists in international law were as familiar with Berlin and Paris as they were with St. Petersburg / Leningrad and Moscow.

2. 1922–1925

In 1922 and 1923, after the Versailles Treaty, events took place in the development of international arbitration as the direct result of diplomatic and trade negotiations between the British Prime Minister (David Lloyd George) and Soviet Russia, in particular its Foreign Trade Commissar (Leonid Krasin). In March 1921, Krasin and Lloyd George had successfully negotiated in London the Anglo-Russian Trade Agreement, which by the United Kingdom's *de facto* recognition of Soviet Russia opened up foreign trade between their two countries (an example not followed by France until 1924 and by the USA until 1933). This was part of Lloyd George's grand policy of "peace through trade"; it had largely failed at the Versailles Conference; but it was now potentially working with Soviet Russia (which had not participated at Versailles). The immediate consequences in 1922 were the Genoa and Hague Economic Conferences, in which the world's major states all participated, except for the USA which had (correctly) foreseen its unwelcome role as the ultimate paymaster for Lloyd George's plans.

The Genoa Conference opened on 10 April 1922. The Soviet delegation included Chicherin (Commissar for Foreign Affairs), Litvinov (Deputy Commissar) and Krasin (Commissar for Foreign Trade). They stayed at the Hotel St. Marguerite in Rapallo. This town lent its name to the Rapallo Treaty made on 16 April 1922 between Soviet Russia and Weimar Germany, catching the

Allied Powers (hereinafter – Entente) unpleasantly by surprise. For immediate purposes, it wrecked Lloyd George’s policy of “peace through trade” with both Russia and Germany. A few months later the more limited Hague Conference took place, also attended by the Soviet (but not the German) delegation. The Hague Conference also failed in its primary purpose. Lloyd George left office in October 1922; and although he remained a member of the United Kingdom’s Parliament until 1945, he never held any public office again.

However, two developments were triggered by these 1922 Conferences as regards international arbitration. First, a consensus had emerged that the world economy required a multilateral treaty regulating international commercial arbitration in foreign trade. The eventual result was the League of Nations’ 1923 Protocol on Arbitration Clauses. It was followed by the League of Nations’ 1927 Geneva Convention on Arbitration Awards. Both exercises were largely driven by users, particularly the International Chamber of Commerce (hereinafter – ICC) and (in England) arbitration users in London, Manchester and Liverpool. Neither Germany nor the USSR were then members of the League of Nations; and as non-members, neither State was then permitted to sign these treaties. Second, after the Rapallo Treaty, Weimar Germany and Soviet Russia were still treated as “pariah states” by the Entente. These States were therefore constrained to develop bilaterally their own system of international arbitration. Following the Rapallo Treaties enhancing Soviet-German trade, these two States concluded a treaty on international arbitration as part of the Soviet-German Commercial Treaty signed in Moscow on 12 October 1925¹. It contained in Ch. VI an “Agreement Concerning Commercial Courts of Arbitration” (hereinafter – 1925 Treaty). It replaced the limited agreements on arbitration agreed between these two States in the Brest-Litovsk Treaties of 1918², the Provisional Treaty of 1921³ and the Additional Rapallo Treaty of 5 November 1922, as

¹ The 1925 USSR-Germany Commercial Treaty (amended in 1928), LIII LNTS 7 & LXXVIII LNTS 472.

² The Brest-Litovsk Treaties of March and August 1918 between Imperial Germany and Soviet Russia were tacitly treated as inoperative by Weimar Germany and Soviet Russia, the former as required by the Versailles Treaty 1919 and the latter upon its unilateral denunciation of these treaties on 13 November 1918. Nonetheless, Germany continued to recognise *de jure* Soviet Russia from March 1918 (re-confirmed by the 1921 Provisional and 1922 Rapallo Treaties) and, following its formation, the USSR in 1923.

³ The 1921 Provisional Agreement between Germany and Soviet Russia of 6 May 1921, VI LNTS 268.

also other early Soviet attempts to agree commercial arbitration agreements with private parties¹.

The 1925 Treaty was an elaborate self-contained code for international arbitration previously unseen in any commercial treaty. Although influenced by the 1923 Geneva Protocol, the 1925 Treaty was an attempt to regulate the form of the arbitration clause (effective for both present and future disputes), the legal place or seat of the arbitration, the method of selecting and replacing the arbitration tribunal, the form of the award and the enforcement of the award, including state guarantees as to conditions for such enforcement. It was introduced at the apogee of the Soviet Government's New Economic Policy, including its related policies on foreign concessions operating within the USSR. Its terms reflected the favourable approach taken towards international arbitration in the principal concession agreements granted by the USSR to foreign investors up to 1925, including the Mologales Concession with a German concessionaire (1923)², the Tetiuhe Concession with a Swiss concessionaire (1923–1924)³, the Lena Goldfields Concession with a British concessionaire (1925)⁴ and the Harriman Concession with a US concession-

¹ See: *V.V. Veeder*, 1922: The Birth of the ICC Arbitration Clause and the Demise of the Anglo-Soviet Urquhart Concession, in: G. Aksent, K.-H. Böckstiegel, P.M. Patocchi & A.M. Whitesell (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (ICC Publication No. 693), ICC Pub., 2005, p. 881–902 (see in Russian (with some amendments): 1922: proval anglo-sovetskoy kontsessii Urkvarta i zarozhdenie mezhdunarodnogo arbitrazha, *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration], 2006, No. 4, p. 162–184).

² *V.V. Veeder*, 21. Chancellor Wirth and the Mologales Concession 1923–1927: The German-Speaking Origins of the 1965 ICSID Convention, in: Chr. Binder, U. Kriebaum, A. Reinisch & St. Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer*, Oxford University Press, 2009, p. 377–405 (see in Russian: Reykhskanzler Virts i kontsessiya "Mologoles" 1923–1927 gg.: nemetskoyazychnoye proiskhozheniye Konventsii MTsUIS 1965 g., *Vestnik mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha* [International Commercial Arbitration Review], 2011, No. 1(3), p. 10–37).

³ *V.V. Veeder*, The Tetiuhe Mining Concession 1924–1932: A Swiss-Russian Story (Where the Arbitral Dog Did Not Bark), in: *Liber Amicorum Claude Reymond: Autour de l'arbitrage. Mélanges offerts à Claude Reymond*, LexisNexis; Litec, 2004, p. 325–342.

⁴ *A. Nussbaum*, Arbitration between the Lena Goldfields, Ltd. and the Soviet Government, *Cornell Law Review*, Vol. 36 (1950), No. 1, p. 31–53 (available at: <http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1582&context=clr>); *St.M. Schwebel*, International Arbitration: Three Salient Problems, *Grotius Publications Ltd.*, 1987, p. 35 ff.; *V.V. Veeder*, The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 47 (1998), Issue 4, p. 747–792 (part republished in: *Th.E. Carboneau & W.E. Butler*, *International Litigation and Arbitration: Cases and Materials*, 2nd ed., West Pub., 2013, p. 837); *S.N. Lebedev & N.G. Doronina*, Chapter 3. Arbitrating Russian

aire (1925)¹. It was by any standards the most advanced treaty on international commercial arbitration. Later, its terms influenced the establishment of the USSR's Maritime Arbitration Commission (hereinafter – MAC) and Foreign Trade Arbitration Commission (hereinafter – FTAC) in 1930 and 1932 respectively.

It is against this legal background for international arbitration that the work of Professor Nolde, Dr. Chlenov and Professor Pergament can be addressed, particularly the 1925 Treaty providing for international arbitrations seated in Germany and the USSR.

2.1. Professor B.E. Nolde (1876–1948)

Professor Nolde was the first Russian member of the Permanent Court of Arbitration at The Hague (hereinafter – PCA), appointed by the Czarist Government in 1914. The PCA had been founded, upon Russia's initiative and under the guidance of its principal delegate, Dr. F.F. Martens, at the Hague Peace Conferences of 1899 and 1907². Professor Nolde was a former student of Dr. Martens; he had attended the two Hague Conferences as Dr. Martens' legal secretary; and he was in 1914 the head of the legal department of the Czarist Ministry of Foreign Affairs. Later in 1917, as a "Kadet" minister in the Provisional Government, Professor Nolde was privy to the Ministry of Justice's attempt to modernise domestic arbitration in the form of a new draft law on arbitration prepared by Professor Pavel Mincz³. That

Concession Contracts: The Lena Goldfields Case, in: U. Franke, A. Magnusson & J. Dahlquist (eds.), *Arbitrating for Peace: How Arbitration Made a Difference*, Kluwer Law International, 2017, p. 45–54.

¹ V.V. Veeder, Lloyd George, Lenin and Cannibals: The Harriman Arbitration: The 1999 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, Vol. 16 (2005), p. 115–140 <https://doi.org/10.1023/A:1008946717852> (republished in: J.D.M. Lew & L.A. Mistelis, *Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration*, Sponsored by Freshfield Bruckhaus Deringer, Kluwer Law International, 2007, p. 257; see in Russian: Sovetsko-amerikanskiy arbitrazhnyy protsess Garrimana: Lloyd Dzhordzh, Lenin i kannibaly, *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration], 2005, No. 2, p. 98–108; No. 3, p. 66–78).

² V.V. Pustogarov, *Our Martens: F.F. Martens, International Lawyer and Architect of Peace*, Ed. & trans. by W.E. Butler, Kluwer Law International; Simmonds & Hill Pub. Ltd., 2000; for an informed fictional account Dr. Martens' life, see: J. Kross, *Professor Marten's Departure*, Trans. by A. Hollo, The New Press, 1984; The Harvill Press, 1995.

³ The draft arbitration law and commentary by Professor Mincz were published in the Ministry of Justice's *Journal of May-June 1917*, Issue 5–6, p. 154–209. In 2005, these materials were re-published in *Treteiskiy sud* [Arbitration Court] (Nos. 1–4) of 2005. This attempted reform addressed domestic arbitration in Russia (not international arbitration),

attempt was not completed before the October Revolution. In 1918, Professor Nolde was briefly arrested by the Soviet regime. In 1919, he emigrated to Paris, with his family. There, from 1920 onwards, he became a distinguished legal writer, historian and professor, especially in the fields of international law, comparative laws and Soviet law. At the time of his death in 1948, Professor Nolde was the President of the Institute of International Law. No full biography of him exists¹. We leave him in Paris in 1920; but he will return to the world of international arbitration in 1930 in the second Harriman arbitration (as related below).

2.2. Dr. S.B. Chlenov (1890–1937)

Dr. Chlenov was a "red professor" in Moscow, and a legal specialist in foreign trade and economic affairs for the USSR. In Ilya Ehrenburg's words, his friend was both a revolutionary and a sybarite². As to the "revolutionary", Dr. Chlenov was a political activist as a schoolboy in Moscow during the Czarist regime; and, as a young lawyer during the Provisional Government, he was active in litigation in Moscow to free political prisoners incarcerated by the Government. He was a Marxist; but not a CPSU member. Yet he was sufficiently close to leading Soviet figures in the 1920s for Ilya Ehrenburg to appeal to his friend for help in publishing his works in Soviet Russia. Little is known of Dr. Chlenov's legal education; but speaking excellent French and German, it is likely that he completed his legal studies in Berlin or Paris before 1914. As to the "sybarite", his contemporaries described him as a brilliant speaker, acid-tongued and an

but its concepts drew heavily from Roman and German laws. The draft made it easier to agree to arbitration without excessive formalities: a written arbitration agreement signed by the parties would suffice; and the parties could agree to arbitrate future disputes, as well as existing disputes. For a brief account of Professor Minc's life, see: *V.V. Veeder*, Chapter 10. Lessons for the Future from the Past: Individual Hedgehogs and Institutional Foxes (Tenth Kaplan Lecture, 23 November 2016), in: *International Arbitration: Issues, Perspectives and Practice: Liber Amicorum Neil Kaplan*, Kluwer Law International, 2019, p. 236 ff.

¹ For a brief accounts of Professor Nolde's life, see the references in: *V.V. Veeder*, Looking for Professor B.E. Nolde, *Jus Gentium: Journal of International Legal History*, Vol 3 (2018), No. 1, p. 275–280 (see in Russian: Po sledam professora B.E. Nolde, in: A.I. Muranov (ed.), V.A. Kabatov, S.N. Lebedev: *In Memoriam*. Recollections, Articles, Other Materials, 2nd ed., suppl., Statut, 2017, p. 423–429). There are few photographs of Professor Nolde; but a portrait by K. Somov is reproduced below (see Annex), said to be of Professor Nolde (although it may be of his son).

² *I.G. Ehrenburg*, *People and Life: Memoirs of 1891–1917*, Trans. by A. Bostock & Y. Kapp, MacGibbon and Kee, 1961, Vol. 1, p. 41–42; Vol. 2, p. 14, 100.

excellent jurist with an ironic sense of humour¹. Regrettably no Russian biography of him exists².

Dr. Chlenov played no active part the events of 1922 to 1925 regarding international arbitration. In 1922, he was absent from the Genoa and Hague Conferences. He was acting as counsel in the political trial of Social Revolutionaries in Moscow³. In 1923, he took part in the criminal trial in Lausanne of White Russians accused of assassinating the Soviet delegate to the Lausanne Peace Conference, V.V. Vorovsky. He was there acting as counsel to the victim's widow and young daughter; and he cross-examined the principal accused in the Swiss court⁴. In 1925, Dr. Chlenov was again acting as counsel in the political "Okladsky" trial in Moscow of a double agent in the Czarist Okhranka. Later in 1925, Dr. Chlenov moved to Paris, assigned to the USSR Embassy and the Soviet Trade Delegation. He took part in organising the USSR's Pavilion at the 1925 Paris World Exhibition of Modern Decorative and Industrial Arts, for which he was awarded a "diplome commémoratif" by the French Government⁵. This was a period of much increased trade between France and the USSR, involving Soviet organisations and Soviet law. France had only recognised the USSR *de jure* on 28 October 1924, its Government and courts having previously declined to apply Soviet law even in Russian personal and corporate matters arising in France. Dr. Chlenov remained in Paris as a legal adviser attached to the Soviet Embassy and Trade Delegation until his recall to Moscow in 1935. During these ten years, he was much occupied with French litigation regarding the status of the Soviet Trade Delegation and the recovery of former Russian state property, including vessels of the former Russian

¹ B. Frezinsky, Ilya Ehrenburg i Nikolay Bukharin, Voprosy literatury [Problems of Literature], 1999, No. 1.

² There are several pictures of Dr. S.B. Chlenov (see below (Annex) a photograph from about 1930 in the possession of his biographer, Boris Frezinsky (to whom I am much indebted for this material and other information)).

³ See: M. Jansen M. (Tr. Sanders), A Show Trial under Lenin: The Trial of the Socialist Revolutionaries, Moscow 1922, Martinus Nijhoff Pub., 1982; S.B. Smith, Captives of Revolution: The Socialist Revolutionaries and the Bolshevik Dictatorship 1918–1923, University of Pittsburgh Press, 2011.

⁴ V.V. Vorovsky was murdered on 10 May 1923 during the Lausanne Conference. The assassin, Maurice Conradi, and his alleged co-conspirator were acquitted by the Swiss courts on 16 November 1923, on political grounds. See: A.E. Senn, Assassination in Switzerland: The Murder of Vatslav Vorovsky, University of Wisconsin Press, 1981; see also: Paris Soir, 1923, 9 novembre, n° 36 (available at: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k76370033.item>).

⁵ This document came into the possession of Ilya Ehrenburg and is held by Boris Frezinsky.

Volunteer Fleet¹. For these purposes, Dr. Chlenov worked with a French avocat and professor of Russian origins, Me Grouber, a professional colleague of Professor Nolde in Paris².

In 1930, Dr. Chlenov was appointed by the USSR as its arbitrator in the Lena arbitration and the two Harriman arbitrations. On instructions from the USSR, he withdrew from the arbitration tribunal in the Lena arbitration, despite warning the USSR Main Concessions Committee that his deliberate withdrawal would not stop the arbitration (nor did it, leading eventually to an award adverse to the USSR). After the Lena arbitration, Dr. Chlenov came to London to attend the Anglo-Soviet Debts and Claims Commission in October 1930. He was a member of the main committee co-chaired by Lord Goschen (for the United Kingdom) and Professor E. Preobrazhensky (for the USSR). Earlier, from 1926 onwards in Paris, Dr. Chlenov had also been closely involved in the USSR's debt negotiations with the French Government³. Neither of these debt negotiations over several years led anywhere, still less to any form of arbitration to resolve these States' respective monetary claims and counterclaims.

In 1935, back in Moscow, Dr. Chlenov worked in the legal department of the USSR Ministry of Foreign Affairs and as the head of the legal department in the Academy of Foreign Trade. That year, he published an article advocating the USSR's participation in the 1923 Geneva Protocol and the 1927 Geneva Convention⁴. Although the USSR was now a member of the League of Nations (from September 1934), it did not accede to these multi-lateral treaties. However, Dr. Chlenov thereby helped to keep alive the flame of international commercial arbitration, in Moscow already maintained by the

¹ See, for example, the Anglo-French litigation in: *Herzfeld v. Dobroflot*, (1925) LL L 166; and (as regards the Trade Delegation) Clunet 58 (1931), p. 413.

² Alexandre Grouber (1886–1948), born in Odessa, graduated from the Paris law faculty (1909), agrégé and professor at Dijon University (1921–1940, 1945–1948). Grouber and Nolde shared co-authors for several of their legal publications, especially the Russian jurist in Paris, Dr. P. Tager (see, for example: *B. Eliachevitch, B. Nolde & P. Tager*, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, t. I–III, LGDJ, 1930–1931; *A. Grouber & P. Tager*, *La révolution bolchevique et le statut juridique des Russes: Le point de vue de la jurisprudence française*, Clunet, 1924, p. 8–27; *Idem*, *La condition des étrangers dans l'Union des Républiques Soviétiques*, Clunet, 1925, p. 307).

³ *M.J. Carley*, *Silent Conflict : A Hidden History of Early Soviet-Western Relations*, Rowman & Littlefield, 2017, p. 306 ff.

⁴ *S.B. Chlenov*, *Arbitrazhnaya ogovorka v dogovorakh s inostrannymi firmami* [Arbitration Clause in Contracts with Foreign Firms], *Vneshnyaya trgovlya* [Foreign Trade], 1935, No. 13, p. 3–4.

recent creation of MAC and FTAC¹. In August 1936, Dr. Chlenov was arrested at the same Moscow apartment where he had been arrested by the Czarist Okhrana in February 1907, as a 17 year old revolutionary schoolboy friend of N. Bukharin. Dr. Chlenov was repressed in May 1937². Despite attempts in the 1950s by his former colleagues at the USSR Ministries of Foreign Affairs and Foreign Trade (with, especially, Ilya Ehrenburg), Dr. Chlenov was not rehabilitated until 1991.

2.3. Professor M. Ya. Pergament (1866–1932)

Before 1917, Professor Pergament was a professor of civil law in St. Petersburg, having studied German, French and Roman law in Berlin. In 1911, under political pressure from the Czarist regime, he had been forced to resign his chair; but he was restored to his post by the Provisional Government in March 1917. His students included Professor D.M. Genkin. As fellow law professors in St. Petersburg, he and Professor Nolde would have known each other. In September 1918 under the Soviet regime, Professor Pergament was briefly arrested, but released following an intervention by Maxim Gorky. He then worked as a legal adviser in the Foreign Affairs Commissariat until 1924, when he was sent to China as the principal legal representative of the Soviet Trade Delegation in Beijing to negotiate a trade agreement between the USSR and China. In 1927, following the armed raid by Chinese troops on the Soviet Embassy and the suspension of Soviet-Chinese diplomatic relations, Professor Pergament returned to the USSR. There, he resumed his lectures at Leningrad University and his work for the Foreign Affairs Commissariat. As its legal adviser, Professor Pergament addressed (inter alia) issues of international law relating to the USSR's liability for Czarist debts, the extra-territorial application of Soviet laws and, as with Dr. Chlenov, the recovery of Russian state property abroad. In December 1930, he travelled to Washington DC, USA to take part as an expert on Russian and Soviet law in the continuing litigation over the Russian Volunteer Fleet in the USA.

¹ Dr. Chlenov likely had some involvement in the formation of FTAC and MAC in 1930 and 1932; but I have been unable to find any documentation recording such a connection (then or later).

² It remains unclear why Dr. Chlenov was arrested (see: *Conquest R.*, *The Great Terror: A Re-assessment*, Oxford University Press, 1990, p. 523). There is no evidence that it had anything to do with his work as an arbitrator. However, the USSR Trade Delegation's payments of legal fees to Me Grouber in Paris appear to have served as a pretext for the allegation that Dr. Chlenov operated a secret "fund" for a Trotskyite terrorist organisation with (inter alios) Me Grouber. In the absence of any close relative (Dr. Chlenov died unmarried, with his only sibling long deceased, seemingly without issue), the relevant Soviet archives are not publicly available.

It culminated in the judgment of the US Supreme Court, ostensibly favourable to the USSR¹. In 1931, following its creation, Professor Pergament was appointed an arbitral member of MAC.

Earlier in 1930 as regards international arbitration, Professor Pergament acted as a senior legal representative of the USSR in the Lena Goldfields arbitration in Berlin. The USSR objected to the jurisdiction of the arbitration tribunal appointed by the parties under the arbitration clause in their 1925 concession agreement. As a result, the USSR withdrew from the arbitration; and (as already indicated) it also instructed its arbitrator, Dr. Chlenov, not to attend the hearings of the arbitration in Berlin and (later) London. Having abandoned the arbitration, the USSR commissioned Professor Pergament to publish two papers in 1930 on the merits of the USSR's jurisdictional objection and defence in the Lena arbitration², the nature of which still divides arbitration specialists. Some see the objection as an unwarranted attack on the legal separability (or autonomy) of an arbitration clause; and others see it as a more legitimate criticism of the scope of an existing reference under an arbitration agreement enlarged by one party unilaterally and (therefore) improperly³. As regards the deliberate absence of the USSR as a party and of its arbitrator, the parties' arbitration clause expressly provided that the remaining members of the tribunal could proceed in their absence (as they did). Professor Pergament died in 1932. (His niece, Aleksandra Iosifovna Pergament (1903–1990) also became a Soviet law professor, married to Professor Genkin.) There is no biography of Professor M.Ya. Pergament⁴.

3. The 1925 Soviet-German Treaty

Dr. Chlenov and other Soviet arbitrators played a significant role in arbitrations between German companies and Soviet entities under contractual

¹ *Russian Volunteer Fleet v. USA*, 282 U.S. 481 (1931) (the court record is published in the USA by Gale, MOM – the Making of Modern Law).

² *M.Ya. Pergament*, Lena Goldfields, (1930) 12 *Mezhdunarodnaya zhizn* [International Life], 1930, No. 12, p. 43–69; *Idem*, in: Documents Concerning the Competence of the Arbitration Court Set up in Connection with the Question Outstanding between the Lena Goldfields Company Limited and the U.S.S.R., Central Concessions Committee of the U.S.S.R., 1930.

³ *Nussbaum*, Op. cit.; *Schwebel*, Op. cit.; *Lebedev & Doronina*, Op. cit.; *Veeder*, The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas.

⁴ There are several photographs of Professor M.Ya. Pergament: one is reproduced below (see Annex).

arbitration clauses made under the 1925 Treaty. These cases, although poorly reported, confirmed important practical developments for international arbitration. This paper considers three such arbitrations¹.

3.1. The Soviet Eggs Arbitration

The 1925 Treaty contained a special provision to replace a recalcitrant arbitrator who refused to fulfil his duties as arbitrator. It was modelled on the equivalent provision in the German Civil Procedural Code, but with an important difference expressly requested by the Soviet Government during the 1925 Treaty's negotiations. It provided:

“Should an arbitrator, who has not been designated in the arbitration agreement, die or be unable to act in this capacity for any other reason, or should he refuse to accept or fulfil the duties of the office of arbitrator² the party who has appointed him, or on whose behalf he has been appointed in virtue of Article 3(1), second paragraph, must at the request of the opposing party, within two weeks after the receipt of this request, appoint another arbitrator in the manner laid down in Article 3(1), first paragraph. If on the expiration of this period the arbitrator has not been appointed, he shall be designated in conformity with Article 3(1), second paragraph. Should an umpire who has not been designated in the arbitration agreement, die or be unable to act in this capacity for any other reason or should he refuse to accept or fulfil the duties of the office of arbitrator, the arbitrators must immediately by common agreement choose another umpire. Should the arbitrators be unable to agree on this point, the procedure laid down in Article 3(2) shall apply by analogy. The provisions of the present Article shall only apply in the absence of other agreement”.

Thus, the Soviet Government had insisted that the ground for removing and replacing a recalcitrant arbitrator or umpire should be limited to cases where he *refused* to fulfil his duties, as distinct from merely *failing* to act³ (the replacement procedure under Art. 3 of the 1925 Treaty involved

¹ The accounts of these three arbitrations are compiled from US and German state archives. (Better sources must exist in the Russian archives, as yet unlocated.)

² In the German text of the 1925 Treaty, this critical phrase is: “...[wenn ein Schiedsrichter] die Ausführung des Schiedsrichteramtes verweigert”.

³ As the German Government's official commentary on Art. 3 explained (in English translation): “These Articles mainly follow the provisions of the German Civil Procedural Code, Arts. 1031 to 1033. Nevertheless it was agreed that undue delay in fulfilling his duties by the arbitrator shall not be a special reason for replacing an arbitrator; this provision was not included in the Treaty at the wish of the Russian Government. But it may be possible to equate undue delay in fulfilling his duties with a refusal to fulfil the duties of an arbitrator” (Inter-

the state courts of Germany and the USSR, depending upon the seat of the arbitration).

On 3 September 1925, a German company, Internationale Warenaustausch AG (hereinafter – IWA), concluded an agreement with a Soviet state organisation (Chlebprodukt) to market as its sole European distributor Soviet eggs exported from the USSR¹. The agreement contained an arbitration clause providing for arbitration in Moscow; and it was to run for at least three years, applying to 1,500–2,500 railway wagons annually, amounting in all to over 70 million Soviet eggs. Multiple disputes soon arose between the parties with both advancing claims and counterclaims. In particular, according to IWA, the Soviet authorities were unlawfully supplying Soviet eggs to third parties in Western Europe. In retaliation, the USSR Supreme Economic Council (VSNKh) prohibited Chlebprodukt from further exporting any Soviet eggs to IWA. Chlebprodukt also referred the parties' disputes to Moscow arbitration under their agreement's arbitration clause, under the 1925 Treaty. The Soviet supplier appointed a Soviet arbitrator; IWA appointed a German arbitrator; and these two arbitrators appointed a Soviet "umpire", acting as third arbitrator and president of the arbitration tribunal. So far, the story is wholly uninteresting save to specialists in the history of peripatetic Soviet eggs. However, what happened next was significant to the development of the "truncated tribunal" for international arbitration.

The Soviet president convened the parties and his two arbitral colleagues to a hearing of the arbitration in Moscow. On receipt of this summons in Berlin, the German arbitrator (Mr. Kogan) stated that he already had a prior business engagement and communicated his unavailability to the president. The president had given him only four days' notice of the hearing; but short notice was not Mr. Kogan's complaint. The Soviet president then re-convened the hearing in Moscow on another date. Again, on receipt of this second summons in Berlin, Mr. Kogan indicated that he had a different prior business engagement and once more excused himself. In order to ensure that the next hearing date would be attended by three arbitrators, it appears that the Soviet party then applied to the President of the RSFSR Supreme Court for an order

nationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil- und Handelssachen, Bd. 1 (1926), S. 221).

¹ The account of this Moscow arbitration is revised from: *V.V. Veeder*, The Natural Limits to the Truncated Tribunal: The German Case of the Soviet Eggs and the Dutch Abduction of the Indonesian Arbitrator, in: R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger & J. Bredow (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21 Century / Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Heymanns, 2001, p. 795–806.

(which was granted) removing Mr. Kogan as an arbitrator and replacing him with a substitute arbitrator, Mr. Combarz (a Soviet national). These three Soviet arbitrators eventually made a unanimous award in Moscow on 29 April 1927 in favour of Chlebprodukt, with costs. Chlebprodukt then sought to enforce the award against IWA in the German courts under the 1925 Treaty.

Both the Landgericht and the Kammergericht in Berlin (sitting as a court of appeal) refused to enforce the award on the ground that the German arbitrator's removal by the Soviet Court could not be justified under the 1925 Treaty. The Treaty allowed an arbitrator's removal only in the event that the arbitrator should "refuse to... fulfil the duties of arbitrator". Only then was the arbitrator to be replaced by a fresh nominee from the party originally appointing him (*i.e.* IWA); and only where such nomination had not been made by that original party within two weeks of the other party's request, could the other party apply for an order from the Soviet Court appointing a replacement arbitrator. The Kammergericht's reasoning in its judgment of 28 February 1928 (Judges Kamps and Fabisch) decided (as here translated into English):

"<...> In this case, the Appellant [Chlebprodukt] considered that the arbitrator Kogan had refused to fulfil the duties of arbitrator; and it therefore applied for and obtained, as provided in Art. 3(1)(b) [of the 1925 Treaty], the appointment of a different arbitrator by the President of the Supreme Court of the Soviet Republic responsible. However, there was no refusal and hence the condition precedent on which the President of the Supreme Court appointed a substitute arbitrator was not met. The Appellant itself and also the arbitration tribunal concluded that Kogan refused to fulfil his duties as arbitrator from the fact only that he did not attend the two hearings scheduled for 6 and 22 November 1926. In actual fact, the arbitrator Kogan had excused his absence from both hearings on the ground that he was unavailable because of business engagements. It cannot be inferred therefrom that he wanted to discontinue his further contribution as an arbitrator.

Be that as it may, undue default in fulfilling obligations accepted might also be regarded, where appropriate, as a refusal to carry out the office of arbitrator; but it must be borne in mind that according to the German Government's Memorandum (printed in: Reichstag Gazette, 1924–1925, No. 1551, p. 57 et seq., in particular p. 55) which was issued with the Treaty, the provision for undue default was not included in the Treaty as a special ground for appointing a substitute arbitrator at the Russian Government's express request. As a result of this, only in very exceptional circumstances can such a default be regarded as a refusal to carry out the office of arbitrator and also only when the matter is entirely free of doubt. This is entirely absent in the

instant case. The arbitrator Kogan did not, until 2 November, receive his summons to the hearing on 6 November 1926. It may be that there was a way of travelling to Moscow within this period, but an obligation to set out on such a journey in such a short time, disregarding all other engagements, simply to discharge the office of arbitrator, can in no way be accepted.

Be that as it may, the arbitrator Kogan was summonsed in time for the hearing on 22 November, as he had received that summons back on 8 November 1925. However, the arbitrator had already pointed out previously that (because of negotiations which were to be conducted with a member of the Appellant's Board of Directors in Berlin) his presence in Berlin would be necessary until the end of these negotiations. He had also already claimed that the due performance of his office as arbitrator required him, without fail, to conduct a serious study of the statement of case and other pleadings. These grounds of excuse are wholly adequate; and it was not right for [Chlebprodukt] unilaterally to seek the appointment of a substitute arbitrator on the ground of the arbitrator Kogan's refusal to carry out his duties as arbitrator because it did not consider the attendance of the arbitrator Kogan and a study of the case to be necessary. Not only is there no refusal, but there is not even undue default in the arbitrator Kogan's conduct.

It should be added that the quite unilateral way the umpire — without first getting in touch with the other arbitrators, and the arbitrator Kogan in particular — set down hearings irrespective of the latter's interests, was likely from the outset to prevent the arbitrator Kogan's attendance at the hearings. Although an umpire of an arbitration tribunal is authorised alone to set down hearings, if he does not want to obtain the arbitrators' consent, he must then have at least as much regard to the arbitrators' other interests as to ask them whether and what time would suit them and, where appropriate, to have regard to objections as to the timing. This is what the umpire failed to do. Nor can the absence of the arbitrator at hearings which are set down in disregard of that arbitrator be regarded as a default or even refusal. <...>".

Accordingly, the Moscow award was not enforced or recognised in Germany under the 1925 Treaty. Today still, there is an important distinction between an arbitrator's deliberate refusal to act and a mere failure to act, as illustrated by this case. Although the phrase "truncated tribunal" was not used expressly in the appellate judgment and the 1925 Treaty, the concept is readily recognisable. With the same distinction, it is the historical precursor to the equivalent provisions in Art. 13(2) of the 1976 UNCITRAL Arbitration Rules and Art. 14 of the 1985 UNCITRAL Model Law. It is also to be distinguished from an arbitration clause which expressly provides a remedy for a truncated tribunal, as (for example) Art. 12 of the 2014 LCIA Rules

and Art. 15 of the 2017 ICC Rules, as also the arbitration clause in the Lena Goldfields concession agreement¹.

3.2. *The Hamburg Arbitration*

The second arbitration, held in Hamburg (Germany), concerned a dispute between a German company and a Soviet state trading organisation, each of whom had appointed a German and a Soviet arbitrator respectively in accordance with their contract's arbitration clause under the 1925 Treaty. The third arbitrator, a German national, was appointed by the German Court, as also provided by the parties' arbitration clause and the 1925 Treaty². In Moscow, the resulting award, adverse to the Soviet state trading organisation, was the subject of an article published in *Izvestia* on 18 August 1933 by Professor A.G. Goikhbarg, the deputy head of the USSR Ministry of Foreign Trade's Legal Department³. The following account comes from Professor Goikhbarg's article (here translated into English):

"The president informs us of the award. In it, he states that the award was made in the presence of the members of the arbitration tribunal; and then the signatures follow: signed by the president, signed by the arbitrator appointed by the company, signed by the arbitrator appointed by us. Our arbitrator explains that he was not present during the making of the award, that he never saw the award and for that reason also he naturally did not sign it. The president responds: 'As I was certain that we were all in agreement, I took the liberty to write that the award was pronounced in the presence of all parties; as regards the signature of the Soviet arbitrator, I indeed made a mistake by signing on his behalf; but this is actually irrelevant as he did not even need to sign the award'. Our arbitrator requests the [German] state court, with respect to the above explanations and the president's acknowledgement, to declare the arbitration award to have been made unlawfully. The court dismisses the application by recognising the conduct of the president as normal. <...>".

The president of the tribunal's last comment, apparently approved by the German Court, assumed that even without the consent of the Soviet arbitrator, the award would be effective as a majority award agreed and signed by

¹ See generally for the historical concept of the truncated tribunal: *Schwebel*, Op. cit., p. 144 ff.; for the Lena concession agreement's arbitration clause see: *Veeder*, *The Lena Goldfields Arbitration: The Historical Roots of Three Ideas*, p. 790.

² The German archives do not identify the names of the parties or the arbitrators.

³ Professor A.G. Goikhbarg had been one of the draftsmen for the 1922 Soviet Civil Code and earlier Czarist drafts for a new Russian civil code.

the president and the German arbitrator. This was then a legal fallacy; and it would now be universally regarded as perverse.

In international arbitration, there must necessarily exist a collegiate decision-making process for any award by a tribunal comprised of more than one arbitrator. The general principle of collegiate deliberations between arbitrators is well-established. The classic approach was described by Professor René David (in 1985): "It is unanimously admitted that, if there is more than one arbitrator, the award must be made after a deliberation in which *all* the arbitrators have taken part" (emphasis added). Professor Claude Reymond wrote (in 1995): "No matter what form proceedings take, it is essential that the deliberations be organized in such a way that *all* arbitrators can participate. It is up to the president to arrange this, although the choice of method of deliberation may be an internal procedural decision to be made by the tribunal and, in case of any disagreement, by the majority" (emphasis added)¹. This general principle operates even where the collegiate approach is not explicit in national legislation or institutional rules of arbitration applicable to the arbitration, as a matter of international public policy. Thus, although now an award need not be signed collectively in the physical presence of all the arbitrators (with few quixotic exceptions required by certain national laws), collegiate deliberations remain essential up to, at least, the point where a dissenting arbitrator declares his or her unequivocal dissent from the opinion formed by the majority of the tribunal. That was not the case in this Hamburg arbitration. Also, of course, it was (and remains) impermissible for the president of an arbitration tribunal to forge the signature of another arbitrator in the award.

3.3. *The Berlin Arbitration*

The third arbitration, held in Berlin, concerned a dispute between a German company, Maschinenfabrik Meer AG of Mönchen-Gladbach (as seller), and the USSR Trade Representation in Berlin (as purchaser) arising from a commercial contract of sale dated 8 July 1932 made in Germany. The parties disputed whether the price to be paid to the German company for the

¹ R. David, *Arbitration in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Pub., 1985, p. 315 (see in French: *Idem*, *L'arbitrage dans le commerce international*, Economica, 1982, p. 436); Claude Reymond, *The President of the Arbitral Tribunal*, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 9 (1994), Issue 1, p. 12 <https://doi.org/10.1093/icsidreview/9.1.1>; see further: E. Gaillard & J. Savage (eds.), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, p. 746–753; J.-F. Poudret & S. Besson, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant; LGDJ; Schulthess, 2002, p. 689 ff.; see also: *Bank Mellat v. GAA Development and Construction Co.*, [1988] 2 Lloyd's Rep. 44, 50–51 (Steyn J).

machinery exported to the USSR was to be made in devalued US Dollars (as the Trade Representation maintained) or in more valuable German currency (as the German company maintained). The sale contract contained an arbitration clause providing for the arbitration of disputes before a three-arbitrator tribunal in Berlin under German law, made pursuant the 1925 Treaty. The German company nominated as its arbitrator a German national, who was the retired director of a German steelworks company (identified in the German state archives as “Herr Verlohr”). The USSR Trade Representation nominated as its arbitrator Dr. S.B. Chlenov. On 25 October 1933, as prescribed by the 1925 Treaty and the parties’ arbitration clause, the President of the Kammergericht in Berlin appointed as third arbitrator and president of the arbitration tribunal, a German state judge called Dr. Lehmberg. Dr. Lehmberg was a strident supporter of the German Nazi Party.

Much had taken place in 1933 since the parties had agreed their contract in 1932, affecting not only German-Soviet relations but also the qualifications required by German law of judges and, significantly for present purposes, arbitrators in Germany. On 30 January 1933, Hitler had become Chancellor. The Nazi Government had begun immediately to implement its totalitarian and racial policies throughout Germany. By October 1933, the date of Dr. Lehmberg’s appointment as third arbitrator, the State President had issued the Decree “for the Preservation of the German People” of 4 February 1933, the Reichstag building had conveniently burnt down on 27 February 1933; the State President had issued the Decree “for the Protection of State and People” on 28 February 1933; a national election had ostensibly confirmed Nazi rule on 5 March 1933; and the Nazi “Enabling Act” of 23 March 1933 had granted Hitler dictatorial powers (the “Ermächtigungsgesetz”).

As regards German lawyers specifically, the Nazi Government had issued on 7 April 1933 the “First Act for the Restoration of the Professional Civil Service”, directed at excluding “Non-Aryans” from German public service, including the German judiciary and German academic professors¹. It was accompanied, also on 7 April 1933, by an “Act on the Admission to the Legal Profession”, likewise directed at excluding “Non-Aryans” from the German legal profession². In 1933, the enforced emigration from Germany of German judges, lawyers and professors began, including those well-known in the field of international arbitration (then or later), such as Otto Kahn Freund (then a judge in the Berlin Labour Court); E.J. Cohn (then Professor of Private Law

¹ Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums (RGBl. I S. 175) (with implementing legislation).

² Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft (RGBl. I S. 188).

at Breslau University), F.A. Mann (then a lawyer in private practice), Clive Schmitthoff (then a lawyer practising in Berlin), Martin Domke (then also a lawyer in Berlin), Arthur Nussbaum (then teaching at Berlin University's Law Faculty), Martin Wolff (to become a colleague and co-author of Professor Nolde in Paris) and Dr. Frédéric Eisemann (to become a legal adviser at the ICC in Paris from 1934 onwards)¹. As regards arbitrators, § 1032(3) of the new Nazi ZPO provided that no person whose legal capacity had been restricted by law could be appointed as an arbitrator in an arbitration in Germany². Thus, under the Nazi ZPO, "Non-Aryans" could not be German arbitrators. The leading German textbooks on civil and arbitral procedure were to confirm this general prohibition³.

These events had two immediate effects on the pending arbitration, the first regarding Dr. Lehmberg and the second regarding Dr. Chlenov. As a German judge, Dr. Lehmberg had published an article in the journal "Preußische Justiz", No. 44 of 19 October 1933, entitled "Volksverbundenheit der Richter" (in English: "Judicial Solidarity with the People"). It contained the following passage (here translated into English):

"One often hears the argument that a judge requires neither lectures nor instructions on his inner attitude and outward behaviour, nor allow himself to be directed; and that this would not be consistent with the high duties of a servant of the law. These judges should note that National Socialism, which has come to power, desires only such laws and such applications of the law as are of benefit to the immortal German people and that judicial objectivity finds its limits in the majesty of our awakened nation. Conformity and sacrifice are only required from the individual in order to pave the way towards higher national freedom".

Dr. Lehmberg thereby expressed an overriding judicial duty to recognise the "majesty of the awakening nation", acknowledging the supremacy of Nazi ideology. Such a paramount supremacy over the rule of law had previously been publicly advocated by (inter alios) Dr. Hans Frank, Hitler's personal lawyer, a Bavarian minister and the President of the Academy of German Law.

¹ See also: J. Beatson & R. Zimmerman (eds.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, Oxford University Press, 2004.

² § 1032(3) ZPO (1933) on persons legally incompetent to act as arbitrators (for Nazi laws racially discriminating against German lawyers generally, see: J. Beatson & R. Zimmerman (eds.), *Jurists Uprooted: German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain*).

³ See: M. Jonas (Hg.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 16. Aufl., Mohr Siebeck, 1939, § 1032 ZPO; A. Schönke, *Die Schiedsgerichtsbarkeit in Zivil- und Handelssachen in Europa*, Vol. 1, Heymanns, 1944, S. 86, 107.

The Soviet Trade Representation challenged Dr. Lehmberg for bias in legal proceedings brought before the Landgericht in Berlin on 24 November 1933, seeking an order for his removal as president of the arbitration tribunal. A renewed application was made on 13 March 1934. On 25 April 1934, the Landgericht refused the application on a procedural formality, namely that it was not signed by a legal attorney on the court register. On appeal by the Soviet Trade Representation, the Berlin Kammergericht (acting as a court of appeal) dismissed the application on its merits on 29 June 1934, with a formal judgment dated 3 July 1934. Dr. Lehmberg remained the tribunal's president.

In the meantime, pending these legal proceedings, Dr. Chlenov had refused to take part in the arbitration. As an arbitrator in an arbitration seated in Germany he was of course a foreigner, a Soviet citizen and a "Non-Aryan" as now defined by German law (as with 99% of his fellow Soviet citizens). The German company challenged him as an arbitrator and required the Soviet Trade Representation to name a replacement arbitrator, qualifying as an "Aryan" under German law. When the Soviet Trade Representation declined to do so, the company made an application to the Landgericht in Berlin for the appointment of a replacement "Aryan" arbitrator under the 1925 Treaty. By this point, the German Government had become involved, following diplomatic exchanges between the USSR and Germany. These led to a somewhat surprising result, given the circumstances.

The legal department of the German Foreign Ministry (the "Auswärtiges Amt" or "AA") was requested by the German Government (for the benefit of the German court) to express its legal opinion on the compatibility of the Nazi ZPO disqualifying "Non-Aryan" arbitrators under German law with the terms of the 1925 Treaty under international law. The AA's legal department's opinion dated 15 January 1934 explained that an international arbitration in Germany under the 1925 Treaty was materially different from a domestic German arbitration. The 1925 Treaty provided for international arbitration in either Germany or the USSR, with the right of the Soviet party in both cases to appoint as its arbitrator any national of the USSR. There were, as the opinion recognised, few "Non-Aryans" in the USSR as now defined by Nazi laws; and such a limitation on qualified nationals would therefore subvert the object and purpose of the 1925 Treaty, effectively requiring the Soviet party to appoint an "Aryan" *German* arbitrator and not a *Soviet* arbitrator at all. As the opinion concluded: "In actual fact it cannot be dismissed that the interests of the USSR may be negatively affected by the carrying out of the new German law. <...> For the Russians, there would therefore be a significant restriction to the group of persons whom they may appoint as arbitrators in Germany". The AA's legal opinion advised that the prohibition on "non-Aryan arbi-

trators" in the Nazi ZPO referred only to such persons "who can also be considered in Germany as officials ['Beamte'], i.e. only German members of the Reich". It did not apply to Soviet nationals appointed as arbitrators to an international arbitration tribunal under the 1925 Treaty. From a sense of caution, this opinion was subject to confirmation by the Ministry of Justice (whose legal experts had drafted the Nazi ZPO). The German Ministry of Justice confirmed the AA's legal opinion.

Thus, the German company's objection to "a non-Aryan" Soviet arbitrator appointed by the Soviet Trade Representation to this arbitration in Berlin was rejected by the German Government's own arbitration specialists in the Foreign Ministry and Ministry of Justice under the 1925 Treaty. Dr. Chlenov was not disqualified under the Nazi ZPO and, so it seems, remained an arbitrator in the arbitration. Given the political times, this was a somewhat unusual and brave legal opinion. Yet, its reasoning makes complete sense to us, quite apart from the rejection of the infamous Nazi ZPO. For many purposes, domestic arbitration is different in principle from international arbitration, particularly an international arbitration taking place under a treaty; and that distinction remains an important factor under many national laws on arbitration. (The end-result of this Berlin arbitration is not recorded in the German state archives.)

In Moscow, the German Court's decision not to remove Dr. Lehmberg was also the subject of the article published in *Izvestia* by Professor Goikhbarg. He deplored the malign political influence of Nazi ministers on German judges, such as Dr. Frank. He suggested that Soviet-German commercial disputes should be arbitrated not in Germany but "at some neutral location", thereby questioning the continuing efficacy of the 1925 Treaty. As he concluded, ironically: "There only remains one question: why use complicated formulas? Why make up far-fetched reasons? A short form of order can be drawn up and sent to all arbitration tribunals and state courts in Germany; namely: 'Heard: A case involving a Soviet party; Decided: Judgment against the Soviet party'. However, this also results in the following further question: Can the Soviet party still accept this disarray?"

In brief, after 1933 there seem to have been few arbitrations under the 1925 Treaty despite attempts by the two States to amend its terms in 1936. In practice, for Soviet users, such troubled arbitrations could serve no useful purpose in Germany under the Nazi regime.

3.4. The Second Harriman Arbitration (1930)

In 1930, Professor Nolde was appointed as a co-arbitrator in the continuing dispute between the USSR and the US foreign investor, Averell Har-

riman & Co. of New York, under the Harriman Concession. The dispute concerned manganese mines in Chiatura (Georgia) granted by the USSR to Harriman under their 1925 concession agreement. It was one of the largest foreign concessions ever granted by the USSR. The dispute had already been referred once to international arbitration, leading to an amicable settlement between the parties. The settlement agreement contained an arbitration clause almost identical to the arbitration clause in the concession agreement; but it substituted the Sorbonne (Paris) for Oslo University as the appointing authority for the presiding arbitrator. The performance of this settlement by the USSR gave rise to a further dispute between the parties, requiring the appointment of a second arbitration tribunal in Paris. The USSR again appointed Dr. S.B. Chlenov as its arbitrator (as already indicated, Dr. Chlenov had been the USSR's appointed arbitrator in the first Harriman arbitration, as also the Soviet arbitrator appointed in the Lena Goldfields arbitration). Harriman appointed Professor Nolde as its co-arbitrator. By 1930, there can be little doubt that Nolde and Chlenov already knew each other as Russian lawyers and long-term residents in Paris, despite their different political affiliations. As with the first arbitration, however, the parties amicably resolved their further difference in the form of a second settlement without proceeding to the appointment of a third arbitrator or a final award¹.

4. 1946–1958

In June 1946, Soviet arbitration specialists attended the first conference convened by the ICC in Paris, with a view to agreeing a uniform procedural law for international arbitration and improving upon the system of enforcing arbitration agreements and awards under the League of Nations' Geneva Protocol of 1923 and the Geneva Convention of 1927. An earlier attempt to do so by Professor René David, then of UNIDROIT, had failed in 1936. The so-called UNIDROIT draft model law had then been successfully opposed by the United Kingdom for reasons which now seem at least obscure, if not mistaken. Neither the USSR nor the USA, for different reasons, had acceded to the arbitration treaties of the League of Nations. In 1946, only one year after the cessation of hostilities against Germany, arbitration specialists from many countries met for three days at the ICC's headquarters in Paris to plan what became the ICC's draft treaty of 1952/1953, leading eventually to the United Nations' 1958 New York Arbitration Convention. It is significant that

¹ *Veeder, Lloyd George, Lenin and Cannibals: The Harriman Arbitration: The 1999 Freshfields Lecture*, p. 135.

these specialists did not formally represent States, but attended as members of a community of international arbitration users and practitioners.

The names in the ICC's minutes of this meeting of June 1946 are familiar¹. They include Dr. Pieter Sanders, then still the secretary to the Dutch Prime Minister; René David, now a Professor in Paris; also from France, Me Jean Robert and Me René Arnaud; and from the ICC itself, Dr. Frédéric Eise-mann. There were other specialists from many international institutions: the International Law Association, the Inter-American Commercial Arbitration Commission and the Canadian-American Commercial Arbitration Commis-sion, and others. The British specialists included Sir Kenneth Lee, a banker, and Mr. J.G. Allanby, the Registrar of the London Court of Arbitration (now the "LCIA").

The Soviet specialists came from MAC and FTAC, including Profes-sor Dmitri Ramzaitsev. He was a senior law professor and a legal specialist in foreign trade and international commercial arbitration. The USSR was not indifferent to the development of international commercial arbitration. It was to be one of the first Contracting States to accede to the 1958 New York Arbitration Convention, in 1961 (the United Kingdom did so only in 1975). Why was this so for the USSR? The answer must lie in the pragmatic requirements of Soviet foreign trade organisations as existing users of inter-national arbitration, together with the historical experience (good and bad) of its arbitration specialists in the 1920s and 1930s. "Nothing comes from no thing". The arbitral flame had survived.

5. Conclusion

In conclusion, the lesson from this European story is, I suggest, three-fold. First, developments for international arbitration are not confined to States. They are materially influenced, if not decided, by a community of arbitra-tion specialists close to the users of arbitration. These specialists may have very different backgrounds, as exemplified by Professor Nolde, Dr. Chlenov, Professor Pergament and the German legal advisers in the Ministries of Fo-reign Affairs and Justice. Yet, they shared a common interest in arbitration as a necessary system for the peaceful settlement of international commercial disputes. Without a community of like-minded arbitration specialists after 1945, could there have been the 1958 New York Convention, the 1961 Euro-

¹ I record my thanks to Professor Jérôme Sgard (Sciences-Po, Paris) for the copy of these ICC minutes which he found in the archives of Columbia University, NY, USA. Relevant ICC archives remain difficult to find and access, notwithstanding recent valiant remedial efforts by the ICC.

pean Convention on International Commercial Arbitration (with its Annex and Special Committee designed to promote East-West trade) or any of the subsequent arbitral texts from UNCITRAL in 1976 and 1985, to the present day? The question, in my view, answers itself.

Second, in the long term, the involvement by States (including State courts) in the process of international arbitration does not easily prevail where it conflicts with the common interest of its users represented by a community of arbitration specialists, as illustrated by the “Meer” Berlin Arbitration. I take a more recent example where the ink is not yet dry on the blank piece of paper; namely: the European Union’s radical policy to replace the current system of international arbitration between foreign investors and host States with a permanent international investment court and appellate court appointed and controlled by States (subject to the supremacy of EU law)¹. As a supplementary consensual forum to decide such disputes, it could be welcomed. However, if its potential users, particularly investors and their home States, see it as a wholesale departure from their needs, it will fail. For the EU’s initiative, as with all other proponents of radical change, the risk of starting with a blank piece of paper may mean that it will fail in actual practice, however elegant in political and legal theory. If it does not work “bottom up”, it cannot work “top down”.

Third, the modern history of international commercial arbitration is curiously incomplete as to archival materials (as noted by Lord Mustill), but also, unnecessarily, as to geography. Hitherto, historical studies have been largely confined to the countries of Western Europe, principally France. As French scholars have shown in an exemplary manner, the history of arbitral practice informs the development of international arbitration to the benefit

¹ This initiative currently forms the subject-matter of UNCITRAL’s Working Group III on Investor-State Dispute Settlement Reform. The European Union’s policy extends to the attempted invalidation of ISDS provisions in intra-EU BITs and the Energy Charter Treaty (by reference, *inter alia*, to the supremacy of EU law over international law). See: Protection of intra-EU investment: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (COM(2018) 547 final) (Brussels, 19 July 2018) (<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-547-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>); Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union (https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/60d015e1-c560-4217-afb2-1233319a0d4e/EU-Political-Declaration-Majority--France.pdf); see also the Opinion of Advocate General Yves Bot of 29 January 2019 in the ECJ case Opinion 1/17 requested by Belgium on the Free Trade Agreement between the European Union and Canada (CETA) (<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=210244&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13294892>).

not only of international arbitration in France, but also international arbitration everywhere. For unique political reasons, Russia may have the most extensive state archives on the practice of international arbitration from 1919 onwards. There is a clear need, for non-Russian arbitration specialists, for Russian scholars to continue to research and publish these materials more extensively. As the great English legal historian, Professor Maitland, warned long ago in defence of the study of legal history at Cambridge University: "Today we study the day before yesterday, in order that yesterday may not paralyse today, and today may not paralyse tomorrow". The piece of paper is never blank, anywhere.

ANNEX

Selected Photographs



Professor M.Ya. Pergament



Dr. S.B. Chlenov (Paris, c. 1930)



Professor B.E. Nolde (1932)

ПРИСЯГА И ЛЖЕСВИДЕТЕЛЬСТВО В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ*

Одди ШЕППАРД,

королевский адвокат, председатель Совета ЛМТС,
приглашенный профессор Школы международного арбитража
при Колледже королевы Марии Лондонского университета,
партнер и соруководитель международной арбитражной группы
юридической фирмы “Clifford Chance LLP”

В настоящей статье анализируется история и практика приведения свидетелей к присяге в международном арбитраже. Суть присяги перед божеством состоит в призыве к божественному посреднику стать гарантом собственной честности и неподкупности лица, принимающего присягу, в соответствующем вопросе. Подразумевается, что если такое лицо не выполнит обязанности, которые оно поклялось исполнить, оно тем самым вызовет немилость своего бога. Соответственно, считается, что это лицо с большим, чем обычно, усердием будет относиться к исполнению данных обязанностей. Кроме того, юридические последствия нарушения присяги более суровые: свидетель может быть привлечен к уголовной ответственности за лжесвидетельство. В статье проанализированы положения арбитражных регламентов и национальное право Англии, Швеции, Бельгии, Нидерландов, Германии, Швейцарии, ОАЭ и других стран. Также рассмотрены судебные дела, где стороны на стадии исполнения арбитражного решения заявляли о нарушении процедуры приведения к присяге свидетелей.

Ключевые слова: арбитраж; доказательства; присяга; заверение; лжесвидетельство; свидетель.

* Данная статья под схожим названием была впервые опубликована на английском языке в сборнике “Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators” (см.: *Sheppard A. Oaths and Perjury // Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators* / J.C. Betancourt (ed.). Oxford University Press, 2016. P. 197–206). С любезного разрешения издательства “Oxford University Press” в настоящем сборнике публикуется ее перевод на русский язык.

OATHS AND PERJURY IN INTERNATIONAL ARBITRATION

AUDLEY SHEPPARD QC,
Chairman of the LCIA Board, Visiting Professor,
School of International Arbitration,
Queen Mary University of London,
Partner and Co-Head of the International Arbitration
Practice at *Clifford Chance LLP*

This article examines the history and practice of the taking of oaths in international arbitration. The essence of a divine oath is an invocation of divine agency to be a guarantor of the oath taker's own honesty and integrity in the matter under question. By implication this invokes divine displeasure if the oath taker fails in their sworn duties. It therefore implies greater care than usual in the act of the performance of one's duty. Moreover, the legal consequences of lying under oath are more severe — a witness can be convicted for perjury. In this article, the author analyzes provisions of arbitration rules and national laws in England, Sweden, Belgium, the Netherlands, Germany, Switzerland, the United Arab Emirates and other countries. Also the article reviews recent cases where a party has questioned the validity of an oath at the stage of enforcement of an arbitral award.

Keywords: arbitration; evidence; oath; affirmation; perjury; witness.



1. Введение

Статья 38(5) английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г. предусматривает, что третейский суд «уполномочен распорядиться о том, чтобы сторона или свидетель были допрошены под присягой или после дачи заверения^{*}, и вправе для этих целей приводить к необходимой присяге или принимать заверение».

В настоящей статье изучаются право и практика приведения к присяге и дачи заверений в международном арбитраже, в частности, в Англии и Уэльсе.

В начале моей карьеры в арбитраже (т.е. в прошлом веке, но не век назад) была распространена практика приведения свидетелей к присяге или получения от них заверений (для тех, кто не верил в какого-либо бога) перед дачей ими устных показаний. В настоящее время это случается очень нечасто. Причины тому могут быть разные, в том числе возросшая секуляризация общества в целом, признание того, что присяги / заверения вряд ли способствуют большей честности свидетеля, а также влияние арбитров из стран, где присяги / заверения даются редко (или в некоторых юрисдикциях не допускаются вовсе).

Присяга или клятва (англ. *oath*, древнеангл. *āth*, древнесакс. *ēth*¹) — это торжественное или официальное заявление с обращением к Господу (либо иному божеству или объекту почитания) как к свидетелю истинности утверждения либо обязательности обещания или обязательства. Суть присяги перед божеством состоит в призыве к божественному посреднику стать гарантом собственной честности и неподкупности лица, принимающего присягу, в соответствующем вопросе. Подразумевается, что если такое лицо не выполнит обязанности, которые оно поклялось исполнить, оно тем самым вызовет немилость своего бога. Следовательно, это лицо с большим, чем обычно, усердием будет относиться к исполнению данных обязанностей.

^{*} Английский термин “affirmation” переведен как «заверение». Также этот термин иногда переводится как «торжественное заявление» (см., например: *Эндрюс Н. Система гражданского процесса Англии: судебное разбирательство, медиация и арбитраж* / Под ред. Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2012. П. 3.91). Заверение используется тогда, когда свидетель не является верующим и не может использовать религиозную присягу. — *Примеч. пер.*

¹ Concise Oxford Dictionary. 12th ed. Oxford University Press, 2011 (<http://www.oed.com>).

Упоминания присяги (клятв) можно найти в иудейской традиции в Книге чисел («Если кто даст обет Господу, или поклянется клятвою, положив зарок на душу свою, то он не должен нарушать слова своего, но должен исполнить все, что вышло из уст его»¹) и в исламской вере: «Истинно, Аллах запрещает вам клясться своими отцами! Кто же из вас клянется, то пусть клянется лишь Аллахом, либо молчит»². Часто встречаются они и в христианской традиции, хотя в Евангелии от Матфея Иисус изрекает: «А Я говорю вам: не клянись вовсе...»³, а в Послании Иакова сказано: «Прежде же всего, братия мои, не клянитесь ни небом, ни землею и никакою другою клятвою, но да будет у вас: «да, да» и «нет, нет», дабы вам не подпасть осуждению»⁴.

Клятва исторически занимала центральное место в системе правосудия, построенной на убеждении, что Господь покарает лжеца. В этой форме клятва была традиционным «проклятием в свой адрес» (“self-cure”), которое могло использоваться в качестве обеспечения выполнения обещания⁵. За рядом исключений, свидетельские показания, данные без присяги, не допускались в судах общего права⁶. Этот взгляд иллюстрируют комментарии американского судьи в 1828 г.: «Человека самых высоких добродетелей, даже если судьи и присяжные могут полностью доверять его заявлениям, нельзя заслушивать в суде без присяги. Это универсальное правило общего права, утвержденное вековой мудростью и обязательное для каждого суда, чьи разбирательства проводятся согласно общему праву»⁷. В Англии до принятия Закона о доказательствах (Evidence Act) 1869 г. устные показания атеистов никогда не принимались судами⁸.

Большой реализм и (или) скептицизм наблюдается век спустя. Комитет по пересмотру уголовного права признал в своем докладе

¹ Чис. 30:2.

² Книга 22, хадис 14.

³ Мф. 5:34.

⁴ Иак. 5:12.

⁵ Weinberg M. The Law of Testimonial Oaths and Affirmations // Monash University Law Review. 1976. Vol. 3. Issue 1. P. 40 (доступно в Интернете по адресу: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/MonashULawRw/1976/11.pdf>).

⁶ Regina v. Emanuel Tew, (1855) 169 ER 766, 792, (1855) Dears 429.

⁷ Attwood v. Welton, 7 Conn. 66, 72 (1828).

⁸ Phipson on Evidence / H.M. Malek (ed.). 18th ed. Sweet & Maxwell, 2013. Para. 9.28.

в 1972 г., что присяга не предотвращала «огромное число случаев лжесвидетельства в судах»¹. В 1977 г. Апелляционный суд Англии отметил: «Нереалистично не признавать, что при нынешнем состоянии общества среди взрослого населения божественная санкция присяги, вероятно, не является общепризнанной»². В докладе от 1996 г. «Доказательства в уголовном судопроизводстве» Комиссия по английскому праву отметила, что присяга не давала никакой гарантии того, что свидетель скажет правду, и всюду царило скептическое отношение к ее полезности³. Комиссия отметила, что «многие ответственные организации в Англии и Уэльсе призывают к упразднению присяги»⁴. Вместе с тем английские суды продолжают требовать приведения к присяге или к даче заверений.

2. Закон о присяге

Законодательство о приведении к присяге в судебных разбирательствах существовало в Англии по меньшей мере с 1775 г.⁵ Сейчас действует Закон о присяге (Oath Act) 1978 г. Он предусматривает, что лица христианской или иудейской веры приводятся к присяге следующим образом: «Лицо, приносящее присягу, должно, держа Новый Завет или в случае иудея Ветхий Завет в поднятой руке, произнести или повторить за должностным лицом, приводящим его к присяге, слова «Клянусь Господом, что...», после чего следуют слова присяги, предусмотренные законом»⁶.

Предусмотренные слова для свидетелей по вопросам факта звучат следующим образом: «...в моих показаниях клянусь говорить правду,

¹ Evidence (General): 11th Report / Criminal Law Revision Committee (CLRC) (Cmd 4991). HMSO, 1972. Para. 280(vi).

² *R. v. Hayes (Geoffrey)*, [1977] 1 WLR 234 (Bridge LJ).

³ Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics / English Law Commission (Law Com. No. 245). The Stationery Office, 1997. P. 26 (para. 3.13) (доступно в Интернете по адресу: http://www.lawcom.gov.uk/app/uploads/2015/03/lc245_Legislating_the_Criminal_Code_Evidence_in_Criminal_Proceedings.pdf).

⁴ Ibid. P. 27 (para. 3.13).

⁵ Закон о присяге (Oaths Act) 1775 г. Пример даже еще более раннего законодательного акта для документов — Закон о присяге несовершеннолетних (Oaths of Minors Act) 1681 г.

⁶ Статья 1(1) Закона о присяге 1978 г.

всю правду и ничего кроме правды»¹. Закон о присяге далее закрепляет, что лица, не принадлежащие к христианской или иудейской вере, приводятся к присяге «любым законным способом»².

В методической записке³ для английских коронеров (судебных следователей) приводятся рекомендации по приемлемым формам клятв для лиц других религий:

1) *мусульмане*. Приверженцы мусульманской веры опускают слова «Клянусь Господом» и заменяют их словами «Клянусь Аллахом»;

2) *индуисты*. Приверженцы индуистской веры опускают слова «Клянусь Господом» и заменяют их словами «Клянусь Гитой».

3) *сикхи*. Приверженцы сикхизма опускают слова «Клянусь Господом» и заменяют их словами «Клянусь гуру Нанакom».

Далее Закон о присяге предусматривает, что всякому лицу, возражающему против принесения присяги, разрешается сделать заверение. Соответствующее заявление должно иметь следующую формулировку: «Настоящим торжественно, искренне и истинно заявляю и подтверждаю...», и далее должны следовать слова присяги, предусмотренные законом (т.е. «в моих показаниях буду говорить...» и т.д.).

Хотя в Законе о присяге закреплена подробная формулировка для принесения присяги или дачи заверения, Апелляционный суд постановил в деле *R v. Chapman*, что слова в ст. 1 — это предписание, но отступление от них необязательно делает присягу недействительной⁴. Критерий законности присяги в том, представляется ли она обязательной для совести свидетеля суду, и считает ли ее сам свидетель обязательной для своей совести⁵. В деле *Hampshire County Council v.*

¹ Эти слова были утверждены постановлением судей Отделения королевской скамьи 11 января 1927 г., а форма одобрена для всех судов — как гражданских, так и уголовных (см. подробнее: Phipson on Evidence / H.M. Malek (ed.). 18th ed. Para. 9.32).

² Статья 1(3) Закона о присяге 1978 г.

³ Chief Coroner Guidance No. 3: Oaths and Robes / Courts and Tribunals Judiciary (16 July 2013). Annex A: Oaths and Affirmations (<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2013/09/guidance-no-3-oaths-and-robres.pdf>).

⁴ *R. v. Chapman*, [1980] Crim. LR 42; см. также: Phipson on Evidence / H.M. Malek (ed.). 18th ed. Para. 9.30. Недавно сообщалось, что один судья был вынужден распустить присяжных и распорядиться о повторном рассмотрении дела после того, как мусульманин принес присягу на Библии, а не на Коране; при этом судья указал: «Я не могу принять его показания, и вы — тоже» (см.: The Times. 2015. 28 Febr.).

⁵ *R. v. Kemble*, [1990] 1 WLR 1111, 1114 (Lane LCJ). В некоторых обстоятельствах могут допускаться вопросы о том, почему свидетель решил сделать торжественное заявление вместо принесения присяги (см.: *R. v. Mehrban*, [2001] EWCA Crim. 2627).

Pendragon ответчику, который утверждал, что является друидом, было разрешено зачитать друидическую клятву с поднятием меча, но лишь после того, как судья навел справки и убедился, что друиды считали такую клятву обязательной¹.

Для устных переводчиков или независимых экспертов, дающих показания, не предусматривается соответствующих формулировок, но их обычно просят поклясться / заявить, что они будут переводить или давать свои показания честно и в той мере, в какой позволяют их профессиональные навыки и суждения. Что касается того, кто может приводить лицо к присяге, Закон о доказательствах (*Evidence Act*) 1851 г. в ст. 16 предусматривает, что «[к]аждый суд, судья, должностное лицо, член комиссии, арбитр или иное лицо, настоящим и впредь наделенное законом или согласием сторон полномочиями заслушивать, получать и изучать доказательства, настоящим уполномочивается приводить к присяге всех таких свидетелей, которые законным образом вызываются, чтобы предстать перед ними, в указанном порядке»².

Требование о присяге или заверении также применялось к письменным показаниям свидетелей, т.е. любой affidavit (показания под присягой) должен был предоставляться под присягой в присутствии уполномоченного ее принять лица. Письменные свидетельские показания больше не требуется давать под присягой, однако они часто содержат утверждение или заявление об их достоверности³. Тем не менее перед дачей показаний на устном слушании свидетеля просят подтвердить достоверность его свидетельских показаний под присягой.

3. Закон о лжесвидетельстве

Английское законодательство также давно предусматривает ответственность за ложь (предположительно исходя из недостаточности

¹ См.: *Hampshire CC v. Pendragon* (unreported 2003); *R. v. Pendragon* (unreported 1997) (приводится по: Phipson on Evidence / H.M. Malek (ed.), 18th ed. Para. 9.34 (fns. 180, 181); см. также: Druid does battle over poll tax bill (25 January 1994) (<https://www.independent.co.uk/news/uk/druid-does-battle-over-poll-tax-bill-1402323.html>)).

² См. также п. 9.1 Практического указания к ч. 32 Правил гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules (CPR)*) Англии (https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part32/pd_part32#9.1).

³ Практические указания к ч. 22 и 32 Правил гражданского судопроизводства Англии требуют, чтобы показания свидетелей были удостоверены заявлением об их правдивости; ч. 16.2 Правил уголовного судопроизводства (*Criminal Procedure Rules*) 2015 г. требует, чтобы свидетельские показания содержали заявление о правдивости.

какого-либо наказания, которое может отмерить божество, именем которого дана присяга)¹. В настоящее время действует Закон о лжесвидетельстве (Perjury Act) 1911 г.² В ст. 1 он предусматривает:

«(1) Если какое-либо лицо, принесшее присягу в качестве свидетеля или переводчика в судебном разбирательстве, намеренно делает заявление, существенное для такого разбирательства, которое, как ему известно, ложно или которое оно не считает истинным, то данное лицо виновно в лжесвидетельстве и после осуждения за совершение такого преступления приговаривается к каторжным работам на срок не больше семи лет, или к лишению свободы... на срок не больше двух лет, или к штрафу, или к обеим мерам наказания, т.е. к каторжным работам или лишению свободы и к штрафу.

(2) Выражение «судебное разбирательство» включает разбирательство в любом суде, третейском суде или перед любым лицом, уполномоченным законом заслушивать, получать и изучать показания под присягой.

(3) Если утверждение делается для целей судебного разбирательства не в самом суде или третейском суде, но дается под присягой перед лицом, уполномоченным законом привести к присяге лицо, делающее такое заявление, зафиксировать или удостоверить подлинность заявления, то оно для целей настоящей статьи рассматривается как сделанное в судебном разбирательстве.

<...>

(6) Вопрос о том, являлось ли заявление, в отношении которого установлен факт лжесвидетельства, существенным, является вопросом права, подлежащим разрешению судом, рассматривающим дело по существу»³.

Чтобы добиться вынесения приговора о лжесвидетельстве, сторона обвинения должна доказать следующее: «(а) что свидетель законным образом принес присягу в качестве свидетеля; (б) в судебном разби-

¹ Лжесвидетельство и воспрепятствование осуществлению правосудия относятся к категории «преступления против правосудия».

² См.: *Edwards S.S.M. Perjury and Perverting the Course of Justice Considered // Criminal Law Review. 2003. P. 525.*

³ Закон о лжесвидетельстве также касается: ложных показаний под присягой, которые даются вне судебных разбирательств (ст. 2); ложных утверждений о фактах рождения и смерти (ст. 4); ложных показаний, подтвержденных торжественным заявлением, и иных ложных утверждений без присяги (ст. 5); а также ложных заявлений в целях регистрации для занятия определенной деятельностью (ст. 6).

рательстве; (с) что свидетель сделал заявление намеренно, т.е. умышленно, а не по невнимательности или ошибке; (d) что заявление было ложным; (е) что свидетель знал, что оно ложно, или не считал его истинным; (f) что заявление при объективном рассмотрении было существенным для судебного разбирательства»¹.

Соответственно, ложное заявление должно быть сделано умышленно или сознательно, тогда как простой неосторожности недостаточно. Более того, ложное утверждение должно быть объективно существенным.

Требования к доказательствам для привлечения к ответственности за лжесвидетельство сформулированы в ст. 13 Закона о лжесвидетельстве 1911 г. («Подтверждение фактов») следующим образом: «Лицо не несет ответственности и не может быть приговорено за совершение какого-либо преступления по настоящему Закону... исключительно на основании показаний одного свидетеля о ложности какого-либо утверждения, о котором заявляется, что оно ложно».

Суды отмечают, что для привлечения к ответственности за лжесвидетельство «необходим один свидетель и что-то еще в дополнение к его показаниям»²; это означает, что требуются как минимум два доказательства для установления ложности утверждения³.

У судей раньше было полномочие распорядиться о начале уголовного преследования лиц за лжесвидетельство⁴. Однако это полномочие было отменено в 1985 г.⁵, и теперь, когда судья устанавливает случай предположительного лжесвидетельства, заключение с замечаниями судьи, включая справку об обстоятельствах, на которых они основаны, оперативно передается судебным распорядителем главе подразделения Королевской уголовной прокуратуры (Crown Prosecution Service (CPS)) и докладывается Главному королевскому прокурору (подраз-

¹ *Richardson P. Archbold: Criminal Pleading, Evidence and Practice*. 62nd ed. Sweet & Maxwell, 2014. Para. 28.141 (отмечается, что в силу ст. 1(6) Закона о лжесвидетельстве 1911 г. требование (f) — это вопрос, который решает судья (см.: *R. v. Millward*, [1985] QB 519, 80 Cr. App. R. 280)).

² *R. v. Threlfall*, [1914] 10 Cr. App. 112.

³ Апелляционный суд истолковал это как требование о подтверждении дополнительными доказательствами факта ложности соответствующего утверждения (см.: *R. v. Hamid and Hamid*, [1979] 69 Cr. App. R. 324).

⁴ Статья 9 Закона о лжесвидетельстве 1911 г.

⁵ Статья 28 Закона об уголовном преследовании преступлений (Prosecution of Offences Act) 1985 г.

деление в Лондоне)¹. При этом учитывается, кто должен провести расследование — Королевская уголовная прокуратура или Служба по борьбе с крупными финансовыми преступлениями (Serious Fraud Office (SFO)). В установленном порядке либо Королевская уголовная прокуратура, либо Служба по борьбе с крупными финансовыми преступлениями решают, начинать ли преследование, и уведомляют суд о принятом решении².

Суды регулярно высказываются о серьезности лжесвидетельства, к примеру:

лорд — главный судья Паркер (Parker LCJ): «Лжесвидетельство — очень серьезное преступление; отправление правосудия невозможно, если люди не говорят правду под присягой. Опять же, его крайне сложно доказать, и, соответственно, следует понимать, что лжесвидетельство, когда оно доказано, влечет суровое наказание»³;

судья Чепмен (Charman J): «Лжесвидетельство — это одно из наиболее серьезных в списке преступлений, поскольку она полностью подрывает само основание отправления правосудия... и поэтому данное деяние должно влечь лишение свободы»⁴; и

судья Попплвелл (Popplewell J): «[Лжесвидетельство] наносит удар в самое сердце нашей системы правосудия»⁵.

Учитывая этот подход, а также то, что большинство уголовных и множество гражданских дел разрешаются на основании достоверных свидетельских показаний, притом что решение в пользу той или иной стороны зачастую подразумевает, что показания одного или более свидетелей другой стороны не принимаются, вызывает удивление незначительное число случаев преследования за лжесвидетельство.

Профессор Сьюзан Эдвардс в своем обзоре практики за десятилетний период с 1991 по 2000 гг. указывает, что 1 024 лица предстали за лжесвидетельство перед Судом Короны (Crown Court) (т.е. в среднем 102 в год) и по соответствующим делам было вынесено 830 обви-

¹ Judicial Comments on CPS Policy or Practice (<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/judicial-comments>).

² SFO Guidance on Perjury (<http://www.sfo.gov.uk>).

³ *R. v. Simmonds (George Lewis James)*, [1969] 53 Cr. App. R. 488.

⁴ *R. v. Warne*, [1980] 2 Cr. App. R. (S) 42.

⁵ *R. v. Healey*, [1990] 12 Cr. App. R. (S) 297.

нительных приговоров (в среднем 83 в год или 81% от общего числа начатых разбирательств)¹.

Максимальное наказание за лжесвидетельство в Англии и Уэльсе составляет семь лет лишения свободы². Основным соображением является вопрос вины; так, умышленная ложь перед судом рассматривается как более серьезное преступление, чем лжесвидетельство или воспрепятствование правосудию, совершенные спонтанно³. Прочие факторы, как утверждает, включают число совершенных нарушений, временные рамки их совершения, настаивал ли на соответствующих показаниях обвиняемый, имеют ли сказанные ложь или вымысел какое-либо фактическое влияние на соответствующее разбирательство, и вовлечены ли в действия обвиняемого другие лица⁴. Суды также считают, что приговоры за лжесвидетельство или препятствование правосудию должны быть соразмерны нарушению или вреду, нанесенному тяжким преступлением, подлежащим статистическому учету (*index offence*), в отношении которого было совершено преступление против правосудия.

Профессор Эдвардс зафиксировала, что с 1991 по 2000 гг. из 830 приговоренных лиц 437 были лишены свободы (в среднем 43 в год или 52% от общего числа приговоров), при этом 171 — на четыре месяца или меньше (39%), 78 — на срок от четырех до шести месяцев (18%), 133 — на 6–12 месяцев (30%) и 28 на 12–18 месяцев (6%) (т.е. всего 94%); таким образом, только в 27 случаях срок заключения составил свыше 18 месяцев (6%)⁵.

Примечателен пример более сурового приговора, который был вынесен в ходе указанного периода против лорда Джеффри Арчера, бывшего заместителя председателя Консервативной партии и автора бестселлеров, осужденного в 2001 г. за два случая лжесвидетельства

¹ *Edwards S.S.M.* Op. cit. P. 529; см. также: *Soothill K., Francis B.J.* Perjury and False Statements: A Criminal profile of Persons 1979–2001 // *Criminal Law Review*. 2004. P. 926.

² Public Justice Offences incorporating the Charging Standard (<https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/public-justice-offences-incorporating-charging-standard>).

³ *Edwards S.S.M.* Op. cit. P. 533–534. Закон об уголовном правосудии (*Criminal Justice Act*) 2003 г. дополнительно подчеркнул важность вреда и вины при определении приговора. Указанный Закон ввел ряд изменений (см. подробнее: *Halliday J.* Making Punishments Work: A Report of a Review of the Sentencing Framework for England and Wales (July 2001). Home Office, 2001).

⁴ *R. v. Archer (Jeffrey)*, [2002] EWCA Crim. 1996, [63] (Rose LJ).

⁵ *Edwards S.S.M.* Op. cit. P. 529.

(вместе с двумя случаями воспрепятствования правосудию) в связи с делом о клевете против газеты “Daily Star”, которое было рассмотрено в 1987 г. и в котором он солгал о содержании своего дневника. Арчера приговорили к трем годам лишения свободы за первое лжесвидетельство и к четырем — за второе, причем эти приговоры, которые были оставлены в силе после обжалования, подлежали одновременному исполнению¹. Джонатан Айткен (Jonathan Aitken), бывший член Парламента, был приговорен к 18 месяцам за лжесвидетельство (и воспрепятствование правосудию) в связи с делом о клевете против газеты “Guardian”, в котором он солгал об оплате счета за свое проживание в парижском отеле «Ритц»².

Последняя статистика указывает на снижение числа случаев преследования, но вместе с тем на увеличение случаев вынесения обвинительных приговоров и длительности сроков лишения свободы. В период между 2009 и 2013 гг. 356 человек предстало перед судом за лжесвидетельство (в среднем 89 в год) и 334 из них были осуждены (в среднем 67 в год, что составило 94% от общего числа дел), при этом 90% приговорены к лишению свободы на срок до 18 месяцев, т.е. 10% — на срок свыше 18 месяцев³.

4. Английский Закон об арбитраже 1996 г.

Как было указано во введении к настоящей статье, ст. 38(5) английского Закона об арбитраже 1996 г. предусмотрено, что третейский суд уполномочен распорядиться о том, чтобы сторона или свидетель были допрошены под присягой или после дачи заверения, и вправе для этих целей приводить к любой необходимой присяге или принимать заверение. Данная статья заменила ст. 12(3) английского Закона об арбитраже 1950 г.⁴ Что касается новой статьи 38(5), Ведомственный

¹ *R. v. Archer (Jeffrey)*. Ложные показания имели значение для определения того, провёл ли Арчер конкретную ночь с проституткой.

² *The Financial Times*. 1999. 8 Jun. Ложные показания имели значение для установления того, присутствовал ли он в Париже и встречался ли с предположительными торговцами оружием.

³ См.: Criminal Justice Statistics 2013 (<https://www.gov.uk/government/collections/criminal-justice-statistics>).

⁴ Статья 12(3) предусматривала: «Арбитр или суперарбитр (umpire), если иное намерение не выражено в арбитражном соглашении, уполномочены приводить к присяге или принимать заверения сторон или свидетелей по делу, переданному на их рассмотрение по соглашению».

консультативный комитет (Departmental Advisory Committee (DAC)) просто указал в своем заключении, что это положение самоочевидно и не требует разъяснений¹.

Статья 1(2) Закона о лжесвидетельстве 1911 г. указывает, что выражение «судебное разбирательство» включает разбирательство в любом суде, третейском суде или перед любым лицом, уполномоченным заслушивать, получать и изучать показания под присягой. Соответственно, любое лицо, которое законно (т.е. в соответствии с Законом о присяге 1978 г.) приведено к присяге в качестве свидетеля или переводчика в арбитраже в Англии, может подвергнуться уголовному преследованию за лжесвидетельство². В таких обстоятельствах сам третейский суд должен будет доложить главе подразделения Королевской уголовной прокуратуры и Главному королевскому прокурору.

Меркин и Флэннери указывают, что лишь «в редком случае» арбитр требует, чтобы свидетель дал показания под присягой или после дачи заверения, хотя добавляют, что «это часто происходит, когда заявляется о совершении некоего правонарушения или имеется прямое противоречие в устных показаниях»³. Соответственно, как было отмечено в другой книге⁴, поскольку в современной практике, как правило, свидетели в арбитраже не допрашиваются под присягой, случаи уголовного преследования и правда редки. В действительности мне неизвестно ни об одном случае уголовного преследования в Англии, который бы возник в контексте международного коммерческого арбитража.

Когда обвинение в лжесвидетельстве выдвигается после вынесения арбитражного решения, оно может тем не менее лечь в основу жалобы об оспаривании решения в связи с серьезным процессуальным нарушением по ст. 68(2)(g) английского Закона об арбитраже 1996 г. («получение арбитражного решения путем обмана или противоречие арбитражного решения или его принятия публичному порядку»). Свежий пример — дело *Chantiers de l'Atlantique SA v. Gaztransport & Technigaz SAS*⁵. Заявитель обратился в Высокий суд с ходатайством об отмене

¹ DAC Report on Arbitration Bill 1996, para. 199.

² Существует любопытное противоречие между английским Законом об арбитраже 1996 г. (который указывает на допрос под присягой стороны или свидетеля) и Законом о лжесвидетельстве 1911 г. (где говорится о свидетелях и переводчиках).

³ Merkin R., Flannery L. Arbitration Act 1996. 5th ed. Informa Law, 2014. P. 155.

⁴ Sutton D.St.J., Gill J., Gearing M. Russell on Arbitration. 23rd ed. Sweet & Maxwell, 2007. Para. 5.154.

⁵ [2011] EWHC 3383 (Comm.).

решения, принятого третейским судом по итогам арбитражного разбирательства, которое проводилось в Лондоне по Регламенту Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)) (далее — МТП), на том основании, что оно было получено путем обмана другой стороны. Судья Фло (Flaux J) решил, что, когда сторона в арбитраже (а не просто свидетель одной из сторон)¹ умышленно дала арбитрам вводящие в заблуждение показания, это составляет обман для целей ст. 68(2)(g). Заявление, однако, было отклонено, поскольку ничто не указывало на то, что обман привел к «существенной несправедливости»: если бы истинная позиция была раскрыта арбитрам, это бы, по всей вероятности, не повлияло на исход арбитражного разбирательства.

5. Арбитражные регламенты

Некоторые институциональные правила процедуры предусматривают положение о даче показаний под присягой. Арбитражный регламент Лондонского международного третейского суда (ЛМТС) (London Court of International Arbitration (LCIA)) 1998 г. закреплял, что свидетельские показания могут быть представлены стороной в письменной форме, либо в виде подписанного заявления, либо «в виде письменных показаний под присягой» (“as a sworn affidavit”) (ст. 20.3). В новом Регламенте 2014 г. это положение было изменено и указывает на подписанное заявление или «схожий документ» (ст. 20.2), тем самым еще больше снижая вероятность подачи аффидевитов / свидетельских показаний под присягой. Ни одна из редакций Регламента не упоминает о приведении к присяге перед дачей устных показаний, так что это остается на усмотрение третейского суда и (или) сторон.

Схожим образом ст. 56(d) Арбитражного регламента Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) (World Intellectual Property Organization (WIPO)) предусматривает, что по выбору одной из сторон или по распоряжению третейского суда показания свиде-

¹ В деле *Elektrim SA v. Vivendi Universal SA* ([2007] EWHC 11 (Comm.)) суд постановил, что фраза «получен[ное] путем обмана» в ст. 68(2)(g) должна относиться к арбитражному решению, полученному обманом стороны арбитражного разбирательства или обманом другого лица, о совершении которого этой стороне было известно; речь не может идти об обмане, совершенном любым лицом, участвовавшим в арбитражном разбирательстве, независимо от того, был ли он совершен с ведома соответствующей стороны.

лей могут быть представлены в виде «письменных заявлений, показаний под присягой (sworn affidavits) или в иной форме».

Регламент МТП 2012 г., Регламент ЮНСИТРАЛ 2013 г. и Регламент Международного центра по урегулированию споров (МЦУС) (International Centre for Dispute Resolution (ICDR)) 2014 г. не упоминают присягу или заверения.

Напротив, Регламент Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) 2006 г. все же предусматривает принятие заверений. Он гласит: «Каждый свидетель перед дачей показаний должен сделать следующее заявление: «Я торжественно клянусь своей честью и совестью, что буду говорить правду, всю правду и ничего кроме правды»». Для экспертов последний оборот в этом предложении заменяется следующим: «...мои показания будут соответствовать моим искренним убеждениям»¹.

Схожим образом Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) предусматривают, что «[с]видетель, дающий показания, сначала подтверждает в порядке, установленном Составом арбитража, что он или она обязуется говорить правду...», а в случае эксперта — что «он или она искренне убежден(а) во мнении, которое будет изложено»².

Когда институциональный регламент не предусматривает приведение к присяге или дачу заверений, третейские суды тем не менее должны учитывать право, действующее в месте проведения арбитража, поскольку оно может требовать присяги. Даже если такое требование отсутствует, третейские суды могут решить привести лицо к присяге или принять заверение, если им это не запрещено. В качестве примера можно привести решение, принятое третейским судом по итогам арбитражного разбирательства, которое проводилось в Нью-Йорке по Регламенту МТП, где арбитры (среди которых были юристы и из системы общего права, и из романо-германской системы) описали порядок, который сочли надлежащим: «Перед дачей показаний каждый свидетель и эксперт зачитывает вслух либо «заявление свидетеля», либо «заявление эксперта» соответственно: [заявление свидетеля по вопросам факта] «Я осведомлен(-а) о том, что в моих показаниях должен(-на) говорить правду и ничего кроме правды. Я также осведомлен(-а) о том,

¹ Правила 35(2) и (3).

² Статья 8(4); см. также ст. 8(3) Правил 1999 г.

что несоблюдение мной этого обязательства может повлечь для меня серьезные правовые последствия»¹.

По моему опыту, третейские суды все чаще указывают на потенциальные правовые последствия дачи ложных показаний, но вместе с тем не уточняют (или, вероятно, не знают), что это за последствия, которые могут возникнуть в месте проведения арбитража или месте жительства свидетеля².

6. Другие юрисдикции

Существует огромное разнообразие подходов к приведению к присяге арбитрами в других юрисдикциях³. Неудивительно, что те из них, где действует общее право, обычно наделяют арбитражные суды усмотрением относительно приведения к присяге / дачи заверений⁴. Этому подходу также следуют некоторые страны романо-германской правовой семьи, например Нидерланды, где голландский суд, рассмотрев устные показания, заслушанные третейским судом без приведения к присяге, указал, что «по убеждению суда, показаниям, данным под присягой и без нее, в принципе должен придаваться одинаковый вес»⁵.

Присяга в арбитражных разбирательствах не разрешена в некоторых странах, например в Бельгии, где законодательством предписано, что третейский суд должен заслушать лицо «без присяги»⁶. В Швеции тре-

¹ *Mobil CN v. PDVSA and PDVSA-CN*, ICC Case No. 15416/JRF/CA, Final Award (23 December 2011), para. 37 (<https://settyssoutham.files.wordpress.com/2012/11/award-complete.pdf>); см. также: *O'Malley N.D.* Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide. Informa Law, 2012. P. 261.

² *O'Malley N.D.* Op. cit. P. 261; см. также: *Ashford P.* The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide. Cambridge University Press, 2013. P. 134.

³ См., например: *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 919.

⁴ См., например, ст. 56(8) Ордонанса об арбитраже Гонконга (Hong Kong Arbitration Ordinance) 2011 г., ст. 12(2) Закон о международном арбитраже Сингапура (Singapore International Arbitration Act) 2002 г. и § 7505 Правил гражданского судопроизводства штата Нью-Йорк (New York Civil Practice Law and Rules). Индийские стороны на практике часто приносят присягу в присутствии Уполномоченного по приведению к присяге (Oaths Commissioner) согласно индийскому Закону о присяге 1969 г.

⁵ Rechtbank Groningen (Groningen Court of First Instance), Case No. 49632/HA ZA 00-915 (24 January 2002) (см. подробнее: *O'Malley N.D.* Op. cit. P. 261).

⁶ Статья 1700(4) Судебного кодекса (Code judiciaire).

тейский суд не может приводить лиц к присяге или требовать от них «заявлений об истинности показаний», и, следовательно, меры уголовной ответственности за лжесвидетельство не могут применяться¹; вместе с тем, когда сторона желает, чтобы свидетель либо эксперт дали показания под присягой или чтобы сторону допросили с дачей заявления об истинности ее показаний, такая сторона может, получив согласие арбитров, подать ходатайство об этом в окружной суд².

В Германии третейский суд не может потребовать, чтобы свидетель принес официальную присягу (но может запросить содействие суда), но он может и обычно выносит предупреждение или напоминание об обязанности говорить правду под страхом уголовной ответственности³. В Швейцарии третейский суд обязан сообщить свидетелю о его (ее) обязанности говорить правду и о возможных уголовно-правовых последствиях неисполнения такой обязанности⁴.

Напротив, некоторые юрисдикции продолжают обязывать третейские суды использовать присягу в своих разбирательствах. Например, ст. 211 ГПК ОАЭ 1992 г. предусматривает: «Арбитры должны обеспечить принесение свидетелями присяги. Лицо, которое делает ложное заявление перед арбитрами, считается совершившим лжесвидетельство»⁵. Неприведение к присяге может иметь серьезные последствия для возможности принудительно исполнить арбитражное решение и уже приводило к отмене внутреннего решения. В разбирательстве по делу *Bechtel Co. Ltd. v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*, которое проводилось в Дубае, было согласовано, что присяга, к которой будет приведен Его Высочество Шейх Ахмед

¹ Статья 25(3) Закона об арбитраже (Lag (SFS 1999:116) om skiljeförfarande) Швеции; см. также: *Madsen F. Commercial Arbitration in Sweden*. 2nd ed. Oxford University Press, 2006. P. 178.

² Статья 26(1) Закона об арбитраже Швеции.

³ *Sachs K., Lörcher T. Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter V: Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1047 – Oral Hearings and Written Proceedings // Arbitration in Germany: The Model Law in Practice / K.-H. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. P. 283.*

⁴ *Swiss Rules of International Arbitration: Commentary / T. Zuberbühler, Chr. Müller, Ph. Habegger (eds.). 2nd ed. Juris Pub.; Schulthess, 2013. P. 248.* Меры уголовной ответственности будут применяться, только когда свидетеля уведомили о таких мерах до дачи показаний и он(она) все равно намеренно дал(а) ложные показания (ст. 307, 309 УК (Strafgesetzbuch (StGB)) / Code pénal (CP)) Швейцарии 2014 г.).

⁵ См. перевод на английский язык: <http://www.diac.ae/idias/rules/uae/chapter3/>.

бен Саид Аль Мактум, будет менее строгой, чем обычно, учитывая его «положение в обществе»¹. Кассационный суд Дубая отменил арбитражное решение, постановив, что ст. 211 носит императивный характер, и стороны не могли отказаться от ее применения². Решение тем не менее было приведено в исполнение во Франции, где суд отказался признать вынесенное в Дубае решение об отмене³.

Однако соблюдение ст. 211 может быть необязательным, чтобы привести в исполнение иностранное арбитражное решение. В деле *Maxtel International FZE v. Airmec Dubai LLC*⁴ выигравший арбитраж истец добивался исполнения лондонского арбитражного решения по спору между двумя юридическими лицами из Дубая. Должник по решению сопротивлялся исполнению на том основании, что третейский суд не осуществил приведение к присяге. Суд первой инстанции Дубая заключил, что ему необходимо установить лишь то, что иностранное арбитражное решение не противоречит Федеральному указу, по которому ОАЭ присоединились к Нью-Йоркской конвенции, не предусматривающей требование о приведении к присяге. Апелляционная жалоба, поданная в Кассационный суд Дубая, была отклонена⁵.

7. Заключение

Множество областей арбитражной практики претерпели значительные изменения за последнее столетие. По моему опыту, сейчас

¹ В Англии и Уэльсе суверен, вероятно, обладает иммунитетом от принесения присяги или дачи заверения, но на иностранного главу государства, скорее всего, такое освобождение распространяться не будет (см.: Phipson on Evidence / H.M. Malek (ed.). 18th ed. Para. 9.38; см. также: ст. 20 Закона об иммунитете государства (State Immunity Act 1978) 1978 г.).

² Полный обзор арбитража в ОАЭ см.: *Blanke G.* 34. Arbitration in the UAE: Demystifying the Myths // Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators / J.C. Betancourt (ed.). Oxford University Press, 2016. P. 381–396.

³ Истец также добивался исполнения в США, но разбирательство было приостановлено (см., например: *Bechtel Co. Ltd. v. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*, 300 F. Supp. 2d 112 (DDC 2004) (доступно в Интернете по адресу: <https://www.leagle.com/decision/2004412300fsupp2d1121401>)).

⁴ *Maxtel International FZE v. Airmec Dubai LLC*, Court of First Instance, Commercial Action No. 268/2010 (12 January 2011).

⁵ *Maxtel International FZE v. Airmec Dubai LLC*, Dubai Court of Cassation, Case No. 132/2012 (18 October 2012).

арбитры, рассматривающие дела в Англии, крайне редко просят свидетеля принести присягу или дать заверение. Однако большинство третейских судов просят свидетеля подтвердить, что он будет говорить правду. Некоторые идут дальше (под влиянием немецкой и швейцарской арбитражной практики) и указывают, что, если свидетель не будет говорить правду, это может привести к потенциальным правовым последствиям. Однако в Англии это не имело бы места, если бы свидетель не был законным образом приведен к присяге. Независимо от того, проводится ли арбитраж в Англии или где-либо еще, для третейского суда и представителей сторон важно проверить, какие нормы являются применимыми в этом отношении, что ярко демонстрирует дело *Bechtel*.

FIGHTING GOLIATH: RECONSIDERING THE EFFECT OF EXTRATERRITORIAL UNILATERAL SANCTIONS ON THE CONDUCT OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ARNAUD BOURGEOIS,

Associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* Law Firm,

OLGA KUPRENKOVA,

Associate at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* Law Firm

From ancient times to the present, sanctions have been part of international relations. Unlike universal sanctions adopted by the UN Security Council, unilateral sanctions are often used to impose one State's political will over another. In order to reinforce the effect of sanctions, certain States adopt sanctions instruments to be applied extraterritorially, i.e. beyond their actual borders. Following a critical approach, the authors intend to evaluate the impact of extraterritorial unilateral sanctions (hereinafter — EUS) on international arbitration through the prism of private international and public international law. The article analyzes the negative impact of EUS on arbitration, from filing a request for arbitration and until the award is rendered. The authors believe that the adverse effects of EUS need to be limited as they undermine such advantages of international arbitration as efficiency, availability, confidentiality, expedition and the principle of party autonomy. The authors conclude by laying the foundations for further discussions on how to enhance the attractiveness of arbitration as a method of resolving disputes affected by sanctions and to shield arbitration protagonists from the aftermath of EUS.

Keywords: international arbitration; sanctions; extraterritoriality; secondary sanctions; arbitrability; public international law; private international law; conflict of laws.



С давних пор и по сей день санкции являются неотъемлемой частью международных отношений. В отличие от универсальных санкций, налагаемых резолюциями СБ ООН, односторонние санкции зачастую используются для навязывания политической воли одного государства другому. Для усиления данного эффекта ряд государств придает своему санкционному законодательству экстратерриториальный характер, распространяя его действие за пределы своей юрисдикции. Авторы настоящей статьи критически оценивают влияние односторонних экстратерриториальных санкций (далее — ОЭС) на международный арбитраж с позиции международного частного и международного публичного права. В статье анализируется негативное воздействие ОЭС на арбитражный процесс начиная с момента подачи заявления и формирования состава третейского суда и до вынесения арбитражного решения. Авторы приходят к выводу о необходимости ограничения негативного воздействия ОЭС на арбитраж, ставящего под сомнение такие его преимущества, как эффективность, доступность, конфиденциальность, скорость разрешения спора и соблюдение принципа автономии воли сторон. В заключение авторами предлагается ряд мер, направленных на защиту участников арбитражного разбирательства от негативного влияния ОЭС, а также повышение привлекательности арбитража как способа разрешения споров в условиях санкций.

Ключевые слова: международный арбитраж; санкции; экстратерриториальность; вторичные санкции; международное публичное право; международное частное право.



...Sanctions should be narrowly targeted and we must carefully consider their impact on companies from third countries. Sanctions that are both unilateral and extraterritorial may often complicate our efforts to build the multilateral support that is so important if we are to be truly effective in influencing the policies and behavior of target states.

Treasury Deputy Secretary Stuart E. Eizenstat (7 October 2000)¹

At the end of the 1930s one scholar remarked that “people have a very weak memory of History. <...> With respect, in particular, to the history of

¹ Remarks by Treasury Deputy Secretary Stuart E. Eizenstat Commerce Department Bureau of Export Administration Update 2000 (<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/l5760.aspx>).

social institutions of public law and of public international law, this ignorance results in either ribboning modern historical phenomena with usurped antiquity or, conversely, considering as the fruits of the cultural progress centuries-old, if not millennia-old, elements of civilizations”¹. His statement was dedicated to the use of “arbitration” the genesis of which was for a long time attributed to the Western Middle Ages period, although it was used in its inter-state form since ancient times². This remark stays true with respect to the use of sanctions, including in their extraterritorial shape. As way of introduction, two sets of examples illustrate resemblances with our times.

Before the Peloponnesian War between Athens and Sparta, Thucydides reports that Megara had its citizens excluded from the Athenian markets³. In fact, the three *Decrees of Megara* were adopted by Athens towards the prohibition for Megarian merchants to use market places and ports under domination of Athens. At that time, the whole Greek trade system was centered and dependent on the Aegean Sea. Hegemonic Athens sailed the most important fleet along with colonies and allied cities covering almost all shores around the sea, including what is now part of Turkey. The impact of this exclusion from a common Greek market thus embodied serious consequences for Megarian traders.

More recently, between the 13th and the 15th century, the Vatican and Venice designed and enforced a system of unilateral sanctions against rivals, *i.e.* Mamluks and Turks. Papal embargoes were “extraterritorial” in the strict sense, because they applied over the territorial boundaries of Vatican. But as canon law, they were spiritually and legally binding on Catholics, that is falling under the “jurisdiction” of the Vatican⁴. Sanctions were of spiritual

¹ “...Les peuples ont une très faible mémoire historique. <...> En ce qui concerne, en particulier l’histoire des institutions sociales de droit public et de droit international, cette ignorance consiste soit à attribuer à des phénomènes historiques récents une ancienneté qui ne leur appartient pas, soit, au contraire, à considérer comme fruits d’un progrès culturel moderne des éléments de civilisation vieux de plusieurs siècles, sinon de plusieurs milliers d’années” (*M. de Taube*, L’apport de Byzance au développement du droit international occidental, in: Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye / Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 67, Martinus Nijhoff Pub., 1939, p. 237).

² *W.L. Westermann*, Interstate Arbitration in Antiquity, *The Classical Journal*, Vol. 2 (1907), No. 5, p. 200 (available at: <https://archive.org/details/jstor-3287241/page/n3>).

³ *Thucyd.* 1.67, 139.

⁴ *St.K. Stantchev*, Embargo: The Origins of an Idea and the Implications of a Policy in Europe and the Mediterranean, ca. 1100 – ca. 1500: Ph.D. Thesis, University of Michigan, 2009, p. 82 (available at: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/63734/stan?sequence=1>).

(excommunication and eternal damnation), social (obligation of Princes to bring them to slavery or prison) and economic nature (confiscation of assets)¹. Interestingly, the Vatican's complex system of licensing can be compared with a modern system of granting General Licenses.

The hegemonic Venice of the 15th century also presents features that can be found in modern sanctions. With focus on the means of transportation², Venice sought to limit large trade with Turks and to minimize risks arising in connection with an emerged naval power in the Mediterranean Sea. Although legally applicable only to persons under jurisdiction of Venice, trade restrictions were also applied through the use of force, to Florentine and Milanese vessels sailing to the Turks. Vessels were stopped and re-routed to Venice, cargo was confiscated and the crew was fined or placed in custody. The intrinsic illegality of those measures was undisputable, proved by the fact that Venetia had set up multiple sub-commissions to decide on the legality of the seizure³. As a result in most cases cargo and vessels were released. Yet a commercial loss had occurred and the objective of those unilateral sanctions was deemed achieved.

Closer to our time, the US Treasury Department had a long history of dealing with sanctions. Dating back prior to the War of 1812, Secretary of the Treasury Gallatin administered sanctions imposed against Great Britain for the harassment of American sailors. During the Civil War, Congress approved a law which prohibited transactions with the Confederacy and called for the forfeiture of goods involved in such transactions as well as provided a licensing regime under rules and regulations administered by the Treasury⁴.

Throughout the 20th century, different sanctions regimes were imposed over other States, causing turmoil in many contractual relationships and ongoing disputes. Thus how is it different in modern times?

Modern sanctions encompass new features aiming to enhance their efficiency. First, they target not only foreign States, its officials and public entities but also individuals and private companies, who, according to the sanctioning State, are deemed to have a close link to a particular State's go-

¹ *St.K. Stantchev*, Op. cit., p. 37–38, 175 et seq.

² At this time, the technology of building carracks, the heaviest sea vessels was only mastered in Christian lands, with Venice as the strongest naval power. As a matter of illustration, biggest vessels were about 600–750 tons whereas a carrack was about 1,500 tons. See: *St.K. Stantchev*, Op. cit., p. 318–328.

³ *St.K. Stantchev*, Op. cit., p. 348 et seq.

⁴ OFAC FAQs: General Questions, Question No. 2 (https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic).

vernment. Second, the introduction of secondary sanctions designed to deter third-country actors from supporting a primary target of sanctions raises a serious concern as any foreign person could be punished for the violation of rules without being ever bound to abide by these rules. Authors admit that sanctions represent a reality of our world and therefore the question of their necessity and legitimacy was left beyond the scope of this article.

For the purpose of the present article, a distinction must be drawn between multilateral and unilateral sanctions as the binding effect of the UN Security Council resolutions¹ predetermines the mandatory application of multilateral sanctions and leaves little room for discussion². Sanctions adopted by the European Union are also excluded from the scope of the article given their territorial effect. Instead, the article is focused on a particular type of sanction, adopted by one State with the intent to produce extraterritorial effect. The United States modern sanctions instruments, so infamous for their extraterritorial reach, are a good illustration of them. For the sake of convenience, the abbreviation “EUS” will be used to name extraterritorial unilateral sanctions.

The extraterritoriality of the US sanctions is of particular interest in respect of its impact on international arbitration. Numerous examples of disputes involving a sanctioned party or a matter affected by sanctions show that international arbitration, traditionally based on the parties’ autonomy, nowadays becomes dependent on the permission of the United States to conduct arbitral proceedings. Arbitral institutions, arbitrators, legal counsels and banks are required to obtain a license from the US governmental agency. Some of them are reluctant to be involved in the resolution of a dispute falling within the scope of application of the US sanctions due to the possible refusal of banks to transfer arbitration and legal fees. Those are just a few examples to demonstrate how the extraterritorial US sanctions can potentially conflict with the principle of the parties’ autonomy and undermine the most attractive aspects of arbitration – the so called “five Es” – efficiency, expedition, expertise, evenhandedness and enforceability³.

In order to assess the impact of the EUS on arbitral proceedings, it is helpful to explore the US legal framework related to sanctions and different actors

¹ UN Charter, Arts. 2, 41 (<http://www.un.org/en/sections/un-charter/un-charter-full-text/>).

² *M. Azeredo da Silveira*, Trade Sanctions and International Sales: An Inquiry into International Arbitration and Commercial Litigation, Kluwer Law International, 2014, para. 240.

³ *J. Greene*, From Hitchhiking Across Africa to International Arbitration Star: A Q&A with Wilmer’s Gary Born (14 May 2018) (<https://www.law.com/litigationdaily/2018/05/14/from-hitchhiking-across-africa-to-international-arbitration-star-a-qa-with-wilmers-gary-born/>).

involved (Section 1). Given the characteristics of the EUS, they may produce effects pursuant to rules of private international law and arbitration theories (Section 2). However, as EUS affect both the inter-State order (public international law) and the State-persons order (private international law), the arbitral tribunal is entitled within its mandate to “cross the bridge” of public international law in order to assess the impact of EUS on the conduct and outcome of arbitration (Section 3). A last section will seek to summarize the position and explore potential solutions for arbitration to adapt to a situation which seems quite durable (Section 4).

1. Nature of EUS under US Laws and Their Impact on International Arbitration

1.1. What the United States Sanctions Are and Why They Are So Special

By way of preliminary remarks, we would like to draw attention to certain issues that are sometimes incorrectly interpreted by media and even by legal practitioners.

First of all, the US sanctions represent the implementation of multiple legal authorities, such as public laws (statutes) passed by Congress, executive orders issued by the President, and enforcement measures by US agencies. The Presidential statutory authority to impose sanctions derives from the International Emergency Economic Powers Act¹ (hereinafter – IEEPA) enacted as the locus of executive economic authority during national-emergency situations. At the same time, the President’s authority under IEEPA is subject to procedural limitations designed to ensure the essential legislative superiority of Congress in the formulation of sanctions regimes created under the IEEPA’s delegation of emergency power².

Unlike the President and the Congress, the Office of Foreign Assets Control of the US Department of the Treasury (hereinafter – OFAC) does not impose economic and trade sanctions but rather administers and enforces sanctions programs against certain countries, governments, entities and individuals³. As part of its enforcement efforts, OFAC publishes a list

¹ <https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/ieepa.pdf>

² Congress has an oversight role under IEEPA.

³ OFAC FAQs: General Questions, Questions Nos. 1 & 2 (https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic). OFAC is the successor to the Office of Foreign Funds Control (FFC), which was established at the advent of World War II in order to prevent Nazi use of the occupied countries’ holdings of foreign exchange and securities and to prevent forced repatriation of funds belonging to nationals of those countries.

of individuals and companies owned or controlled by, or acting for or on behalf of, targeted countries¹. It also lists individuals, groups, and entities, such as terrorists and narcotics traffickers designated under programs that are not country-specific. Collectively, such individuals and companies are called “Specially Designated Nationals” or “SDNs”². OFAC is also authorized to bring administrative enforcement actions for violations of US sanctions, including imposition of civil monetary penalties and other administrative actions (e.g., license denial, suspension, revocation as well as cease and desist orders)³. In appropriate circumstances, OFAC may refer the matter to competent law enforcement agencies for criminal investigation and / or prosecution⁴.

Second, US laws, including sanctions, do not apply extraterritorially without express congressional authorization⁵. In this regard, the Congress shall clearly state that the laws are to be applied extraterritorially⁶. This is because the US statutes, including those imposing sanctions, are presumed to be territorial, and to overcome this presumption the Congress shall grant the executive authority with the powers to broaden the scope of the US jurisdiction and apply the sanctions extraterritorially⁷. According to the approach taken by the US courts⁸, in order to confirm the extraterritorial

¹ OFAC – Sanctions Programs and Information (<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Pages/default.aspx>).

² Ibidem.

³ The Economic Sanctions Enforcement Guidelines, Federal Register, Vol. 74 (2009), No. 215, p. 57602 (available at: https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Documents/fr74_57593.pdf).

⁴ Ibidem.

⁵ *United States v. Hoskins*, No. 16-1010 (2d Cir. 2018) (<https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca2/16-1010/16-1010-2018-08-24.pdf?ts=1535121008>).

⁶ Ibidem.

⁷ *RJR Nabisco, Inc. v. European Community*, 579 U.S. ___ (2016) (https://www.supremecourt.gov/opinions/15pdf/15-138_5866.pdf); *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247, 255 (2010) (available at: <https://corpgov.law.harvard.edu/wp-content/uploads/2014/08/Morrison-v-Natl-Austl-Bank-US-2010.pdf>); *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 U.S. 437, 454 (2007).

⁸ See: *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010) (this case was referred to in the recent *United States v. Lawrence Hoskins* (No. 16-1010 (2d Cir. 2018))), where the US Court of Appeals for the Second Circuit refused to apply the sanctions under Foreign Corrupt Practices Act extraterritorially against Lawrence Hoskins, the UK citizen); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 569 U.S. ___ (2013) (https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_l6gn.pdf).

application of a statute, the presumption against extraterritoriality has to be rebutted. In this regard, the US courts apply a two-step approach: (i) the court asks whether the statute gives a clear, affirmative indication that it applies extraterritorially; (ii) if, and only if, the statute is not found extraterritorial at step one, the court moves to step two, where it examines the statute's "focus" to determine whether the case involves a domestic application of the statute. If the conduct relevant to the statute's focus occurred in the US, then the case involves a permissible domestic application even if other conduct occurred abroad; but if the relevant conduct occurred in a foreign country, then the case involves an impermissible extraterritorial application regardless of whether other conduct occurred in the US territory. In the event the statute is found to have a clear extraterritorial effect at step one, then the statute's scope turns on the limits Congress has or has not imposed on the statute's foreign application, and not on the statute's "focus". Thus, the extraterritorial reach of the US sanctions is an exception to the rule of the presumed territoriality of sanctions.

Third, the US sanctions programs do not regulate the conduct of the targeted nations, persons, and organizations. Rather, they are addressed to US persons, namely, all US citizens and permanent resident aliens regardless of where they are located; all persons and entities within the United States; all US incorporated entities and their foreign branches¹. In the cases of certain programs, foreign subsidiaries owned or controlled by US companies also must comply². Certain programs also require foreign persons in possession of US-origin goods to comply³. As can be seen, the term "United States person" is extremely wide and even includes foreign subsidiaries of US-companies.

Fourth, the US sanctions can be either comprehensive or selective (the so-called "smart" sanctions). The traditional type of US sanctions is comprehensive country-based sanctions, which prohibit virtually all activities and transactions involving a certain country⁴. Recently, the US has begun to use other kinds of sanctions, so-called "smart" or list-based sanctions

¹ OFAC FAQs: General Questions, Question No. 11 (https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic).

² Ibidem.

³ Ibidem.

⁴ For example, Cuban sanctions, Iranian Sanctions; more information on US Treasury Sanctions Programs and Country see: Active Sanctions Programs (<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/Programs/Pages/Programs.aspx>).

targeting particular persons, entities, and organizations, rather than an entire nation or regime¹.

Fifth, the extraterritorial application of each sanctions program varies according to the specific regulations governing that particular sanction's regime. What makes the US sanctions so special is that the US not only imposes primary sanctions to restrict US persons from dealing with a targeted person, but also applies secondary sanctions designed to inhibit non-US persons from doing business, with a target of primary sanctions². Secondary sanctions have proven highly controversial as unduly extending the territorial jurisdiction of the United States³.

In the context of arbitration, the mere threat of secondary sanctions may affect a smooth-running conduct of arbitral proceedings as legal counsels, arbitrators and banks may refuse to deal with a situation involving a targeted person. Likewise, the majority of arbitral institutions have to adopt special compliance policy in order to meet the sanctions requirement. The impact of the US sanctions on arbitration will be further analyzed in detail.

1.2. Practical Impact of EUS on Arbitration Protagonists

As mentioned above, the US sanctions apply to all US persons. Their involvement in arbitral proceedings as counsel, arbitrator, secretary or administrator of the case will almost certainly trigger the application of the US sanctions regulation based on the nationality principle. As a result, US persons resign from the positions or refuse to participate in arbitration with a sanctioned party or over the subject matter of the dispute involving sanctions unless they receive a special permission (license) from OFAC.

In respect of non-US persons, the greatest threat is posed by the extraterritorial reach of sanctions implemented in secondary sanctions, which apply to any person regardless of their nationality. In this context and given the

¹ Other OFAC Sanctions Lists (<https://www.treasury.gov/resource-center/sanctions/SDN-List/Pages/Other-OFAC-Sanctions-Lists.aspx>).

² For example, according to Sec. 104(b)(1) of the Countering America's Adversaries Through Sanctions Act (<https://www.congress.gov/115/plaws/publ44/PLAW-115publ44.pdf>) (hereinafter – CAATSA) the US President is entrusted with ample powers to take measures against “any person that... knowingly engages in any activity that materially contributes to the activities of the Government of Iran with respect to its ballistic missile program, or any other program in Iran for developing, deploying, or maintaining systems capable of delivering weapons of mass destruction...”.

³ Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 58th Sess., Supp. No. 10, at 529–530, U.N. Doc. A/61/10 (2006) (available at: http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_61_10.pdf).

vague wording used in the US sanctions regulation, non-US actors of arbitration process can be deemed rendering a “technical assistance” qualifying as a financial transaction to a designated person that entails the imposition of civil or criminal penalties¹.

The risk of secondary sanctions being imposed has a paralyzing effect over arbitration protagonists at the stage of initiating an arbitration process. This equally applies to arbitrators, legal counsels, arbitral institutions, banks, let alone the sanctioned persons.

Regarding arbitrators and legal counsels, there are two main concerns: (i) a fear of secondary sanctions; (ii) payment of arbitration (legal) fees. The former has been already discussed. In this regard, however, the risk of exposure to secondary sanctions exists not only in relation to arbitrators or lawyers as individuals, but also in relation to law firms. Existence of US subsidiaries or a parent company in the US territory increases the risk of being sanctioned². The second concern is attributable to the risk of non-payment due to the possible banks’ refusal to process a payment from the sanctioned person to an arbitrator (arbitral tribunal) or counsel. Indeed, the vast majority of financial institutions adopted special compliance policies to meet the requirements of OFAC regulation prescribing to block transactions of sanctioned persons. In this case, banks refuse to remit payments from the sanctioned persons to counsels or arbitrators (arbitral institutions) out of fear of being sanctioned themselves. As a result, arbitrators and counsels are unable to receive arbitration (legal) fees and are forced to seek guidance from OFAC. Some choose to resign or refuse to accept such clients that, in turn, entails another problem — denial of access of the sanctioned persons to the most basic and necessary services, such as legal representation.

By way of example, a survey conducted in 2016 reveals the impact of sanctions on arbitrators regarding their refusals or resignations (8% and 7%, with respectively 15% and 20% refusing to answer), and the experienced difficulties with the payment of arbitration fees (23%)³. Though the survey demonstrates insignificant percentage of refusals or resignations attributable to sanctions, one should bear in mind that (i) 15 to 20% of respondents refused to answer

¹ OFAC FAQs: General Questions, Question No. 12 (https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic).

² OFAC FAQs: General Questions, Question No. 11 (https://www.treasury.gov/resource-center/faqs/Sanctions/Pages/faq_general.aspx#basic).

³ 2016 Russian Arbitration Association Survey: The Impact of Sanctions on Commercial Arbitration (<http://arbitrationsweden.com/upload/medialibrary/e1e/2016-raa-survey-on-sanctions-and-arbitration.pdf>), p. 16.

this question; and (ii) the survey was conducted in 2016 and does not reflect the modern circumstances after the adoption of new sets of anti-Russian and anti-Iranian sanctions.

Arbitral institutions are also considered at risk in this context. In a joint publication of 2015, in the wake of the EU sanctions against Russia, the heads of the ICC International Court of Arbitration, the London Court of International Arbitration (LCIA) and the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC) addressed certain concerns of the Russian community. The view expressed was that “nothing has changed. With the exception of compliance measures”¹. Speaking about both the US and EU sanctions, the Director General of the LCIA noted in 2015 that very few cases were impacted and that “the LCIA will assess whether the services provided by the LCIA fall within the scope of the sanction” and if it was the case would “liaise with the relevant domestic body responsible for the implementation and administration of international financial sanctions”². One year later in 2016, the ICC wrote that “[s]anctions regulations may be applicable to DRS [Dispute Resolution Services] activities”³.

Pursuant to the compliance policies, the ICC International Court of Arbitration maintains a dialogue with French authorities, likewise the LCIA notifies the UK authorities in respect of the disputes involving sanctioned parties or matters, and both notify OFAC and seek its guidance. Nonetheless, the ICC International Court of Arbitration mentions that, should the administration of a case trigger a requirement to notify the US authorities, they will communicate the relevant information, including concerning the content of the award⁴. Therein, Swiss, Canadian or Australian sanctions regimes are nowhere mentioned, which apparently shows a different standard of appreciation.

Digging further, however, it becomes evident that arbitral institutions, along with arbitrators and counsels, are not to be blamed for this state of

¹ The potential impact of the EU sanctions against Russia on international arbitration administered by EU-based institutions (17 June 2015) (https://sccinstitute.com/media/80988/legal-insight-icc_lcia_scc-on-sanctions_17-june-2015.pdf), p. 5.

² *J.J. van Haersolte-van Hof*, London Court of International Arbitration: Current Challenges and Opportunities, in: A.V. Asoskov, A.I. Muranov & R.M. Khodykin (eds.), *New Horizons of International Arbitration*, Issue 3, Association of Private International and Comparative Law Studies, 2015, p. 36 (para. 79).

³ Note to Parties and Arbitral Tribunals on ICC Compliance (June 2016) (http://library.icc-wbo.org/content/dr/PRACTICE_NOTES/SNFC_0019.htm?l1=Practice+Notes&l2=).

⁴ *Ibidem*.

affairs because they are trapped in a situation of total dependence on the financial system of a certain country – the United States. Indeed, it seems that the cornerstone of the problem lays with the ability to process payment by the banks. In all disputes, either arbitration or litigation, there are several banks involved: to pay and to receive fees, to pay and to receive awarded sums etc. In an inter-connected banking system, banks, including foreign banks, are connected to the US and are therefore vulnerable to heavy fines in case of non-compliance with sanctions regulations¹. And often, they overreact to this risk. As noted in a report released in 2014, the ICC Banking Commission noticed the generalization of “sanctions clauses” in trade finance-related instruments with broad application, sometimes even beyond what would be applicable and required from the bank². General and Particular Terms of Conditions of major banks also contain broad “sanctions clauses”, which may entitle them to appreciate the economic risk over the legal risk that a particular sanctions regime applies or not. In particular, certain clauses include the UN, EU and US sanctions, irrespective of the nationality of a client, location of the bank or type of services rendered. In this sense, banks have become real vectors of the US sanctions in territories where US law is not considered applicable. This situation highly affects the possibility of conducting arbitration. Reportedly, certain resignations from lawyers or arbitration institutions were directly linked with their banks’ unwillingness to process transactions on the grounds of foreign sanctions.

Thus, even regardless of the extraterritorial reach of sanctions, one cannot deny their impact on arbitration, starting from its earliest stage (instructing counsels, approaching arbitral institutions and nominating arbitrators). All this deprives sanctioned persons from those advantages of international arbitration that make this method of dispute resolution so attractive for cross-border business relations. Indeed, due to compliance policies adopted by banks and arbitral institutions, which include notification of OFAC, obtaining of licenses, clearance of transactions, arbitration becomes less expeditious and less efficient, not to mention unavailability of its emergency proceedings

¹ Section 226 of CAATSA amended Sec. 5 the Ukraine Freedom Support Act of 2014 (<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/22/8924>) by mandating that the President impose sanctions *on any foreign financial institution* determined to knowingly engage in a significant financial transaction on behalf of any Russian person included on OFAC’s SDN List pursuant to E.O. 13661 and E.O. 13662.

² Guidance Paper on the Use of Sanctions Clauses in Trade Finance-Related Instruments Subject to ICC Rules (Document No. 470/1238), para. 3.1 (<https://iccwbo.org/publication/guidance-paper-on-the-use-of-sanctions-clauses-2014/>).

for sanctioned persons¹. Numerous refusals and resignations of arbitrators and counsels narrow down the market of dispute resolution services, thereby increasing the competitive advantages of those who are willing to accept the risks attributable to sanctions. As such, a sanctioned person pays a higher price for dispute resolution services, re-evaluated so as to include a margin for sanctions risks. Likewise, EUS directly affect confidentiality of arbitral proceedings due to the arbitral institutions' duty to notify the US authorities of payments and rendered awards. In this context, the concept of the "5 Es" in arbitration proposed by Professor Gary Born seems seriously crippled.

2. Impact of the EUS in the Conduct of the Arbitration

In the previous section, we referred to the effect EUS have on the initial stage of arbitration. It is genuine to question, therefore, whether such impediment exists in the course of other stages of arbitral proceedings and to answer the following questions: (i) to what extent EUS have an impact on the conduct of arbitral proceedings and (ii) on the outcome of the dispute.

2.1. Validity and Capacity to Enter into Arbitration Agreement

At the stage of commencement of arbitral proceedings, an arbitral tribunal might face a question of applicability of EUS to the validity of arbitration agreement and the possibility to arbitrate the dispute (or arbitrability).

First of all, the arbitration clause is severable from the contract, which means that in case the contract is found unlawful the arbitration clause will remain in force². This principle of autonomy of the arbitration agreement is a substantive rule of international arbitration and was not only considered by scholars³ and domestic courts⁴, but also integrated in arbitration rules⁵.

¹ Emergency arbitration procedure requires the petitioner to make a payment at the very beginning, condition for which an emergency arbitrator will be appointed and accomplish its duties. These "premium" arbitration services are reportedly closed to sanctioned persons.

² *H. Arfazadeh*, *Ordre public et arbitrage international à l'épreuve de mondialisation*, LGDJ, 2005. p. 45.

³ *E. Gaillard*, *Legal Theory of International Arbitration*, Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 50 (para. 56).

⁴ Cass. 1^{er} civ., 20 décembre 1993, pourvoi n° 91-16.828, Bull. civ. I, n° 372, JDI 1994, 432, note Gaillard; BGer 4A_438/2013 vom 27.02.2014 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140227_4A_438-2013.html); in English: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20f%C3%A9vrier%202014%204A%20438%202013.pdf>).

⁵ See, e.g.: ICC Arbitration Rules (2017), Art. 6(9); LCIA Rules (2014), Art. 23.2; UNCITRAL Rules (as revised in 2010), Art. 23(1); UNCITRAL Model Law (with amendments as adopted in 2006), Art. 16(1).

The principle of separability of arbitration agreement has a close link with the principle of party autonomy, pursuant to which parties agreeing on an arbitration clause virtually enter into a separate agreement. As far as we know none of the existing sanctions regimes does expressly forbid private persons to conclude an arbitration agreement. One could see from this reluctance that a right of access to arbitral justice is so fundamental in international commercial relationships that one could consider it a universal principle¹.

Secondly, if it does not affect the validity of the arbitration agreement, the question of whether the subject matter is suitable for arbitration could arise before both an arbitral tribunal and national courts at the enforcement level. Amongst scholars² and courts³ it seems acknowledged that the existence of a sanction regime against a State (encompassing here UN and EU sanctions) does not affect the arbitrability of a claim nor the validity of the arbitration clause.

Furthermore, arbitral tribunals, by reference to the *lex arbitri*, or to principles of international arbitration, must ensure that their awards will be effective⁴. Thus, the relevant sub-question is whether or not the *lex arbitri* would incorporate EUS as part of “its” transnational public order, so that it would have an impact on the arbitrability of the dispute. Given the different grounds on which they are adopted, we do not see a common denominator in the rationale for the EUS and this *ab initio* constitutes a great difficulty for including them in any transnational public order.

¹ H. Arfazadeh, *Op. cit.*, p. 60.

² See, e.g.: T. Szabados, EU Economic Sanctions in Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 35 (2018), Issue 4, p. 445; I.M. Moutaye & E.V. Billebro, Vybor arbitrazhno-go foruma razresheniya sporov v svete sanktsiy protiv Rossii [Choice of Arbitration Venue in Light of Sanctions Against Russia], in: A.V. Asoskov, A.I. Muranov & R.M. Khodikin (eds.), *New Horizons in International Arbitration*, Issue 3, p. 57–59.

³ See, e.g.: *Fincantieri v. Ministry of Defense of Iraq*, ICC Award No. 6719 (25 November 1991) (Interim Award), *Journal du droit international* (Clunet), 1994, p. 1071; *Air France v. Libyan Airlines*, CA Québec, 31 March 2003, *ASA Bulletin*, Vol. 21 (2003), Issue 3, p. 630; *Legal Department of the Ministry of Justice of the Republic of Iraq v. Fincantieri-Cantieri Navali Italiani*, CA Paris, 15 June 2006, *Revue de l'arbitrage*: Bulletin du Comité français de l'arbitrage, 2007, n° 1, p. 87; *contra*: *Fincantieri – Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v. Ministry of Defence and Armament, Supply, Directorate of Iraq and Republic of Iraq*, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXI (1996), p. 594 (reported in: E. de Brabandere & D. Holloway, *Sanctions and International Arbitration* (Grotius Centre Working Paper 2016/058-IEL) (<https://core.ac.uk/download/pdf/151302825.pdf>), p. 4–5); *Government and Ministries of the Republic of Iraq v. Armamenti e Aerospazio SpA, in liquidation et al.*, Corte di Cassazione, Plenary Session, 24 November 2015, no. 23893, *Yearbook of Commercial Arbitration*, Vol. XLI (2016), p. 503.

⁴ M. Azeredo da Silveira, *Op. cit.*, para. 137 et seq.

Therefore, the existence of foreign mandatory norms affects rather the merits of a case than the validity of the arbitration clause or the arbitrability of the dispute. There may be no discussion if the US law governs the contract, but the answer is not as evident when the US law does not apply. In this case, arbitral tribunals shall decide whether EUS produce effects on the contractual relations of the parties.

2.2. *Appreciation of the Nature of EUS by Arbitrators in the Context of Conflict of Laws Assessment*

In this section, we will seek to assess the place of EUS in the law governing the contract. For this purpose, it is assumed that parties failed to choose the applicable law and an arbitral tribunal will have to decide on the application of EUS to the merits of the dispute.

Legal doctrine debated whether foreign law not governing the contract should be considered as a fact or as a law¹. Pursuant to the first approach, foreign sanctions would become relevant as a *datum*, *i.e.* in order to understand the factual background of the dispute and to assess the right to terminate a contract, referring either to force majeure or hardship event through the prism of the law applicable to the merits². The second approach, on the contrary, characterizes sanctions as a law, thus susceptible to producing effects on the validity of the contract subject to the resolution of conflict of laws by private international law mechanisms³. The third approach seeks to reconcile the two previous approaches and to permit both the consideration of foreign sanctions as overriding mandatory rules and as a factual element justifying the non-performance of the contract⁴.

¹ *M. Azeredo da Silveira*, Op. cit., paras. 56–94.

² See, *e.g.*: *G. van Hecke*, The Effect of Economic Coercion on Private Relationships, *Revue belge du droit international (RBDI)*, Vol. 18 (1984–1985), n° 1, p. 116 (available at: http://rbdj.bruiant.be/public/index.php?module_id=00000000009&rec_id=00000025242_00000011782); *H. van Houtte*, Trade Sanctions and Arbitration, *International Business Lawyer*, Vol. 25 (1997), p. 166–167.

³ This approach is represented in the private international law instruments, such as the Swiss Private International Law Act or the Rome I Regulation.

⁴ *Chr. Brunner*, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration, *Kluwer Law International*, 2009, p. 272–273; *T. Ahn*, The Applicability of Economic Sanctions to the Merits in International Arbitration Proceedings: With a Focus on the Dynamics between Public International Law Principles, Private International Law Rules and International Arbitration Theories, *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol. 18 (2018), No. 2, p. 302–303 (available at: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1401&context=drj>).

In our view, it is unreasonable to disregard the legal nature of a foreign law validly adopted at the domestic level. Moreover, whether or not it can serve to justify the non-performance of the contractual obligations is a matter for the governing law to decide. For instance, in a contractual dispute between an Iranian party and a French company, subsidiary of a US company, French courts considered that US sanctions did not apply to the dispute as they did not qualify as overriding mandatory rules in accordance with the Rome I Regulation. Hence, the court granted a claim against the French company which had terminated the contracts¹. Examples provided by domestic litigation are somehow limited because of the absence of codified rules of private international law to use for classification and application of foreign laws in the context of a particular dispute. By analogy, arbitral tribunals can use the same approach as provided under the Rome I Regulation that, in the context of arbitration, there is a distinction between mandatory and overriding mandatory provisions².

Overriding mandatory provisions have the characteristic of being directly applicable irrespective of the parties' choice of law. Hence, they "have the characteristic to force in the jurisdiction of the legal order to which they belong by impinging on the legal order designated by the conflict of laws rule"³. They belong to a certain category of norms which legitimacy to be directly applicable derives from their purpose or scope of application⁴. As defined in the Rome I Regulation such overriding mandatory provisions are "crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organization"⁵. Under this legal instrument, not all provisions considered "crucial" are applicable, but only those of

¹ CA Paris, 25 février 2015, n° 12/23757 (<https://www.lynxlex.com/fr/text/rome-i-r%C3%A8gl-5932008/ca-paris-25-f%C3%A9vr-2015-n%C2%B0-1223757/3137>).

² Award of 11 January 1982, Yearbook of Commercial Arbitration, Vol. VIII (1983), p. 160 (reported in: *M. Azeredo da Silveira*, Op. cit., p. 115 (para. 179)).

³ "...Ont pour caractéristique de forcer la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, en empiétant sur la compétence normale de l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit de lois" (*P. Mayer*, Les lois de police étrangères, Journal du droit international (Clunet), 1981, p. 297 (reprinted in: Choix d'articles de Pierre Mayer. LGDJ, 2015 (available at: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3661920/mod_resource/content/1/MAYER.pdf)).

⁴ *M. Azeredo da Silveira*, Op. cit., p. 54 (para. 89).

⁵ 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), Art. 9(1), OJ, 2008, L 177, p. 13. Under Art. 9(3), not all provisions considered "crucial" are applicable, only those of the *lex fori* and of the place where the contract have or is to be performed.

the *lex fori* and the law of the place where the contract is to be performed. Here, the Rome I Regulation provides a non-exhaustive (“such as”) list of features of an overriding mandatory provision. This list shall be assessed by the court when it considers a dispute involving mandatory provisions of foreign law.

Some authors suggested that arbitrators need a proper method to decide on the applicability of mandatory rules, to balance the principle of party autonomy with mandatory rules of another legal system. For certain authors, arbitrators should observe a balancing test, encompassing the totality of relevant facts, in order to decide whether to apply the foreign mandatory provisions to the case¹. Scholars have proposed various criteria to be taken into account. The “close connection” test would mean to observe the mandatory rules of the seat of arbitration and of the places the award is likely to be enforced². The “application-worthiness” test enables to rely on different class of norms in support or against the application of the mandatory laws. In this respect, two categories of interests are presented. The first category appeals to consider objective norms: transnational public order³, “universally recognized legally protected interests”⁴, or strong public interest of concerned states or supranational entities⁵. The second one narrows down this test to the intent of the parties and to the identification by an arbitrator of their legitimate expectations⁶.

¹ See, e.g.: *P. Mayer*, Mandatory Rules of Law in International Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 2 (1986), Issue 4, p. 274–293 <https://doi.org/10.1093/arbitration/2.4.274>; *M. Blessing*, Mandatory Rules of Law versus Party Autonomy in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14 (1997), Issue 4, p. 27–34.

² *A. Barraclough & J. Waincymer*, Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6 (2005), Issue 2, p. 25.

³ *E. Gaillard & J. Savage* (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 851.

⁴ *N. Vosel*, Mandatory Rules of Law as a Limitation on the Law Applicable in International Commercial Arbitration, *American Review of International Arbitration (ARIA)*, Vol. 7 (1996), No. 3–4, p. 351 (with the proposed definition as: “[t]he enactment of similar laws and/or the adherence to international conventions to strengthen the protection of these values [being] indicators for this common concern”).

⁵ *M. Giuliano & P. Lagarde*, Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations, OJ, 1980, C 282, p. 26 (regarding Art. 7).

⁶ As proponents of this view, amongst others: *Y. Derains*, Public Policy and the Law Applicable to the Dispute in International Arbitration, in: *P. Sanders* (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 3), Kluwer Law and Taxation Pub., 1987, p. 233.

Over-resorting to transnational public order or other universally recognized norm may progressively diminish its exceptionality. Whilst arbitrators are bound by the parties' choice of law, they have at their disposal special tools to appreciate the effect of EUS on the contractual relationships. It has been proposed that "[e]ven in the context of purely private commercial disputes, an arbitral tribunal has a public role and function to perform, and cannot remain categorically deaf to the values underlying truly mandatory rules of law, whatever their source or origin may be"¹. This statement contains, in our opinion, two important aspects. First, it emphasizes the "public role" of an arbitral tribunal. Although operated by private parties, arbitration performs a mission of public service for peaceful resolution of commercial disputes. Secondly, it reinforces the premise that foreign law provisions shall not be considered "overriding" because of their *modus operandi*, but shall rather be considered in light of the values they intend to protect.

It falls within the terms of the arbitral tribunal's mission to apply the law chosen by the parties and, if relevant, to decide on the applicability of mandatory provisions of foreign law. Given the peculiar nature, features and objectives of EUS (achieving political goals), they exist and are capable of producing effects both in public international law and private international law². Standing on both legal orders, characterizing them as overriding must be done by resorting to means of interpretation and principles belonging to these legal orders. In this respect, arbitral tribunals shall resort to the methodology of public international law in order to decide whether particular EUS shall be granted effect in a particular case.

3. The Appreciation of EUS under Public International Law

In order to maintain international peace and security and to develop peaceful cooperation between States, international law sets up certain boundaries for States to exercise their power and sovereign rights. Such boundaries are embodied in the universally recognized principles of sovereign equality of States and non-intervention, which are binding on all States as a matter

¹ G.A. Bermann, Introduction. The Origin and Operation of Mandatory Rules, in: G.A. Bermann & L.A. Mistelis (ed.), *Mandatory Rules of Law in International Arbitration*, Juris Pub., 2007, p. 8; see also: O. Lando, *The Law Applicable to the Merits of the Dispute*, in: P. Šarčević (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Graham & Trotman; Martinus Nijhoff Pub., 1989, p. 158.

² M. Azeredo da Silveira, *Op. cit.*, para. 98.

of treaty law¹ and of customary international law². The authors of the present article believe that both principles restrict the extraterritorial exercise of State powers and thus render EUS unlawful.

3.1. Principle of Sovereign Equality of States

The principle of sovereign equality of States, enshrined in the UN Charter, derives from the concept of sovereignty, which, in turn, has a strong link with the notions of jurisdiction and territoriality³.

The interplay of the notions was considered in detail in the Case of the S.S. “Lotus” handled by the Permanent Court of International Justice. One of the principles established by the Court was that the jurisdiction of a State is territorial in nature and that a State cannot exercise its jurisdiction outside its territory unless an international treaty or customary law permits it to do so:

“Now the first and foremost restriction imposed by international law upon a State is that – failing the existence of a permissive rule to the contrary – it may not exercise its power in any form in the territory of another State. In this sense jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention.

It does not, however, follow that international law prohibits a State from exercising jurisdiction in its own territory, in respect of any case which relates

¹ UN Charter, Art. 2; Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations, G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, Annex, U.N. Doc. A/5217 (1970) (<http://www.un-documents.net/a25r2625.htm>).

² Military and Paramilitary Activities (*Nicar. v. U.S.*), 1986 I.C.J. 14 (Judgment of 27 June 1986), ¶ 185 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf>).

Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, U.N. GAOR, Human Rights Council, 36th Sess., Agenda item 3: Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development, U.N. Doc. A/HRC/36/44 (2017), para. 22 (https://digitallibrary.un.org/record/1315418/files/A_HRC_36_44-EN.pdf).

³ See: Island of Palmas case (Netherlands, USA), Award of the Tribunal (4 April 1928), Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. II, p. 838 (available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_II/829-871.pdf) (“Sovereignty in the relations between States signifies independence. Independence in regard to a portion of the globe is the right to exercise therein, to the exclusion of any other State, the functions of a State. The development of the national organisation of States during the last few centuries and, as a corollary, the development of international law, have established this principle of the exclusive competence of the State in regard to its own territory in such a way as to make it the point of departure in settling most questions that concern international relations”).

to acts which have taken place abroad, and in which it cannot rely on some permissive rule of international law. Such a view would only be tenable if international law contained a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, and if, as an exception to this general prohibition, it allowed States to do so in certain specific cases. But this is certainly not the case under international law as it stands at present. <...>.

<...>

In these circumstances, all that can be required of a State is that it should not overstep the limits which international law places upon its jurisdiction; within these limits, its title to exercise jurisdiction rests in its sovereignty”¹.

The *Lotus* case provided an important dictum on the territorial limits of a State’s jurisdiction that was subsequently reaffirmed in several ICJ decisions on the merits².

The Court also emphasized the distinction between enforcement jurisdiction (*i.e.* the capacity of a State to ensure compliance with the law) and prescriptive jurisdiction (*i.e.* the law-making capacity of a State)³. If the former is strictly territorial, the latter can be extraterritorial provided that it complies with the boundaries set forth by international law. Conversely, “if the substantive [prescriptive] jurisdiction is beyond lawful limits, then any consequent enforcement jurisdiction is unlawful”⁴. This distinction formed

¹ The Case of the S.S. “*Lotus*” (*Fr. v. Turk.*), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 10 (7 September), p. 18–19 (available at: https://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_A/A_10/30_Lotus_Arret.pdf). This case involved the exercise of adjudicative jurisdiction by Turkey with respect to the criminal responsibility of a French national on a French vessel for the deaths of Turkish nationals on a Turkish vessel resulting from a collision of the two vessels on the high seas after the French vessel had arrived at Istanbul.

² North Sea Continental Shelf Cases (*F.R.G. v. Den.*; *F.R.G. v. Neth.*), 1969 I.C.J. 3 (Judgment of 20 February 1969) (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>); Military and Paramilitary Activities (*Nicar. v. U.S.*), 1986 I.C.J. 14 (Judgment of 27 June 1986); Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, 1996 I.C.J. 226 (Advisory Opinion of 8 July 1996) (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>). Yet, the *Lotus* case remains a cornerstone of the public international law of jurisdiction, its dictum on the territorial nature of jurisdiction was further reconsidered and developed in respect of the extraterritorial extension of a State jurisdiction.

³ *B. Stern*, Can the United States Set Rules for the World? A French View, *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), Issue 4, p. 10.

⁴ *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 308; *B.H. Oxman*, Jurisdiction of States, in: R. Bernhardt & P. Macalister-Smith (eds.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2th ed., Vol. 3, North-Holland, 1997, p. 55.

the basis for the further development of the principles of extraterritorial jurisdiction and for the justification of legitimacy of extraterritorial reach of domestic laws, including unilateral sanctions. In this regard, the rules of jurisdiction do not prevent the US from extending its national laws to conduct of foreign nationals in foreign countries. The US, however, cannot enforce such laws outside its own territory.

3.2. Principle of Non-Intervention

The principle of non-intervention¹ is in line with the principle of sovereign equality of States in the sense that it restricts the extraterritorial exercise of state powers and prohibits the interference of one State in the domestic or external affairs of another State without the latter's consent². In addition to UN General Assembly resolutions³, this principle is also developed in such legal instruments as the 1970 Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States (hereinafter – 1970 Declaration)⁴ and the Final Act of the Conference on Security and Co-Operation in Europe in 1975 (Art. IV)⁵ (hereinafter – Helsinki Final Act).

In these two instruments, the principle of non-intervention encompasses “all other forms of interference or attempted threats against the personality of the State or against its political, economic and cultural elements” and frames this intervention as seeking to secure an advantage of any kind⁶.

¹ UN Charter, Arts. 2(4), 2(7).

² *H. Ascensio*, Extraterritoriality as an instrument: Contribution to the work of the UN Secretary-General's Special Representative on human rights and transnational corporations and other businesses, para. 7 (<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/ruggie/extraterritoriality-as-instrument-ascensio-for-ruggie-dec-2010.pdf>).

³ Non-Interference in the Internal Affairs of States, G.A. Res. 31/91, U.N. GAOR, 31st Sess., U.N. Doc. A/RES/31/91 (1976); Declaration on the Inadmissibility of Intervention and Interference in the Internal Affairs of States, G.A. Res. 36/103, U.N. GAOR, 36th Sess., U.N. Doc. A/RES36/103 (1981).

⁴ G.A. Res. 2625, U.N. GAOR, 25th Sess., Supp. No. 28, Annex, U.N. Doc. A/5217 (1970).

⁵ <https://www.osce.org/helsinki-final-act?download=true>

⁶ In the 1970 Declaration, continuing the quotation: “No State may use or encourage the use of economic political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind”; Helsinki Final Act, Art. VI: “[States] will likewise in all circumstances refrain from any other *act* of military, or of political, *economic or other coercion* designed to subordinate to their own interest the exercise by another participating State of the rights inherent in its sovereignty and thus to secure advantages of any kind” (emphasis added).

The International Court of Justice endeavored to define the scope of the principle of non-intervention in the famous *Nicaragua* case: “<...> As regards the first problem – that of the content of the principle of non-intervention – the Court will define only those aspects of the principle which appear to be relevant to the resolution of the dispute. In this respect it notes that, in view of the generally accepted formulations, the principle forbids all States or groups of States to intervene directly or indirectly in internal or external affairs of other States. A prohibited intervention must accordingly be one bearing on matters in which each State is permitted, by the principle of State sovereignty, to decide freely. One of these is the choice of a political, economic, social and cultural system, and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones. <...>”¹

The *Nicaragua* case is a crucial decision as it inferred that the 1970 Declaration, adopted unanimously, contained principles bearing a customary value². The association between EUS and the principle of non-intervention has since been made in UN resolutions³. The Court’s 1986 analysis not only remains relevant today, but also serves as a valid ground for the restriction of extraterritorial reach of the United States sanctions.

3.3. Recent Developments of International Law on Extraterritorial Jurisdiction

Both principles of sovereign equality of States and non-intervention have been subsequently developed in contemporary international law and form the basis of public international law rules on State jurisdiction. However, if historically the exercise of prescriptive jurisdiction⁴ by a State had territorial

¹ Military and Paramilitary Activities (*Nicar. v. U.S.*), ¶ 205.

² *Ibid.*, ¶ 188.

³ Human Rights and Unilateral Coercive Measures, G.A. Res. 71/193, U.N. GAOR, 71st Sess., U.N. Doc. A/RES/71/193 (2016) (http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/193).

⁴ The authors of the present article are of a view that the extraterritorial assertion of enforcement jurisdiction of one State without the consent of the other State is prohibited under international law. Such consent can be given by way of conclusion of international bilateral or multilateral agreements, which is the case in the 1968 Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters as amended (between EC member States) Lugano Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (between EC and EFTA member States). In another continent, Inter-American Convention on the Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (among OAS members).

boundaries, *i.e.* was mainly limited to persons and assets within its territory, nowadays, these boundaries become more flexible and lose their initial connection with the concept of territoriality.

Indeed, one cannot deny the necessity of extending the limits of a State's jurisdiction beyond its territorial boundaries in certain circumstances attributable, for example, to the globalization of the world economy or to the threats posed to the international community (*e.g.*, transnational crimes, including money laundering, international terrorism, drug trafficking, *etc.*)¹.

In response to these new challenges, a number of principles of jurisdiction have been developed and invoked under contemporary international law² in order to justify the extraterritorial exercise of prescriptive jurisdiction of a State, in particular: (a) the "objective" territoriality principle; (b) the "effects doctrine"; (c) the protective principle; (d) the nationality principle, and (e) the passive personality principle.

Nevertheless, the common point for all those principles is that international law permits the extraterritorial exercise of prescriptive jurisdiction only if there is a genuine connection ("reasonable link") between the subject of the regulation and the state seeking to regulate (*e.g.*, territory, effects, protection, nationality, passive personality)³.

Failure to follow any of the said principles renders the extraterritorial reach of the sanctions unlawful⁴. As explained in the Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, "most extraterritorial sanctions cannot invoke any of the above-mentioned criteria"⁵.

For the purpose of this article, of particular interest is the "effects doctrine" as frequently invoked by the United States to justify the extraterritorial reach of the sanctions⁶.

The *effects doctrine* is generally understood as referring to jurisdiction of a State to regulate conduct of a foreign national outside the territory of the State provided that there is a direct, foreseeable and substantial effect

¹ Report of the International Law Commission, p. 516.

² *Ibid.*, p. 521.

³ *B. Stern*, *Op. cit.*, p. 11–12.

⁴ Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, para. 24.

⁵ *Ibidem*.

⁶ See: *F. Hoffman-LaRoche, Ltd. v. Empagran S.A.*, 542 U.S. 155, 124 S. Ct. 2359 (2004).

within its territory¹. The doctrine has proven particularly controversial and is widely criticized by international legal circles due to its broad interpretation by the United States².

In 1982, the United States sought to prohibit the export to the USSR of equipment by foreign subsidiary of US companies and therefore stop the construction of the Siberian-European pipeline. The European Community along with its Member States made strong protest against the US extraterritorial reach of the sanctions. First, such regulations infringed upon the EC's (and its Member States') own territoriality jurisdiction (linking with the principle of non-intervention), *i.e.* in the organization of social and economic activity³. Secondly, the nationality principle was not relevant since the nationality of a company is determined by its place of incorporation or registered office⁴ and that goods and technology have no "nationality"⁵. Protective and effects doctrines would be over-stretched if they were to mean that development of projects between other States entailed threats to and effects on the US.

It is no surprise that the later attempts of the United States to enforce economic sanctions against Cuba (Helms-Burton Act) and Libya (D'Amato-Kennedy Act) through extraterritorial sanctions also provoked diplomatic protests and the adoption of blocking statutes⁶. In both cases, the enforcement of the extraterritorial provisions of these laws was suspended.

As stated in the Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, "the effects doctrine, sometimes invoked by the United States as a justification for the implementation of extraterritorial measures, could be potentially legally warranted in only a very limited number of cases, given the cumula-

¹ Report of the International Law Commission, p. 522; Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, para. 23; see also: *Ascensio*, Op. cit., para 9.

² *B. Stern*, Op. cit., p. 12–13.

³ Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U.S. Export Regulations (12 August 1982) (http://aei.pitt.edu/1768/1/US_dispute_comments_1982.pdf), p. 4 (para. 5).

⁴ *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. (Belg. v. Spain)*, 1970 I.C.J. 3 (Judgment of 5 February 1970), ¶ 70 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/50/050-19700205-JUD-01-00-EN.pdf>).

⁵ Comments of the European Community on the Amendments of 22 June 1982 to the U.S. Export Regulations (12 August 1982), p. 5–6 (paras. 7–8).

⁶ Report of the International Law Commission, p. 528.

tive requirements that the said effects (of the situation that has triggered the decision to impose sanctions) on the territory of the targeting State be direct, foreseeable and substantial”¹.

Regarding the excessive jurisdiction of the United States to adopt extraterritorial sanctions, and particularly, in respect of the negative impact of the sanctions on the enjoyment of human rights, the United Nations organs, other international organizations and certain States expressed their negative reaction.

Since 1992 the General Assembly has annually voiced its condemnation of the extraterritorial reach of the embargo imposed on Cuba by the United States². In Resolution of the General Assembly dated 19 December 2016, it was specifically emphasized that “unilateral coercive measures and legislation are contrary to international law, international humanitarian law, the Charter of the United Nations and the norms and principles governing peaceful relations among States”³ and that “no State may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another State in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind”⁴.

The same perception of the illegality of EUS in the absence of jurisdictional basis is shared in the legal doctrine. As pointed out by professor Brigitte Stern, “the United States, in adopting the Helms-Burton Act, passed a law to bind the rights of any person in the world, in complete contradiction with the most elementary principles of international law, mainly

¹ Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, para. 24.

² *Ibid.*, para. 25. In addition to the various resolutions of the General Assembly and the Human Rights Council condemning the use of extraterritorial sanctions, the countries of the Non-Aligned Movement have firmly rejected this practice (see, for instance, Asian-African Legal Consultative Organization resolution RES/51/S 6). See also: Council Regulation (EC) No. 2271/96 of 22 November 1996 protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, OJ, 1996, L 309, p. 1–6. Other countries, *i.e.* Canada and Japan, appear to share the same views.

³ Human Rights and Unilateral Coercive Measures, G.A. Res. 71/193, U.N. GAOR, 71st Sess., U.N. Doc. A/RES/71/193 (2016); see also: Necessity of Ending the Economic, Commercial and Financial Embargo Imposed by the United States of America against Cuba, G.A. Res. 47/19, U.N. GAOR, 47th Sess., U.N. Doc. A/RES/47/19 (1992).

⁴ Human Rights and Unilateral Coercive Measures, G.A. Res. 71/193, U.N. GAOR, 71st Sess., U.N. Doc. A/RES/71/193 (2016), para. 11 (based on: Promotion and protection of human rights: human rights questions, including alternative approaches for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms: Report of the Third Committee, U.N. GAOR, 71st Sess., Agenda item 68(b), U.N. Doc. A/71/484/Add.2 (2016)).

but not exclusively because of its extraterritorial reach, and moreover that such illegal action can be justified by no reason whatsoever”¹.

To conclude, given the effects EUS produce on international public relations, an arbitral tribunal shall assess the legitimacy of EUS in light of the principles and rules of public international law. In this regard, it is commonly accepted² that EUS adopted without jurisdictional basis devalue the sacrosanct principles of public international law, namely, the principles of sovereign equality of States and non-intervention.

4. Conclusions

With their extraterritorial reach, modern unilateral sanctions are capable of producing the same effect as the United Nations Security Council sanctions. It does not matter whether they are comprehensive, targeting an entire country, or “smart”, *i.e.* targeting an individual or a legal entity, the targets become “toxic” for the rest of the world.

Unlike universal sanctions adopted by the UN Security Council, EUS are widely condemned by the international community as violating such fundamental principles of public international law as the principles of sovereign equality of states and of non-intervention. By interpreting its jurisdictional authority more widely than other States, the US unilaterally extends its jurisdiction beyond the territorial boundaries making third State parties subject to the United States sanctions regimes.

This “toxic” effect is achieved through a highly developed system of penalties and secondary sanctions imposed by the targeting State. In this regard, the mere fear of being penalized or being exposed to secondary sanctions is sufficient to adjust the conduct of individuals and businesses to the political objectives of the targeting State.

The same is relevant in the context of international arbitration. The targeted persons become dangerously “toxic” for arbitrators, counsels, arbitral institutions and financial institutions that have to follow compliance policy to meet the requirements of the US sanctions regulation. In this respect, EUS

¹ *B. Stern*, Op. cit., p. 10.

² Human Rights and Unilateral Coercive Measures, G.A. Res. 71/193, U.N. GAOR, 71st Sess., U.N. Doc. A/RES/71/193 (2016); Report of the Special Rapporteur on the negative impact of unilateral coercive measures on the enjoyment of human rights, para. 22 (citing: *M. Cosnard*, Les lois Helms-Burton et d’Amato-Kennedy, interdiction de commercer avec et d’investir dans certains pays, *Annuaire Français de Droit International (AFDI)*, Vol. XLII (1996), p. 36–50 (available at: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1996_num_42_1_3370)); see also: *B. Stern*, Op. cit., p. 10.

affect the right of the sanctioned person to enjoy such advantages of arbitration as efficiency, expedition, confidentiality, and party autonomy.

Challenges and questions posed by EUS need to be studied from different angles. Since they simultaneously affect inter-state, public-private and inter-private relationships, a complex transdisciplinary study of the EUS effects on arbitration is required.

Particular attention should be drawn to equating legal representation to “economic services”. This trend is not limited to the US. An increasing number of States consider law firms as economic actors under the prism of competition law. Given the diversified range of services they render, lawyers undisputedly create economic value. However, dispute resolution representation, be it before courts or arbitral tribunals, merits reinforced protection. Unrestricted access to it is a fundamental element of international peace and security.

In a broader sense, in our multilateral and polarized world, international arbitration aims at preserving the balance of interests, either public or private, by allowing the peaceful resolution of complex cross-border disputes. That is why legal representation services should be distinguished from other economic services rendered by law firms.

In order to adapt to the situation, as EUS are not predicted to disappear any time soon, there may be solutions to explore in order to minimize the risk of exposure to the extraterritorial reach of sanctions for dispute resolution practitioners.

Certain solutions may be implemented at the stage of drafting a contract by analyzing the possible risks of (i) linking the contract to the US jurisdiction (*e.g.*, to avoid the US dollar currency or the US clearing systems), and (ii) interference of US law on the merits (*e.g.*, to adopt a restricted wording of force majeure clause or to draft a clause on shared liability in case of the termination due to the foreign sanctions regulations).

Second, facing issues pertaining to the applicability of EUS as mandatory law external to the applicable law, arbitral tribunals should consider the objectives and purposes of EUS. Facing complex problems arising out of the hybrid nature and effects of EUS, even commercial arbitration could and should “cross the bridge” towards public international law to achieve this purpose. In this regard, given the persuasive role of legal doctrine in the system of sources and references used by arbitrators, this could take the form of inviting prominent arbitration practitioners to share their views on this correlation.

Third, a class of solutions could be reached through the adoption of blocking or claw-back legislation intended to prohibit the application of EUS of a third State or, alternatively, of certain EUS, by national courts and arbitral tribunals with a seat of arbitration within their territory. The authors are aware

that different States or entities have already tried to think of a comprehensive system of protection against EUS. This exercise, however, seems quite difficult if it seeks comprehensiveness. Rather, particular law seeking to shield dispute resolution practitioners (including in arbitration) could be an easier approach to reduce a negative impact of EUS on the right of a targeted or otherwise affected person to be heard and to present its case.

Finally, a class of structural solutions is required to ensure the effectiveness of transactions, which are crucial to the resolution of disputes. This class of solutions is based on the rationale that access to justice, be it arbitration or litigation, fundamentally requires enhanced protection. It could help the arbitration world not only to become more resistant to external influence but also strive for the permanence of its functions. By way of example, the *Caisse des règlements pécuniaires des avocats* (CARPA) is a French public fund, neither a bank nor a financial institution, created for payments between attorneys, which receives the flows of funds handled by lawyers in their (professional bank) accounts labeled CARPA accounts. One of the goals is to adapt to the peculiarities of transactions linked with legal or judicial services and to ensure compliance with anti-money laundering regulation. Adjusted to the needs of international arbitration, a State agency (public entity) would be set up with the sole mission of monitoring financial flows arising out of dispute resolution “services” and ensuring the permanence of access to justice. Unlike different types of bank accounts, these accounts could be held in private banks but operated by way of the Special Terms and Conditions adopted by a State agency (public entity). In this context, law firms and arbitral institutions could open special accounts within the same “special rules” accounts. This solution virtually presents the advantage of proposing a “public” screen, immune from EUS, and positioning the respective State as an attractive forum for arbitration. An alternative structural solution, believed to require more public investment than the previous one, would be to establish such “public entity” with the only purpose of maintaining and operating accounts opened in the name of law firms and arbitral institutions and through which the purpose of the transactions would be verified and processed.

To all ends, the underlying rationale is to strengthen arbitral institutions, counsels and banks assisting in dispute resolution and make them less vulnerable to political vicissitudes and uncertainties originating from one State. This may go through a legal debate not obfuscating the legitimacy and foundations of EUS as well as through vehicles aimed at affording a structural protection to arbitration which pursues, before a mere economic purpose, a mission of peaceful resolution of disputes.

СОЧЕТАНИЕ АРБИТРАЖА И МЕДИАЦИИ ПРИ РАЗРЕШЕНИИ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ (на примере *ARB-MED-ARB*)

С.В. Морозов,
LL.M. (Pepperdine),
юрист практики разрешения споров,
“BEITEN BURKHARDT” (Москва)

Некогда простой и гибкий, арбитраж коммерческих споров становится все более сложным и громоздким. Растут расходы сторон, удлиняется время разбирательств. В конечном счете снижается его популярность среди пользователей. Одним из возможных решений указанной проблемы выступает комбинирование арбитража с другими альтернативными способами разрешения споров. Весьма действенным является сочетание арбитража и медиации, которое уже успело зарекомендовать себя в США, Западной Европе и Юго-Восточной Азии.

*В статье рассмотрены сочетание арбитража и медиации (особое внимание уделено модели *arb-med-arb*), его разновидности, преимущества и недостатки. Проанализированы проблемы, возникающие при комбинировании арбитража и медиации: соблюдается ли принцип надлежащего процесса; остаются ли арбитры беспристрастными при выполнении функций медиатора; возможно ли принудительно исполнить медиативную оговорку. Изучены действующее правовое регулирование сочетания арбитража и медиации в России и перспективы дальнейшего использования данного института, связанные с проходящей в России реформой медиации.*

*Ключевые слова: альтернативное разрешение споров (АРС); арбитраж; медиация; *arb-med-arb*; *med-arb*; медиативное соглашение; арбитражное решение на согласованных условиях; принцип надлежащего процесса; конфликт интересов.*



COMBINATION OF ARBITRATION AND MEDIATION DURING THE RESOLUTION OF COMMERCIAL DISPUTES (based on the example of ARB-MED-ARB)

SERGEY MOROZOV,

LL.M. (Pepperdine),

Associate in the Litigation & Arbitration Practice Group,

BEITEN BURKHARDT (Moscow)

At one point known to be simple and flexible, arbitration of commercial disputes is becoming more and more complex and cumbersome. The expenses of the parties are growing, while the proceedings take longer. In the final analysis, its popularity among users is falling. One of the possible solutions to this problem is the combination of arbitration with other alternative dispute resolution methods. The combination of arbitration and mediation, which already has an exemplary track record in the USA, Western Europe and Southeast Asia, is very effective.

This article considers the combination of arbitration and mediation (particular attention is paid to the arb-med-arb model), its various forms, advantages and disadvantages. It analyzes the problems arising if arbitration and mediation are combined: whether the principle of due process is observed; whether arbitrators remain impartial when exercising the functions of mediator; and whether it is possible to enforce the mediation clause. It studies effective legal regulation of the combination of arbitration and mediation in Russia and the prospects regarding further use of this institution related to the reform of mediation being carried out in Russia.

Keywords: alternative dispute resolution (ADR); arbitration; mediation; arb-med-arb; med-arb; mediated agreement; consent award; due process; conflict of interests.



Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser — in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.

*Abraham Lincoln's Notes for a Law Lecture (1850)*¹

1. Введение

27 марта 2010 г. в отеле «Шангри-Ла» китайского города Сиань ответственный секретарь местного третейского суда Пань и один из арбитров по текущему спору в этом институте Чжоу встретились за ужином с Цзэн, который был знаком с ответчиками по делу. Третейский суд уполномочил Пань и Чжоу донести до сторон предложение урегулировать спор путем медиации, в результате которой ответчики должны были выплатить истцам 250 млн юаней. Пань и Чжоу попросили Цзэн «поработать» (“to work on”) с ответчиками, чтобы они согласились урегулировать спор на этих условиях. Однако медиация не удалась: ответчики, как и истцы, отказались от предложения арбитров. Третейский суд продолжил рассмотрение дела и вынес решение, которое, однако, отличалось от изначально предлагаемых условий.

Так начинался спор по делу *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*² — один из наиболее ярких и дискуссионных примеров, известных на сегодняшний день, того, как сочетаются арбитраж и медиация при разрешении коммерческих споров. Суд по месту вынесения арбитражного решения отказался его отменять; суд первой инстанции по месту исполнения в Гонконге вначале привел его в исполнение,

¹ «Препятствуй судебным тяжбам. Всегда, когда возможно, убеждай своих соседей приходить к компромиссу. Расскажи им, как зачастую формальный победитель в действительности является проигравшим — в гонораре юристов, расходах и потере времени. Юрист как примиритель имеет исключительную возможность быть хорошим человеком. Все равно еще будет чем заняться» (<http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/lawlect.htm>).

² *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCFI 240, [2011] 3 HKC 157, HCST 41/2010 (12 April 2011) (доступно в Интернете по адресу: <http://www.hklii.hk/cgi-bin/sinodisp/eng/hk/cases/hkcfi/2011/240.html>); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCA 459, [2012] 1 HKLRD 627, [2012] 1 HKC 335, CACV 79/2011 (2 December 2011) (доступно в Интернете по адресу: <http://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/2011/459.html>).

а затем отказал в нем на основании нарушения публичного порядка в связи с явной предвзятостью арбитров. Суд апелляционной инстанции отменил последний акт и разрешил привести арбитражное решение в исполнение, поскольку заявители утратили право на возмещение в связи с тем, что сразу не отреагировали на указываемое ими нарушение.

Даже если не брать во внимание особенности мирного урегулирования спора в Китае, при упоминании данного института и возможности одного лица одновременно выступать в качестве арбитра и медиатора по одному и тому же спору у неподготовленного российского читателя инстинктивно возникает негативная реакция. Подсознательно он чувствует, что здесь что-то нечисто, и весьма настороженно относится к этому нововведению.

Несмотря на неоднозначность данного института, нельзя отрицать усиливающийся интерес к нему со стороны пользователей альтернативных способов разрешения споров в основных очагах его развития: США, Западной Европе и Юго-Восточной Азии. Во многом такой интерес обусловлен продолжающейся дискуссией о «несбывшихся мечтах» международного арбитража и «паранойе надлежащего процесса»: арбитражные разбирательства становятся все более зарегулированными, процедура «утяжеляется» и загромождается тактическими уловками представителей сторон. Расходы на их проведение не снижаются, а, наоборот, раздуваются с огромной скоростью. Попытки привнести в арбитраж менее формализованную медиацию в связи с этим выступают логичным движением к истокам альтернативного разрешения споров, которое изначально возникло как реакция на дорогой, долгий и неэффективный процесс в государственных судах.

Родственники по происхождению, медиация и арбитраж в ходе своего развития, конечно, стали значительно отличаться друг от друга. Дух компромисса, учета интересов, а не позиций, желание сохранить отношения, с одной стороны, и дух состязательности, процессуального противостояния, соперничества, с другой стороны, помощь сторонам от медиатора в поиске согласия и вынесение обязательного для них решения арбитром, направленность в будущее и направленность в прошлое — эти и многие другие аспекты отдаляют медиацию и арбитраж друг от друга.

Однако это не означает, что их союз невозможен. Преимущества одного института могут весьма успешно восполнять упущения другого. Так, несмотря на дискуссионность данного вопроса, медиации все же

недостает принудительной исполнимости конечного результата — медиативного соглашения, особенно за рубежом¹. Арбитражное решение на согласованных условиях весьма успешно справляется с этой задачей. Продолжительные, дорогие и сложные арбитражные разбирательства могут выиграть в плане эффективности, если вместо стандартных представления доказательств, состязательных документов и устных слушаний попытаться использовать весь тот арсенал медиативных техник, срок успешного применения которых исчисляется десятилетиями. Что особо привлекательно, так это легкость, гибкость и почти ничем не ограниченная возможность комбинировать указанные способы разрешения споров.

Несомненно, внедрение внешних элементов может нарушить органичную целостность арбитража и повысить риски возникновения главной опасности, которая может свести на нет все усилия по выработке эффективного процесса, — потенциальной неисполнимости арбитражного решения. Тем не менее при строгом соблюдении краеугольного принципа частного права — автономии воли сторон — данные опасения могут быть сведены к максимально низкому, приемлемому уровню.

Актуальность данного института для отечественного правопорядка обусловлена двумя проходящими в России правовыми реформами: 1) завершающейся реформой арбитража (ее основная стадия уже по большей части пройдена; участники гражданских правоотношений, арбитражные учреждения, арбитры и иные причастные к арбитражу лица начинают работать в новых условиях) и 2) начавшейся в конце 2017 г. реформой медиации (соответствующий законопроект № 421600-7 принят в первом чтении Государственной Думой Российской Федерации²).

Реформирование медиации можно с большой долей уверенности назвать ее реанимацией. Принятый 27 июля 2010 г. Федеральный закон № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (далее — Федеральный закон о медиации) не повлек за собой роста дел, разрешенных в рамках медиации. По данным ВС РФ, с 2011 г. по 2017 г. в рамках процедуры медиации было урегулировано лишь 0,008% дел в судах общей юрис-

¹ Подробное изучение обширной проблемы принудительного исполнения медиативных соглашений остается за рамками настоящей статьи.

² <http://sozd.duma.gov.ru/bill/421600-7>

дикции и 0,002% дел в арбитражных судах¹. «Адвокатская газета» ФПА России приводит статистику, согласно которой в 2017 г. из 19 млн дел, рассмотренных в первой инстанции (суды общей юрисдикции и арбитражные суды), менее 1 500 дел были разрешены путем медиации². Участники рынка медиации отмечают, что многие споры разрешаются с привлечением медиаторов вообще без какого-либо обращения в суд и поэтому не отражаются в общей статистике³, однако представляется, что и с учетом этого допущения роль медиации в России сейчас крайне невелика.

Целью настоящей статьи является ознакомление русскоязычных специалистов в сфере разрешения споров с особенностями сочетания арбитража и медиации. Упор будет сделан не на психологические приемы, используемые медиаторами, а именно на правовую оценку сочетания медиации и арбитража в целом и формы *arb-med-arb* в частности с позиции международно-правового регулирования, национального законодательства и принципов «мягкого» права. Эффективность использования рассматриваемых процедур будет критически оценена в разрезе реальной исполнимости достигнутых договоренностей или принятых арбитражных решений — того, что больше всего интересует пользователей альтернативного разрешения споров.

2. Что такое сочетание арбитража и медиации? В каких формах оно возможно?

Сочетание арбитража и медиации означает совместное использование процедуры медиации и арбитража в различных комбинациях в качестве способа разрешения коммерческих споров. Приведенная в за-

¹ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур» (<http://sozd.duma.gov.ru/download/9B525A7F-226F-46B4-A573-F23CF1410556>).

² *Трезубов Е.* ВС совершенствует медиацию (23 мая 2018 г.) (<https://www.advgazeta.ru/mneniya/vs-sovershenstvuet-mediatsiyu/>).

³ Информационный дефицит является общей проблемой подобных исследований. Конфиденциальные по своей сути медиативные сессии и коммерческие арбитражные разбирательства если и оставляют следы в публичном информационном пространстве, то только при каких-либо нарушениях и дальнейшем обращении сторон в государственные суды за защитой или содействием. Компенсируется это отрывистыми воспоминаниями реальных участников медиации и арбитража, выраженными в доктрине, и эмпирическими исследованиями в форме опросов, «полевых экспериментов» и т.п.

головке настоящей статьи комбинация *arb-med-arb* является не единственно возможной, но, пожалуй, одной из наиболее популярных. Вместе с тем стоит отметить дискуссионность терминов, используемых в доктрине при анализе сочетания арбитража и медиации¹.

Необходимо отличать простое последовательное использование указанных способов разрешения споров, органически не связанных при этом друг с другом (проведение безуспешной медиации и затем отдельного арбитражного разбирательства, никак не связанного с предшествующей процедурой), от подлинного их сочетания, когда 1) они совместно используются в рамках единого процесса, 2) между соответствующими стадиями имеется определенная преемственность в передаче информации по спору, а 3) ключевые особенности и преимущества каждого способа дополняют и развивают последующую стадию для более эффективного разрешения спора.

Существует большое количество разнообразных форм, в которых могут сочетаться медиация и арбитраж. К основным критериям, используемым для классификации таких сочетаний, относятся следующие:

1) персональный критерий: одно и то же или различные лица выполняют функции третьего нейтрального лица (медиатора и арбитра). В зависимости от этого состав лиц на стороне медиатора и арбитра может совпадать, совпадать частично (когда медиатором является один из членов третейского суда) либо полностью не совпадать (когда для проведения медиации привлекается отдельный медиатор);

2) последовательность проведения: поэтапное либо параллельное проведение арбитража и медиации, наличие двух, трех или более стадий разрешения спора, количество попыток разрешить спор в рамках процедуры медиации;

3) наличие раздельных встреч (так называемых *caucuses*) медиатора со сторонами, а также некоторые другие.

Далее мы кратко рассмотрим основные комбинации арбитража и медиации.

2.1. *Arb-med-arb*

В ходе процедуры *arb-med-arb* стороны прибегают к медиации в рамках уже начатого арбитражного разбирательства. Стороны начинают процесс так же, как обычный арбитраж, и, как правило, после

¹ Nigmatullina D. Combining Mediation and Arbitration in International Commercial Dispute Resolution. Routledge, 2019. P. 15.

обмена состязательными документами обращаются к медиатору для содействия им в разрешении спора. На время медиации арбитражное разбирательство приостанавливается. Процедура медиации может быть применена как один раз¹, так и несколько². При успешной медиации стороны и арбитры могут (но не обязаны) оформить достигнутое соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях. Если стороны не смогли урегулировать спор в рамках процедуры медиации, арбитраж продолжается, и арбитр выносит решение. Таким образом, стороны могут пройти как два этапа (арбитраж и медиацию) и на этом завершить спор, так и все три этапа до завершающей стадии арбитража для утверждения арбитражного решения на согласованных условиях либо вынесения обычного арбитражного решения при недостижении согласия в медиации.

В зависимости от организации процесса и наличия соглашения сторон по этому поводу арбитр и медиатор могут быть как одним и тем же лицом, так и различными лицами³. Согласно исследованию, проведенному Д. Нигматуллиной, комбинация *arb-med-arb* с различными третьими нейтральными лицами является наиболее популярной, судя по ответам респондентов, участвовавших в опросе⁴.

2.2. *Med-arb*

Med-arb представляет собой двухэтапный процесс разрешения спора, в котором после проведения процедуры медиации стороны участвуют в арбитражном разбирательстве для разрешения открытых вопросов, по которым в ходе медиации не было достигнуто согласие, либо для утверждения медиативного соглашения в виде арбитражного решения на согласованных условиях.

Существует дискуссия по поводу того, могут ли последовательно проведенные медиация и арбитраж, в которых личности медиатора и арбитра не совпадают, рассматриваться в качестве *med-arb*, либо это представляет собой несвязанную совокупность отдельных способов

¹ Например, согласно совместному Протоколу *Arb-Med-Arb* Сингапурского международного арбитражного центра (Singapore International Arbitration Centre (далее — *SIAC*)) и Сингапурского международного медиативного центра (Singapore International Mediation Centre (далее — *SIMC*)) (см.: *SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol* (<http://simc.com.sg/dispute-resolution/arb-med-arb/>)).

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 24.

³ Ibid. P. 25.

⁴ Ibid. P. 114.

разрешения споров¹. Тем не менее представляется более обоснованной позиция, согласно которой возможно выделять в качестве *med-arb* сочетание медиации и арбитража как с одним третьим нейтральным лицом, так и с различными медиатором и арбитром².

2.3. *Arb-med*

При разрешении споров путем *arb-med* вначале стороны участвуют в арбитраже, по результатам которого арбитр готовит решение, но не объявляет его сторонам (как правило, решение запечатывается в конверт и держится в секрете до завершения процесса). После этого тот же арбитр либо иное лицо проводят процедуру медиации между сторонами. Если стороны заключают соглашение в рамках данной процедуры, арбитражное решение не оглашается сторонам. Если же попытка медиации оказывается безуспешной, конверт вскрывается, и решение считается вынесенным, как при обычном арбитраже³.

В качестве отдельных вариаций *arb-med* упоминается ситуация, когда медиация проводится в ходе арбитража, как правило, перед вынесением арбитром решения. При этом даже в случае успешной медиации стороны зачастую оформляют достигнутое соглашение в виде арбитражного решения на согласованных условиях⁴.

2.4. *MEDALOA*

Данная комбинация означает «медиация и арбитраж последних предложений» (“mediation and last offer arbitration”)⁵. Если процедура медиации безуспешна, стороны направляют третьему нейтральному лицу свои последние предложения относительно того, как, по их мнению, будет справедливо разрешить спор. Такое лицо выбирает одно

¹ *Stipanowich T.J., Ulrich Z.P.* Commercial Arbitration and Settlement: Empirical Insights into the Roles Arbitrators Play // *Yearbook on Arbitration and Mediation*. 2014. Vol. 6. P. 10 (доступно в Интернете по адресу: <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1054&context=arbitrationlawreview>); *Kagel S., Roth B.J.* MED-ARB (Mediation-Arbitration) // *Alternative Dispute Resolution Practice Guide*. Thomson Reuters, 2014. § 37:8; *Bartel B.C.* Med-Arb as a Distinct Method of Dispute Resolution: History, Analysis, and Potential // *Willamette Law Review*. 1991. Vol. 27. No. 3. P. 681 (fn. 103).

² *Nigmatullina D.* *Op. cit.* P. 21.

³ *Ibid.* P. 23, 153–156.

⁴ *Ibid.* P. 23–24.

⁵ *Coulson R.* MEDALOA: A Practical Technique for Resolving International Business Disputes // *Journal of International Arbitration*. 1994. Vol. 11. Issue 2. P. 111; см. также: *Nigmatullina D.* *Op. cit.* P. 26, 149–152.

из них, которое будет иметь для сторон обязательную силу. В связи с этим направляемые предложения должны быть по меньшей мере разумными, поскольку при их явной необоснованности уменьшаются шансы на выбор со стороны третьего нейтрального лица¹.

В качестве вариаций *MEDALOA* предлагаются комбинации с участием одного либо различных третьих нейтральных лиц, а также проведение нескольких раундов обмена предложениями, что повышает эффективность попыток медиатора привести стороны к согласию в промежутке между такими раундами².

2.5. Co-med-arb

Co-med-arb является способом разрешения споров, при котором арбитр посещает совместные встречи сторон с медиатором, но не участвует в отдельных встречах. Личности медиатора и арбитра не совпадают. Стороны обмениваются информацией по спору на общих встречах при медиаторе и арбитре, затем медиатор проводит процедуру медиации (с применением отдельных встреч) без привлечения арбитра. Если медиативное соглашение не заключается, спор передается на рассмотрение арбитру. Преимуществом данной комбинации является экономия времени, поскольку арбитр не тратит его на ознакомление с обстоятельствами дела и позициями сторон при переходе к арбитражу. Даже при неудачной попытке медиации медиатор может в дальнейшем эпизодически выполнять отдельные функции по обсуждению вопросов, которые встают в арбитраже³.

2.6. Shadow mediation

В так называемой «закулисной» медиации (*shadow mediation*) арбитр и медиатор также являются различными лицами. Медиатор участвует во всех арбитражных слушаниях, получает доступ к состязательным документам сторон и в благоприятные отрезки времени может предложить сторонам провести медиацию (например, в день перед или после устных слушаний). Положительным моментом является полная осведомленность медиатора о правовых позициях сторон, заявленных в ходе арбитража. Имеются примеры успешного использования «закулисной» медиации в Американской арбитражной ассоциации (*American*

¹ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 152.

² *Ibid.* P. 26.

³ *Ibid.* P. 26–27, 137.

Arbitration Association (далее — ААА)), когда в споре из договора строительного подряда и субподрядных отношений на сумму 9 млн долл. США заключение медиативного соглашения помогло сторонам сэкономить порядка 500–700 тыс. долл. США арбитражных расходов¹.

В зависимости от выбранной комбинации порядок взаимодействия сторон и третьих нейтральных лиц будет отличаться. Соответствующим образом будет изменяться и набор тех преимуществ и недостатков по сравнению с независимой медиацией или арбитражем, которые возникают при применении конкретной комбинации. Далее мы рассмотрим основные точки зрения исследователей сочетания арбитража и медиации по поводу данных преимуществ и недостатков.

3. Преимущества и недостатки сочетания арбитража и медиации

Одной из главных причин, почему на практике арбитраж сочетают с медиацией, стоит считать попытки пользователей альтернативных способов разрешения споров уйти от отрицательных моментов отдельного использования только медиации или только арбитража либо их несвязанной совокупности и в то же время выгодно использовать преимущества, которые влечет за собой их сочетание². Между тем такое сочетание не является панацеей от всех проблем, возникающих при альтернативном разрешении споров, и, напротив, может иногда создавать дополнительные трудности.

Примечательно, что сочетание арбитража и медиации оценивается различными исследователями по одним и тем же критериям с диаметрально противоположных позиций.

3.1. Эффективность / временные затраты

Отдельные авторы в качестве главного преимущества сочетания арбитража и медиации как комбинированного способа разрешения споров называют эффективность с точки зрения временных затрат на достижение конечного результата³. Проведенные исследования

¹ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 136–137.

² *Benzidi S.* Med-Arb: How to Mitigate the Risk of Setting Aside or Refusal of Recognition and Enforcement of a Med-Arb Award // *American Journal of Mediation*. 2017. Vol. 10. P. 7 (<http://www.americanjournalofmediation.com/pg15.cfm>).

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 32 ff.; *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Последствия несоблюдения доарбитражных примирительных процедур для арбитражного разбирательства:

(“Global Pound Conference Series 2016–17”¹ и опрос Д. Нигматуллиной²) подтверждают, что респонденты рассматривают сочетание арбитража и медиации в качестве наиболее эффективного способа разрешения споров.

Сказанное верно в большей степени при сравнении *arb-med-arb* с арбитражем как самостоятельной формой разрешения споров. При содействии медиатора стороны могут более эффективно определить круг спорных вопросов и урегулировать разногласия без проведения многочисленных раундов обмена состязательными документами и заслушивания свидетелей. Однако если они не заключают медиативное соглашение, то временные затраты на медиацию могут оказаться напрасными.

Между тем эффективность *arb-med-arb* по сравнению с отдельно проводимой процедурой медиации представляется спорной, даже если спор при использовании *arb-med-arb* разрешается в медиации, поскольку сторонам требуется больше времени для организационного оформления начала арбитража и последующего перехода к медиации, а также потенциального последующего обращения к арбитру для утверждения арбитражного решения на согласованных условиях.

Приводятся аргументы о том, что возможность проведения арбитража после медиации будет стимулировать стороны договориться быстрее, чем при самостоятельной медиации, поскольку они будут бояться потерять контроль над процессом разрешения спора, предвидя возможность вынесения третьим лицом обязательного для них решения³. Примечательно, что некоторые авторы рассматривают данное давление в каче-

некоторые проблемы // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2(2). С. 114.

¹ Global Data Trends and Regional Differences (2018) (<https://www.globalpound.org/download/397/gpc-series-final-report/9775/gpc-series-global-data-trends-and-regional-differences.pdf>). P. 13; Cumulated Data Results (March 2016 – September 2017) (2017) (<https://www.globalpound.org/gpc-series-data/#397-gpc-series-final-report>). P. 36.

² Nigmatullina D. Op. cit. P. 112, 114.

³ Эксперимент, проведенный Н.Б. МакДжилликадди, Г.Л. Уэлтоном и Д.Г. Приуитом, подтверждает, что стороны более склонны урегулировать спор в рамках процедуры *med-arb* с одним и тем же лицом, выступающим медиатором и арбитром, чем при самостоятельной медиации или при участии различных третьих нейтральных лиц (см.: *McGillicuddy N.B., Welton G.L., Pruitt D.G.* Third-party Intervention: A Field Experiment Comparing Three Different Models // *Journal of Personality and Social Psychology*. 1987. Vol. 53. No. 1. P. 104; см. также: *Shonk K.* What is Med-Arb? The Pros and Cons of Med-Arb, a Little-Known Alternative Dispute Resolution Process (23 January 2017) (<https://www.pon.harvard.edu/daily/mediation/what-is-med-arb/>)).

стве недостатка сочетания арбитража и медиации, поскольку оно идет вразрез с принципами проведения последней, открывает возможность для третьего нейтрального лица злоупотреблять своим положением в ходе медиативной сессии и снижает степень удовлетворенности сторон от конечного результата разрешения спора, а также их готовность добровольно исполнять медиативное соглашение¹.

3.2. Стоимость разрешения спора

Аналогичные противоречия имеются и в отношении стоимости разрешения спора при сочетании медиации и арбитража². Респонденты опроса Д. Нигматуллиной отмечают, что более низкие расходы по сравнению с арбитражем являются преимуществом сочетания арбитража и медиации³. Представляется, что сказанное верно только для тех случаев, когда стороны заключают медиативное соглашение (как в указанном выше строительном споре, рассмотренном в ААА, когда благодаря проведенной за четыре дня медиации было сэкономлено порядка 500–700 тыс. долл. США арбитражных расходов⁴).

Автором не было обнаружено какого-либо подтверждения того, что стороны несут меньшие расходы на арбитраж, если они не смогли прийти к согласию в рамках медиации при использовании процедуры *arb-med-arb*. Хотя в отдельных случаях арбитр, ранее выполнявший функции медиатора, может быть более осведомленным относительно позиций сторон и обстоятельств дела и затратить на арбитражное разбирательство и вынесение решения меньше времени⁵, это автоматически не означает снижение арбитражных сборов.

Представляется, что расходы на *arb-med-arb* будут выше, чем на самостоятельную медиацию. К примеру, при совместном использовании арбитража и медиации в *SIAC* и *SIMC* отдельно уплачиваются сборы

¹ Kaufmann-Kohler G. When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard: Clayton Utz / University of Sidney International Arbitration Lecture // Arbitration International. 2009. Vol. 25. Issue 2. P. 187–206 <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.2.187>; Blankenship J. T. Developing Your ADR Attitude: Med-Arb, a Template for Adaptive ADR // Tennessee Bar Journal. 2006. Vol. 42. No. 11. P. 34; Bartel B. C. Op. cit. P. 679; Ury W. L., Brett J. M., Goldberg St. B. Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict. Jossey-Bass Pub., 1988. P. 57.

² Nigmatullina D. Op. cit. P. 32 ff.; Ягельницкий А. А., Петроль О. Д. Указ. соч. С. 114.

³ Nigmatullina D. Op. cit. P. 112, 115.

⁴ Ibid. P. 136–137.

⁵ Shonk K. Op. cit.; Nigmatullina D. Op. cit. P. 137.

на арбитраж и на медиацию¹. Однако при сравнении с совокупностью не связанных между собой процедур арбитража и медиации *arb-med-arb* как единый процесс представляется более экономным способом разрешения спора.

Несомненно, конечная стоимость разрешения спора зависит от выбранной формы сочетания арбитража и медиации и от того, одно или разные лица выполняют функции медиатора и арбитра (в последнем случае расходы могут быть выше²).

3.3. Возможность принудительного исполнения медиативного соглашения

Одними из главных стимулов активного сочетания медиации и арбитража считаются возможность принудительно исполнить медиативное соглашение и окончательность разрешения спора³. При этом некоторые медиаторы отмечают изначальную ошибочность постановки такой проблемы, как потребность в принудительной исполнимости достигнутого медиативного соглашения⁴.

Принудительная сила медиативного соглашения обеспечивается путем его утверждения в качестве арбитражного решения на согласованных условиях, которое может быть исполнено на основании Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция).

¹ SIAC-SIMC Arb-Med-Arb Protocol, para. 12.

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 131.

³ *Blankenship J. T.* Op. cit. P. 34—35; *Brewer Th. J.*, *Mills L. R.* Combining Mediation and Arbitration // *Dispute Resolution Journal*. 1999. Vol. 54. No. 4. P. 34. Исследование Д. Нигматуллиной опровергает эту точку зрения (см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 41, 112).

⁴ *Pappas B. A.* Med-Arb and the Legalization of Alternative Dispute Resolution // *Harvard Negotiation Law Review*. 2015. Vol. 20. P. 169—171 (доступно в Интернете по адресу: http://www.hnrlr.org/wp-content/uploads/HNR104_crop.pdf). Аналогичная точка зрения была высказана практикующими медиаторами на международной конференции «Практика медиации в России и Германии», организованной Ю.В. Ширяевой, В.В. Чубаровым и проф. В. Бергманном 23 ноября 2018 г. в ТПП РФ. По мнению медиаторов, если стороны добровольно не исполняют медиативное соглашение и для защиты своих интересов обращаются за его принудительным исполнением, это свидетельствует в первую очередь о невыполнении медиатором своих задач по примирению сторон. См.: В Торгово-промышленной палате Российской Федерации состоялась международная конференция «Практика медиации в России и Германии» (<http://mediation.tpprf.ru/ru/news/v-torgovo-promyshlennoy-palate-rossiyskoy-federatsii-proshla-mezhdunarodnaya-konferentsiya-praktika--i279153/>).

В связи с этим стоит отметить завершившуюся работу по подготовке Конвенции ООН о международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации¹, и Типового закона ЮНСИТРАЛ 2018 г. о международной коммерческой медиации и международных мировых соглашениях, достигнутых в результате медиации (Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г. с изменениями)². По мнению разработчиков, указанные документы предоставят возможность непосредственного исполнения международных медиативных соглашений за рубежом и избавят участников спора от необходимости утверждать их в арбитраже³.

К иным преимуществам и недостаткам сочетания арбитража и медиации, связанным при этом с одними и теми же аспектами разбирательства, можно отнести высокое качество разрешения спора и более сдержанное поведение медиатора, гибкость процедуры и возможность использования медиации для недобросовестного затягивания разбирательства, более открытое или закрытое поведение сторон, а также многие другие⁴.

4. Проблемы, связанные с сочетанием арбитража и медиации

Далее мы рассмотрим наиболее острые, на наш взгляд, проблемы, возникающие при использовании *arb-med-arb* и других форм сочетания арбитража и медиации при разрешении коммерческих споров:

¹ https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_i_-_r.pdf

² https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/annex_ii_-_r.pdf

³ См. подробнее: *Гайдаенко Шер Н.И.* Примириательные и согласительные процедуры: сложности перевода, или На пути к единому понятийному аппарату // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2018. № 3. С. 139–144 (доступно в Интернете по адресу: <https://cyberleninka.ru/article/n/primiritelnye-i-soglasitelnye-protsedury-slozhnosti-perevoda-ili-na-puti-k-edinomu-ponyatiynomu-apparatu.pdf>); *Шапошникова О.С.* Международный инвестиционный арбитраж и право государств осуществлять правовое регулирование // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam*. Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов; Сост.: 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. 860–861; *Гайдаенко Шер Н.И.* Альтернативные механизмы разрешения споров как инструмент формирования благоприятной среды для предпринимательской деятельности (опыт России и зарубежных стран): монография / Отв. ред. Н.Г. Семилетина. М.: ИЗиСП; ИНФРА-М, 2016 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 42–51.

возможное нарушение принципов процессуального равноправия сторон и надлежащего процесса (*due process*), угрозы беспристрастности арбитров, а также обращение в арбитраж в нарушение многоуровневой (*multi-tier*) оговорки о разрешении спора, предусматривающей первоначальное проведение медиации.

Очевидно, что данные вопросы возникают, если проигравшая сторона добровольно не исполняет свои обязанности по медиативному соглашению и (или) по арбитражному решению и появляется необходимость в их принудительном исполнении. При этом названные проблемы интересны не сами по себе, а как возможные препятствия для признания и приведения в исполнение потенциального арбитражного решения либо как основания для его отмены¹.

4.1. Если арбитр одновременно выступал медиатором в *arb-med-arb* и проводил отдельные встречи (*caucuses*) со сторонами, может ли это автоматически рассматриваться в качестве нарушения принципа надлежащего процесса (*due process*) и основания для отмены / отказа в приведении в исполнение арбитражного решения?

Как следует из заголовка настоящего пункта, проблема соблюдения принципа надлежащего процесса проявляется особенно ярко при наличии следующих условий:

1) одно и то же третье нейтральное лицо выполняет функции и медиатора, и арбитра (на нарушение принципа надлежащего процесса в данном случае особо обращают внимание противники сочетания арбитража и медиации при одном третьем нейтральном лице²);

2) используется процедура *arb-med-arb* (как представляется, при процедуре *med-arb* вероятность возникновения проблемы надлежащего процесса ниже³);

¹ О необходимости проверки применяемых способов разрешения споров, когда третейский суд содействует сторонам в мирном урегулировании спора, именно с точки зрения исполнимости будущего арбитражного решения упоминается и в Приложении IV к Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (МТП) (см.: *Arbitration Rules* (in force as from 1 March 2017). *Mediation Rules* (in force as from 1 January 2014) (ICC Publication 880-3 ENG). ICC Pub., 2016. Appendix IV – Case Management Techniques. Р. 63 (доступно в Интернете по адресу: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-english-version.pdf.pdf>)).

² *Nigmatullina D.* Op. cit. Р. 29.

³ В обоснование этого тезиса Д. Нигматуллина (см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. Р. 196) приводит фрагмент интервью с одним из участников ее исследования, который практи-

3) медиатор проводит отдельные встречи (caucuses) со сторонами, в ходе которых каждая из них сообщает медиатору конфиденциальную информацию, которую она не желает раскрывать оппоненту, а также «выпускает пар» после особенно жарких совместных встреч с другой стороной и медиатором; если стороны заходят в тупик и не могут договориться (impasse), медиатор в ходе отдельных встреч пытается выяснить истинную причину этого и возможность для стороны продолжить процедуру медиации, уступив в каком-либо вопросе.

Суть принципа надлежащего процесса как основы состязательного производства в коммерческом арбитраже в данном случае заключается в том, что сторонам должны быть предоставлены разумные и равные возможности для представления своей позиции (a reasonable and equal opportunity to be heard and present its case)¹. Помимо «надлежащего процесса» («due process»²), встречаются следующие названия указанного принципа: «естественная справедливость» («natural justice»³), «процессуальная справедливость» («procedural fairness»⁴), «честные слушания» («fair hearings»⁵).

кует в США. Согласно его опыту, если совмещенная процедура начиналась с медиации (med-arb), то он проводил отдельные встречи со сторонами, поскольку сами по себе такие встречи в медиации в условиях, когда дополнительно неизвестно о том, состоится ли арбитраж, не вызывают озабоченности по поводу соблюдения принципа надлежащего процесса. В случае с *arb-med-arb* лицо выступает медиатором уже после назначения его арбитром, так что указанный респондент при обращении к данной процедуре всегда воздерживался от проведения отдельных встреч и проводил исключительно совместные встречи.

¹ ALI / UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure // Uniform Law Review / Revue de droit uniforme. 2004. Issue 4. P. 764 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf>); *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 2163 ff., 2175, 3222 ff.; *Partasides C.* Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. С. 57; см. также: *Kurkela M., Turunen S.* Due Process in International Commercial Arbitration. 2nd ed. Oxford University Press, 2010.

² *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 56; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 6th ed. Oxford University Press, 2015. P. 627.

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 187 (fn. 110); *London Underground Ltd. v. Citylink Telecomms. Ltd.*, [2007] EWHC 1749, para. 37 (TCC).

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 627.

⁵ *Ibid.* P. 587–588, 627.

Какое право применимо к оценке того, был ли соблюден данный принцип? Встречается точка зрения о существовании универсальных транснациональных стандартов процессуальной справедливости и равенства (uniform international standard of procedural fairness and equality)¹. Однако на практике оценка соблюдения принципа надлежащего процесса также должна быть проведена с применением права страны, в которой было вынесено решение (поскольку его нарушение может повлечь отмену решения), а также права страны, где решение будет приводиться в исполнение². Основой для национальных правопорядков в данном вопросе может являться ст. 18 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. (далее — Типовой закон 1985 г.), которая гласит, что «[с]торонам обеспечивается равное отношение, и каждой стороне должны быть предоставлены все возможности для изложения своей позиции», а также п. 3 ст. 24 Типового закона 1985 г., имеющий особое значение для отдельных встреч с медиатором: «Все заявления, документы или другая информация, представляемые одной из сторон арбитражному суду, должны быть доведены до сведения другой стороны. <...>»³. Аналогичный принцип справедливого разбирательства закреплен и в п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)⁴.

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 2157–2158, 2167, 3228.

² *Ibid.* P. 3226; *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Societe Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969, 975 (2d Cir. 1974); *Marriott A.L.* Arbitrators and Settlement // New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 12) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2005. P. 545; *Schneider M.E.* Combining Arbitration with Conciliation // International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 8) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 1998. P. 96 (доступно в Интернете по адресу: https://www.la-live.law/wp-content/uploads/2017/07/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf); *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 198.

³ К примеру, указанный принцип закреплен в ст. 18, ч. 3 ст. 27 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон об арбитраже), ст. 18, п. 3 ст. 24 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА). Среди стран, чье арбитражное законодательство не основано на Типовом законе 1985 г., см. ст. 33(1)(a) английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г. (<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/33>).

⁴ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 589; *Born G.B.* Op. cit. P. 2167.

Нарушение принципа надлежащего процесса должно быть существенным¹. Примерами таких нарушений могут быть ситуации, когда в основу арбитражного решения были положены аргументы, которые не обсуждались сторонами и третейским судом в ходе арбитражного разбирательства и на которые проигравшая сторона не могла ответить².

Последствием нарушения принципа надлежащего процесса могут быть отмена арбитражного решения³ или отказ в его принудительном исполнении⁴ на основании того, что сторона не могла представить свои аргументы / объяснения.

По мнению исследователей сочетания арбитража и медиации⁵, принцип надлежащего процесса может быть нарушен при проведении раздельных встреч со сторонами, поскольку:

1) арбитр будет принимать решение на основании информации, которая не содержится в материалах дела;

2) арбитр будет принимать решение на основании информации, поступившей только от одной стороны в ходе раздельных встреч, и другая сторона будет лишена возможности представить возражения на такую информацию.

В качестве рекомендательных мер для снижения риска отмены арбитражного решения либо отказа в его признании и приведении в исполнение, когда медиатор после проведения раздельных встреч со сторонами становится арбитром, предлагается:

1) получать от сторон письменное согласие и отказ от права заявлять возражения в связи с нарушением принципа надлежащего процесса;

2) не проводить раздельные встречи со сторонами;

3) проводить раздельные встречи, но раскрывать обеим сторонам всю информацию, озвученную в ходе раздельных встреч;

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 628; *Born G.B.* Op. cit. P. 2166, 3255.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 588, 628.

³ Подпункт (а)(ii) п. 2 ст. 34 Типового закона 1985 г., абзац третий подп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА, п. 5 ч. 3 ст. 233 АПК РФ.

⁴ Подпункт б) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, подп. (а)(ii) п. 1 ст. 36 Типового закона 1985 г., абзац четвертый подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА, п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

⁵ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 56; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2013. № 1(7). С. 38.

4) проводить отдельные встречи, но не принимать во внимание информацию, раскрытую в ходе отдельных встреч, при вынесении арбитражного решения;

5) выбирать в качестве арбитра и медиатора различных лиц.

Между тем представляется, что опасения по поводу нарушения принципа надлежащего процесса в связи с проведением отдельных встреч могут быть преждевременными и не вполне обоснованными.

Во-первых, автору не удалось обнаружить каких-либо реальных примеров негативного отношения государственных судов к арбитражным решениям по причине нарушения принципа надлежащего процесса в рамках рассматриваемой проблемы (что, несомненно, полностью не исключает наличие таких негативных судебных актов).

Во-вторых, принцип равных процессуальных возможностей сторон в подобных случаях соблюдается, поскольку по общему правилу отдельные встречи проводятся поочередно с обеими сторонами, а не только с одной стороной. Соответственно, у обеих сторон имеется возможность представить информацию арбитра в ходе отдельных встреч.

И наконец, как сторонам, использующим процедуры *arb-med-arb* или *med-arb* (для согласования которых уже требуется известная доля искусственности в альтернативных способах разрешения споров), так и участвующим в них арбитрам и медиаторам наверняка известны приведенные выше аргументы и опасения. Как было указано ранее, проблема нарушения принципа надлежащего процесса с большей степенью вероятности может возникнуть при недостижении сторонами согласия в ходе медиации. Соответственно, для арбитражного разбирательства останется ряд спорных, не закрытых в медиации вопросов, в отношении которых и будет, скорее всего, приниматься арбитражное решение. Разумный и осмотрительный арбитр вынесет эти спорные вопросы на общее обсуждение в рамках арбитражного разбирательства, даже если стороны и пролили свет в отношении них в ходе отдельных встреч и сообщили арбитра свое видение ситуации. Стороны будут иметь равную возможность высказаться и представить свою позицию по данным вопросам. Следовательно, маловероятно, что в основу арбитражного решения будет положен материал, который не присутствует в материалах дела и в отношении которого стороны не имели возможности изложить свою позицию.

Таким образом, существует риск того, что проведение отдельных встреч со сторонами в ходе процедуры *arb-med-arb* с одним третьим нейтральным лицом может впоследствии рассматриваться в качестве нарушения принципа надлежащего процесса. Между тем, если

спор не урегулирован в медиации, вполне возможно организовать арбитражное разбирательство таким образом, чтобы минимизировать указанный риск.

4.2. Если арбитр в *arb-med-arb* проводил отдельные встречи (*caucuses*) со сторонами, может ли это автоматически являться основанием для вывода о его пристрастности?

В настоящем пункте мы продолжим рассматривать ситуацию, когда при сочетании арбитража и медиации медиативное соглашение не заключено и проигравшая сторона отказывается добровольно исполнить арбитражное решение¹.

Даже если отдельные встречи с медиатором, который затем принимает на себя функции арбитра, и не привели к нарушению принципа надлежащего процесса, для выигравшей стороны остается риск того, что решение будет затруднительно исполнить. Этот риск связан с возможной пристрастностью арбитра, возникшей в ходе и (или) из-за проведения отдельных встреч со сторонами.

Беспристрастность арбитра оценивается с субъективных позиций — с точки зрения того, имеются ли у него какие-либо предубеждения в отношении одной из сторон разбирательства или предмета спора, не связанные с обстоятельствами дела или представленными доказательствами²; при этом такая оценка производится до, во время и после арбитражного разбирательства³. Сферу действия принципа беспристрастности можно ограничить следующим образом: сомнения относительно нее должны быть связаны с внешними по отношению

¹ Если стороны договорились в ходе медиации и обращаются в арбитраж в рамках процедуры *med-arb* исключительно за утверждением арбитражного решения на согласованных условиях, риск возникновения сомнений в беспристрастности арбитра практически равен нулю.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 255; *Асосков А.В.* Комментарий к Правилам о беспристрастности и независимости третейских судей, утвержденным Торгово-промышленной палатой Российской Федерации // Вестник международного коммерческого арбитража. 2011. № 1(3). С. 151; *Уручкин С.А.* Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017. С. 109–111; Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / Под общ. ред. В.В. Хвалея; Отв. ред. А.В. Грищенко. М.: РАА, 2017. С. 113, 365 (автор комментариев — Ю.В. Попельшева); Комментарий к Федеральному закону «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (постатейный, научно-практический) / Под ред. проф. О.Ю. Скворцова и проф. М.Ю. Савранского. М.: Статут, 2016. С. 89–93 (автор комментария к ст. 12 — М.Э. Морозов).

³ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 148–149.

к третейскому разбирательству факторами¹. Иными словами, поведение арбитра в рамках установленной процедуры, в соответствии с применимыми нормами и соглашением сторон, равно как и сформировавшееся у него в ходе разбирательства отношение к сторонам², не должно влечь за собой выводы о нарушении принципа беспристрастности. Указанное ограничение также влияет и на поведение арбитра: вне рамок установленной процедуры он не вправе контактировать со сторонами и иными лицами, участвующими в разбирательстве, по вопросам, имеющим отношение к предмету спора³.

Поскольку беспристрастность относится к внутренним переживаниям арбитра по отношению к сторонам / предмету спора⁴, весьма затруднительно установить с позиции внешнего наблюдателя, насколько он пристрастен. В связи с этим для такой оценки используются явления объективной реальности, как правило, в виде отношений между арбитром и участвующими в деле лицами⁵, наличие которых вызывало бы у информированного третьего лица разумные сомнения относительно беспристрастности арбитра⁶.

¹ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 152.

² Суть арбитражного разбирательства как юрисдикционного способа разрешения конфликтов как раз и заключается в том, что арбитры формируют свое отношение к сторонам и занимаемым ими позициям, базирываясь на интерпретациях обстоятельств дела и доказательствах, которые исходят от сторон, и на основании своего субъективного восприятия выносят обязательное для них решение. В связи с этим, полагаем, не будет нарушением принципа беспристрастности ситуация, когда, к примеру, арбитр формирует в ходе разбирательства негативное отношение к одной из сторон и выносит решение против нее, поскольку для арбитра очевидно, что представитель такой стороны очевидным образом искажает обстоятельства дела, подтвержденные имеющимися в деле доказательствами.

³ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 148.

⁴ *Скворцов О.Ю.* Конституционный Суд Российской Федерации: вновь об объективной беспристрастности (комментарий к определению КС РФ от 09 декабря 2014 г. № 2750-О) // Третейский суд. 2015. № 1(97). С. 14.

⁵ Которые закреплены в таких актах «мягкого» права, как Руководящие принципы Международной ассоциации юристов (МАЮ) относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). IBA, 2014 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=e2fe5e72-cb14-4bba-b10d-d33dafee8918>)) (далее — Руководящие принципы МАЮ) и Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. Приказом ТПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39).

⁶ Общий стандарт 2(b) Руководящих принципов МАЮ (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thurs-

Существование подобных отношений, включенных в различные перечни в зависимости от «степени тяжести», влечет за собой соответствующие последствия в виде невозможности выступать арбитром по делу, необходимости раскрытия информации сторонам, получения их согласия и др. В случае нарушения принципа беспристрастности возможно заявить отвод арбитру, если соответствующее основание было обнаружено до вынесения решения и сторона не лишилась права на возражение в связи с процессуальным эстоппелем¹, либо вынесенное решение может быть отменено / может быть отказано в приведении его в исполнение на основании несоответствия состава третейского суда и процедуры третейского разбирательства соглашению сторон и применимому праву².

В рамках настоящей работы можно упомянуть следующие ситуации, рассматриваемые в доктрине, которые могут указывать на наличие пристрастности арбитра:

1) арбитр формирует мнение о деле на основе информации, которая не была предметом рассмотрения в арбитраже и не содержится в материалах дела, а также на основе документально не подкрепленных заявлений стороны в ходе отдельных встреч³;

2) арбитр публично (в том числе в рамках медиации) оценивал вопросы, входящие в предмет конкретного разбирательства⁴.

Участие арбитра в мирном урегулировании спора путем медиации в рамках арбитражного разбирательства отдельно рассматривается в Общем стандарте 4(d) Руководящих принципов МАЮ. Признается,

day 23 October 2014). P. 5). В отдельных правовых системах указанный тест называют «тестом явной предвзятости» (“apparent bias test”) (см.: *Glencot Development & Design Ltd. v. Ben Barrett & Son (Contractors) Ltd.*, [2001] EWHC Technology 15 (13 February 2001); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCFI 240, [2011] 3 HKC 157, HCST 41/2010 (12 April 2011); *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.*, [2011] HKCA 459, [2012] 1 HKLRD 627, [2012] 1 HKC 335, CACV 79/2011 (2 December 2011)).

¹ Статья 4, п. 2 ст. 12 Типового закона 1985 г., ст. 4, ч. 2 ст. 12 Федерального закона об арбитраже, ст. 4, п. 2 ст. 12 Закона о МКА.

² *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 143. Примечательно, что в упомянутом выше деле *Gao Haiyan v. Keeney Holdings Ltd.* суд первой инстанции по месту исполнения решения (Гонконг) отказал заявителю со ссылкой на публичный порядок в связи с пристрастностью арбитра.

³ *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54, 172.

⁴ *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 151; *Международный коммерческий арбитраж: Учебник /* Под ред. В.А. Мусина, О.Ю. Скворцова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 167; *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54.

что такое урегулирование спора допускается на любой стадии разбирательства. Однако для исключения конфликта интересов настоятельно рекомендуется получить согласие сторон и их отказ от права заявлять возражения (*waiver*) в связи с участием арбитра в медиации и получением им какой-либо информации в ходе нее. Особо отмечается, что такой отказ действует и на случай неуспешной медиации, когда стороны возвращаются в арбитраж, если только сам арбитр не начнет сомневаться в своей возможности оставаться беспристрастным после медиации. В пояснениях к Общему стандарту 4(d) на этот счет указано, что правило о продолжении действия отказа и после неуспешной медиации предусмотрено для того, чтобы не дать недобросовестным сторонам возможность назначать арбитра в качестве медиатора для его последующего отвода¹.

Таким образом, при совмещении функций арбитра и медиатора одним лицом автоматически признается риск возникновения сомнений в беспристрастности арбитра. Между тем данный вывод представляется несколько поспешным и обусловленным бурно расцветшей в мире арбитража «паранойей надлежащего процесса»² — боязнью арбитров совершать какие-либо активные процессуальные действия и их желанием максимально обезопасить себя от всех возможных претензий проигравшей стороны. Если сравнивать арбитраж в классическом понимании и выполнение арбитром функций медиатора, то совсем неочевидно, почему в последнем случае выше риск того, что арбитр перестанет быть беспристрастным. Заявляемые доводы о том, что в ходе медиации он может быть более эмоционально вовлечен в процесс и подвержен негативному воздействию интимной, излишне эмоциональной и прочей нерелевантной с правовой точки зрения информации³, кажутся несостоятельными и не подтверждаются какими-либо эмпирическими данными. Такому же воздействию может быть подвержен и арбитр в рамках обычного арбитража, когда чересчур пылкий представитель стороны может начать абсолютно нерелевантную, но крайне эмоциональную дискуссию⁴; несостоятельными будут выглядеть и попытки отвести арбитра в связи с тем, что ему в ходе

¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). P. 10–12.

² *Partasides C.* Op. cit. P. 53.

³ Перечисление авторов этих точек зрения см.: *Nigmatullina D.* Op. cit. P. 54.

⁴ Возможности прервать такую дискуссию есть и у обычного арбитра, и у арбитра-медиатора.

разбирательства понравились представителю или сторона по делу. Если же затронутые в ходе отдельных встреч интимные вопросы способны повлиять на решение, то, как было рассмотрено выше, арбитр не просто может, а обязан вынести их на всеобщее обсуждение в ходе арбитража, если спор не разрешен в медиации. Следовательно, какой-либо существенной разницы в вопросе повышенной пристрастности между классическим арбитражем и *arb-med-arb* не усматривается.

Представляется догматически верным рассматривать медиацию в качестве неотъемлемой части комбинированной процедуры *arb-med-arb*, оговоренной сторонами, и на этом основании исключить возможность заявлять о пристрастности арбитра со ссылкой на факторы, являющиеся внутренними по отношению к данной процедуре.

4.3. Что будет, если в нарушение оговорки о разрешении споров одна из сторон обратится в арбитраж без проведения согласованной процедуры медиации?

Представим себе ситуацию, когда согласована оговорка о применении процедуры *med-arb*, спор подходит для разрешения в порядке медиации (медиабилен), однако в нарушение установленной процедуры одна из сторон не обращается к медиатору до начала арбитражного разбирательства. Насколько другая сторона, если она желает обратиться к медиатору, может принудительно исполнить такую многоуровневую оговорку¹, помешать движению арбитража и обязать контрагента пройти доарбитражный порядок урегулирования спора?

В доктрине имеются споры по поводу того, можно и нужно ли принудительно исполнять медиативные оговорки и как соотносятся между собой принудительная исполнимость оговорки о проведении медиации и ее добровольные начала². Представляется, что отказ од-

¹ См. подробнее о многоуровневых оговорках: *Kajkowska E.* Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses. Hart Pub., 2017; *Vlavianos G.M., Pappas V.F.L.* 15. Multi-Tier Dispute Resolution Clauses as Jurisdictional Conditions Precedent to Arbitration // *The Guide to Energy Arbitrations* / D. Bishop, G. Kaiser (eds.). 2nd ed. Law Business Research Ltd., 2017. P. 217–231; *Born G.B.* Op. cit. P. 916 ff.; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101–102; Multi-Tiered Dispute Resolution – Jurisdictional Reports / IBA (https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Litigation/multitiered-disputeresolution.aspx).

² *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 24–27; *Соделунд К.* Оговорки о многоуровневом (мультимодальном) разрешении споров // *Международный коммерческий арбитраж*. 2006. № 3. С. 109; *Kayali D.* Enforceability of Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses // *Journal of International Arbitra-*

ной из сторон от медиации может быть преждевременным: вполне вероятно, что уже после первой встречи с медиатором нарушитель оговорки пожелает в полной мере воспользоваться преимуществами такого альтернативного способа разрешения споров. При этом принцип добровольности не будет нарушен. Неудавшаяся первая встреча с медиатором будет являться основанием для прекращения процедуры медиации (что будет означать прохождение данной стадии). Если же и вторая сторона изначально не желает обращаться к медиатору до арбитражного разбирательства, то она просто не будет возражать против действий первой стороны по инициированию арбитража.

Исследователи указанного вопроса полагают, что сформулированное с достаточной степенью определенности обязательство сторон обратиться к медиатору до возбуждения арбитражного разбирательства является исполнимым (по крайней мере имеет больший юридический вес, чем обязанность просто провести переговоры)¹. Рекомендуются предусмотреть порядок назначения медиатора, сроки для прохождения медиативной стадии, порядок прекращения процедуры медиации, а также связь между арбитражем и медиацией: необходимо прямо указать, что до прохождения медиации стороны не вправе обращаться в арбитраж².

Интересным является вопрос о том, как сторона может доказать попытки прохождения медиативной стадии. Участники конферен-

tion. 2010. Vol. 27. Issue 6. P. 552. Возможность принудительного исполнения медиативной оговорки подтверждается международной практикой (см., например: *Cable & Wireless Plc. v. IBM UK*, [2002] EWHC 2059 (Comm.), [2002] 2 All ER (Comm.) 1041 (per Colman J); см. также: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101; Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (постатейный) / В.О. Аболонин, К.Л. Брановицкий, С.К. Загайнова и др.; Отв. ред. С.К. Загайнова, В.В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (автор комментария к ст. 3 – С.И. Калашникова) (СПС «КонсультантПлюс»); *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Указ. соч. С. 116, 120–123).

¹ *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 40 (fn. 140), 101; *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 162; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 25; *Kayali D.* Op. cit. P. 552; *Содерлунд К.* Указ. соч. С. 103.

² *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 101–102; *Давыденко Д.Л.* Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 27; *Ягельницкий А.А., Петроль О.Д.* Указ. соч. С. 115 сл.; *Boog Chr.* How to Deal with Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses: Note on the Swiss Federal Supreme Court's Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007 // *ASA Bulletin*. 2008. Vol. 26. Issue 1. P. 105.

ции «Практика медиации в России и Германии», прошедшей 23 ноября 2018 г. в ТПП РФ, приводили в качестве примера региональные российские государственные суды, где судья, направивший стороны к медиатору (в так называемую «комнату примирения»), требует в качестве доказательства неудавшейся медиации справки, выданные медиатором либо саморегулируемой организацией медиаторов. Подобная практика воспринята в законопроекте № 421600-7, дорабатываемом Министерством юстиции (предлагается дополнить ст. 4 Федерального закона о медиации ч. 3 соответствующего содержания¹). Такой излишне формализованный подход вряд ли следует приветствовать, поскольку вместо гибкой и удобной для сторон процедуры мирного урегулирования спора медиация тогда способна превратиться в существенное бюрократическое препятствие при проведении арбитражного разбирательства.

Принудительно исполнить медиативную оговорку можно следующим образом:

1) заявить возражения против начала арбитражного разбирательства, поскольку именно третейский суд уполномочен решить вопрос о том, были ли соблюдены предварительные условия для обращения в арбитраж. Последствием этого может быть приостановление, отложение или прекращение производства по делу; третейский суд может обязать стороны провести процедуру медиации;

2) оспорить постановление предварительного характера о наличии у третейского суда компетенции;

3) оспорить решение / его исполнение на основании того, что процедура не соответствовала соглашению сторон либо решение вынесено по спору, не подпадающему под условия арбитражного соглашения².

¹ Обязательство по применению процедуры медиации будет считаться исполненным, если представлены: 1) доказательства направления одной стороной предложения об обращении к процедуре медиации при его отклонении другой стороной; 2) документы, подписанные и выданные стороной по ее запросу медиатором или руководителем либо иным уполномоченным лицом организации, осуществляющей деятельность по обеспечению проведения процедуры медиации, подтверждающие обращение к медиатору и прекращение процедуры медиации в соответствии со ст. 14 Федерального закона о медиации. О схожем заявлении медиатора по поводу прекращения процедуры медиации ввиду нецелесообразности ее дальнейшего проведения говорит и п. 3 ст. 14 действующего Федерального закона о медиации. См. также: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 117.

² Давыденко Д.Л. Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров. С. 27; Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 118, 123–126.

5. Сочетание арбитража и медиации в России

Отечественные исследователи рассматривают отдельные вопросы взаимодействия альтернативных способов разрешения споров в целом и сочетания арбитража и медиации в условиях российского законодательства в частности, их конкуренции и взаимодополняемости¹. Между тем каких-либо узкоспециализированных работ на русском языке по теме настоящей статьи автором обнаружено не было.

Это может быть связано с тем, что значительный интерес к медиации и, соответственно, большое количество публикаций по данной теме появились лишь после правовой регламентации данных отношений и принятия в 2010 г. Федерального закона о медиации и сопутствующих изменений в иные законодательные акты. До указанного времени в принципе не ставилась проблема о том, как между собой соотносятся и тем более сочетаются арбитраж и медиация.

После реформы 2010 г. в российском законодательстве стала допускаться модель *arb-med-arb* с различными арбитром и медиатором, когда после начала арбитража процедура медиации может быть применена в любой момент рассмотрения дела третейским судом. Этот вывод следует из совокупного толкования ч. 6 ст. 1², ч. 2

¹ 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 (СПС «КонсультантПлюс»); Мусин В.А. Соглашения о третейском разбирательстве и медиации: сравнительный анализ // Арбитражные споры. 2015. № 3 (СПС «КонсультантПлюс»); Давыденко Д.Л. Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров; Носырева Е.И. Медиация и международный коммерческий арбитраж: возможности взаимодействия по российскому законодательству // Международный коммерческий арбитраж: современные 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. 274–289; Нехороших А.М. Некоторые вопросы реализации процедуры медиации в третейском разбирательстве // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. ст. / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»); Давыденко Д.Л. Общность между примирительными процедурами и третейским судом // Там же; Дыбов Е.А. Соотношение медиативной и третейской оговорок // Там же; Добролюбова Е.А. Медиатор vs. третейский суд: правовой аспект // Право и экономика. 2012. № 4 (СПС «КонсультантПлюс»).

² «Положения настоящего Федерального закона не применяются к отношениям, связанным с оказанием судьей или третейским судьей в ходе судебного или третейского разбирательства содействия примирению сторон, если иное не предусмотрено федеральным законом».

ст. 4¹, ч. 3 ст. 12², ч. 3 ст. 16³ Федерального закона о медиации, а также ст. 6.1 прежнего Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон о третейских судах) и почти идентичной ей ст. 49 ныне действующего Федерального закона об арбитраже. Указанные нормы предусматривают возможность обращения к процедуре медиации в рамках проводимого арбитражного разбирательства и утверждения медиативного соглашения в качестве арбитражного решения на согласованных условиях.

Условие ч. 6 ст. 1 Федерального закона о медиации о том, что для его применения личность арбитра и личность медиатора должны различаться, имеет свои корни в п. 9 ст. 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г.⁴ (далее — Типовой закон 2002 г.), многие положения которого вошли в той или иной мере в российский Федеральный закон о медиации. Указанная норма Типового закона 2002 г. прямо ограничивает сферу его действия: он не применяется в случаях, когда судья или арбитр в ходе судебного или арбитражного производства пытается содействовать урегулированию спора. Мы полагаем, что по аналогии с арбитрабельностью споров из государственных контрактов законодатель в Федеральном законе о медиации отсрочил возможность выполнения одним лицом функций арбитра и медиатора до внесения соответствующих изменений в форме федерального закона, о чем говорит оговорка в ч. 6 ст. 1 Федерального закона о медиации. Таким образом, в случае принятия необходимого федерального закона одно и то же

¹ «Если спор передан на рассмотрение суда или третейского суда, стороны могут применить процедуру медиации в любой момент до принятия решения по спору соответствующим судом или третейским судом. <...>».

² «Медиативное соглашение, достигнутое сторонами в результате процедуры медиации, проведенной после передачи спора на рассмотрение суда или третейского суда, может быть утверждено судом или третейским судом в качестве мирового соглашения в соответствии с процессуальным законодательством или законодательством о третейских судах, законодательством о международном коммерческом арбитраже».

³ «Процедура медиации по спорам, переданным на рассмотрение суда или третейского суда до начала проведения процедуры медиации, может проводиться только медиаторами, осуществляющими свою деятельность на профессиональной основе».

⁴ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. Нью-Йорк: ООН, 2004. С. 2 (доступно в Интернете по адресу: https://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/ml-conc/03-90955_Ebook.pdf).

лицо получит возможность совмещать функции арбитра и медиатора при процедуре *arb-med-arb*.

Приведенные выше нормы, в особенности ст. 49 Федерального закона об арбитраже, говорят о применении процедуры медиации к спору, который находится на разрешении в арбитраже. Означает ли это, что применение иных форм сочетания арбитража и медиации, например *med-arb*, не допускается? Представляется, что какие-либо серьезные политико-правовые аргументы против такого применения отсутствуют. Косвенно о возможности использования процедуры *med-arb* свидетельствует ч. 1 ст. 4, согласно которой третейский суд обязан уважать медиативную оговорку сторон, и ч. 2 ст. 7 Федерального закона о медиации, закрепляющая возможность проведения процедуры медиации до обращения в третейский суд. Соответственно, допускается ситуация, при которой стороны проходят стадию медиации, когда арбитражное разбирательство еще не начато, и после ее прохождения инициируют рассмотрение спора в арбитраже¹. Единственное ограничение касается невозможности по действующему законодательству утвердить медиативное соглашение, достигнутое в ходе процедуры *med-arb*, в качестве арбитражного решения на согласованных условиях, поскольку такая опция буквально предоставлена ст. 33, ч. 5 ст. 49 Федерального закона об арбитраже только тогда, когда начало арбитражного разбирательства предшествует процедуре медиации.

Внесенный ВС РФ в Государственную Думу РФ законопроект № 421600-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур»², который в настоящее время проходит активное обсуждение на уровне Правительства и Министерства юстиции РФ, предлагает дополнить гл. 10 Федерального закона об арбитраже новой статьей 49.1. Новая статья будет прямо регулировать процедуру *med-arb* и предусматривать, что в этом случае медиатор после достижения сторонами медиативного соглашения может принять на себя функции арбитра и утвердить арбитражное решение на согласованных условиях.

Особо горячие обсуждения до недавнего времени проходили также и в отношении принудительной исполнимости медиативной оговорки по российскому праву, когда стороны при этом заключили и архи-

¹ О возможности комбинирования в российском праве арбитража и медиации в формате *med-arb* упоминается и в доктрине (см.: Носырева Е. И. Указ. соч. С. 279).

² <http://sozd.parliament.gov.ru/bill/421600-7>

тражное соглашение. Отдельные авторы в данной связи говорили даже о полной несовместимости процедуры медиации и арбитража¹.

Суть проблемы заключалась в том, что одновременно с принятием Федерального закона о медиации Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»» дополнил ст. 5 Федерального закона о третейских судах п. 5, согласно которому «[с]пор не может быть передан на разрешение третейского суда при наличии в договоре медиативной оговорки». При буквальном прочтении указанная норма вступала в противоречие как с ч. 1 ст. 4, так и с ч. 3 ст. 7² Федерального закона о медиации. Представляется, что в действительности норма п. 5 ст. 5 Федерального закона о третейских судах должна была дублировать ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации и устанавливать дерогационный эффект медиативной оговорки для возможного арбитражного разбирательства³. Звучавшие прежде возражения о том, что п. 5 ст. 5 Федерального закона о третейских судах ставит в неравное положение арбитраж внутренних споров и международный коммерческий арбитраж, поскольку Закон о МКА таких ограничений не имеет, в настоящее время неактуальны в связи с отсутствием подобных одиозных норм в Федеральном законе об арбитраже и бланкетной нормой п. 2 ст. 1 Закона о МКА⁴, согласно которой гл. 10 Федерального закона об арбитраже распространяет свое действие и на международные споры.

¹ Дыбов Е.А. Указ. соч.

² «Наличие соглашения о применении процедуры медиации, равно как и наличие соглашения о проведении процедуры медиации и связанное с ним непосредственное проведение этой процедуры, не является препятствием для обращения в суд или третейский суд, если иное не предусмотрено федеральными законами». О критике данной нормы см. также: Ягельницкий А.А., Петров О.Д. Указ. соч. С. 115 (сн. 7).

³ Указанная позиция была воспринята и в судебной практике (см., например, постановление АС Северо-Западного округа от 23 апреля 2015 г. № Ф07-1516/2015 по делу № А56-56934/2014; Определением ВС РФ от 16 августа 2015 г. № 307-ЭС15-9272 отказано в передаче дела № А56-56934/2014 в Судебную коллегия по экономическим спорам ВС РФ для пересмотра в порядке кассационного производства данного постановления).

⁴ «Не урегулированные настоящим Законом вопросы, связанные с... соотношением процедуры медиации и арбитража... в рамках международного коммерческого арбитража, в случаях, если место арбитража находится на территории Российской Федерации, регулируются в соответствии с Федеральным законом «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Примечательно, что в одном из недавних дел Судебная коллегия по экономическим спорам ВС РФ указала, что «[к] основам публичного порядка Российской Федерации может быть отнесен принцип мирного (досудебного) разрешения споров, направленный на досудебное разрешение споров, минимизацию затрат сторон на его разрешение, экономию времени, необходимого на разрешение конфликта, на избежание глубокого конфликта, на сохранение благоприятных отношений сторон. Одной из форм реализации данного принципа является претензионный порядок разрешения споров»¹. Если развивать логику Суда, то медиативная часть многоуровневой оговорки может быть также принудительно исполнена в России путем оспаривания арбитражного решения или отказа в его принудительном исполнении по причине нарушения публичного порядка. Само по себе стремление подтвердить обязательный характер согласованных сторонами доарбитражных процедур является похвальным. Между тем выбранный способ, за счет которого необоснованно расширяется и без того проблемная категория публичного порядка, во многом напоминает охоту на носорога с зенитно-ракетной установкой². Представляется, что в такой ситуации в качестве потенциального основания для отмены или отказа в принудительном исполнении арбитражного решения может быть использовано только нарушение согласованной сторонами процедуры³, но никак не ссылка на публичный порядок.

Немало копий сломано также и в отношении ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации о том, что медиативная оговорка обязательна для суда или третейского суда, «за исключением случая, если одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права». Исследователи в общей своей массе приходили к выводу о том, что данная неоднозначная формулировка нивелирует обязательную силу медиативной оговорки, и далее *post factum* обосновывали этот неутешительный вывод ссылками на невозможность проведения успешной медиации, если одна из сторон желает в обход такой оговорки обратиться в суд

¹ Определение ВС РФ от 18 мая 2018 г. № 301-ЭС17-20169 по делу «Груз-Логистика» № А38-2183/2017 (СПС «КонсультантПлюс»).

² Источник сравнения: *Седлов Д.* Токсичность на миллиард: как российский бизнес страдал под гнетом санкций США (29 декабря 2018 г.) (<http://www.forbes.ru/finansy-i-investicii/370607-toksichnost-na-milliard-kak-rossiyskiy-biznes-stradal-pod-gnetom-sankcii>).

³ Подпункт d) п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции; подп. (a)(iv) п. 2 ст. 34, подп. (a)(iv) п. 1 ст. 36 Типового закона 1985 г.; абзац пятый подп. 1 п. 2 ст. 34, абзац шестой подп. 1 п. 1 ст. 36 Закона о МКА; п. 4 ч. 3 ст. 233, п. 5 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

или третейский суд¹. В действительности же указанная формулировка ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации тоже восходит к Типовому закону 2002 г. (ст. 13)^{2,3}. В Руководстве по принятию и применению Типового закона 2002 г.⁴ поясняется, что под ситуациями, когда одной из сторон необходимо, по ее мнению, защитить свои права, имеются в виду крайние, нестандартные ситуации, например необходимость обращения за вынесением обеспечительных мер или необходимость избежать истечения срока исковой давности⁵.

Полагаем, что неоднозначное толкование ч. 1 ст. 4 Федерального закона о медиации будет устранено после реформы законодательства о медиации: замечания Правительства РФ (Министерства юстиции) к законопроекту № 421600-7 «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур» снимают неопределенность относительно обязательной силы медиативной оговорки и уточняют, что не является несовместимым с ней обращение исключительно за обеспечительными мерами⁶.

Таким образом, в российском праве допускается сочетание арбитража и медиации в формате *arb-med-arb*. До завершения реформы медиации решение вопроса о допустимости процедуры *med-arb* не яв-

¹ Зверева Н.С. Указ. соч.; Ярков В.В. Юридические факты в цивилистическом процессе. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 492–493; Носырева Е.И. Указ. соч. С. 279–280; Банников Р.Ю. Досудебный порядок урегулирования споров. М.: Инфотропик Медиа, 2012 (СПС «КонсультантПлюс»); Решетникова О.М. Процессуальные аспекты применения процедуры медиации // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. ст. / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко (СПС «КонсультантПлюс»); Дыбов Е.А. Указ. соч.

² Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. С. 6–7.

³ На что неоднократно обращал внимание заместитель министра юстиции Д.В. Новак на правовых конференциях в 2018 г., посвященных проблемам медиации.

⁴ Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению 2002 г. С. 58 (п. 85 и 86).

⁵ А.А. Ягельницкий и О.Д. Петроль также приводят пример об утрате возможности соблюдения примирительной процедуры из-за смерти заранее согласованного медиатора либо лишения его свободы на длительный срок (см.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 120).

⁶ Истечение исковой давности не указано в качестве такого основания, поскольку согласно п. 3 ст. 202 ГК РФ при обращении к процедуре медиации течение срока исковой давности приостанавливается. Об этом упоминалось и в следующей работе: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Указ. соч. С. 120.

ляется однозначным. При этом медиативное соглашение должно иметь обязательную силу и препятствовать обращению в арбитраж в обход согласованной примирительной процедуры.

6. Заключение

Прогресс не остановить. Постепенное эволюционирование правовых институтов в сфере разрешения споров подтверждает известный тезис о том, что право следует за экономическим развитием и совершенствуется для того, чтобы лучше соответствовать интересам и потребностям, в том числе пользователей системы альтернативного разрешения споров.

Арбитраж был и, пожалуй, остается лидирующим внесудебным способом разрешения споров по процентному соотношению использования. Однако все большее усложнение этого изначально весьма гибкого механизма, его излишняя зарегулированность в отдельных аспектах приводят к тому, что арбитраж становится менее эффективным и, соответственно, менее популярным.

Сочетание арбитража и медиации (другого, гораздо менее формального, но весьма действенного альтернативного способа разрешения споров) является возможным решением указанных проблем. Несомненно, такое сочетание не является панацеей, и у комбинированных способов *arb-med-arb*, *med-arb* и т.п. остаются свои минусы наряду со значительными плюсами. Представляется, что законодатель и провайдеры арбитража и медиации должны исходить из необходимости тонкой настройки данного института, чтобы, с одной стороны, дать ему возможность раскрыться во всей полноте, а с другой — минимизировать возможные риски недостижения конечной цели спорящих сторон — разрешения спора на основании достигнутого ими соглашения или исполнимого арбитражного решения.

APPLYING THE *LEX MERCATORIA* IN ARBITRATION: THE SEARCH FOR A “NATURAL CONNECTION”*

ORSOLYA TOTH,

Assistant Professor in Commercial Law
at the University of Nottingham

The concept of the “lex mercatoria” has been the subject of passionate debates and remains a mysterious notion. Despite the theoretical challenges, the lex mercatoria is being applied by arbitrators in practice as the law governing the contract, or as the law supplementing the applicable law. However, there is considerable uncertainty about when the lex mercatoria should apply in the absence of the parties’ choice. There is no consistent practice of selecting the lex mercatoria as the governing law under the applicable conflicts rules. Arbitrators are often influenced by their own likes or dislikes of the concept which, however, leaves parties with an unacceptable degree of legal uncertainty. The article argues that currently there is an overwhelming “negative approach” to the application of the lex mercatoria, which centres on why domestic laws should not apply. This methodology is contrary to the logic of the conflict of laws which seeks a positive connection between the transaction and the governing law. The article therefore proposes a “positive approach” based on a suggested objective connecting factor that establishes a “natural connection” between the parties’ transaction and the lex mercatoria as the applicable law.

Keywords: lex mercatoria; conflict of laws; applicable law in arbitration; voie directe; closest connection; implied negative choice; rules of law; trade usages.



* This article is based on arguments advanced in: O. Toth, *The Lex Mercatoria in Theory and Practice*, Oxford University Press, 2017.

Концепция «*lex mercatoria*» являлась предметом продолжительных и жарких научных дебатов и до сих пор остается во многом загадочным понятием. Несмотря на проблемы теории, *lex mercatoria* применяется арбитрами на практике как право, применимое к договору, или как право, восполняющее пробелы в применимом праве. При этом существует значительная неопределенность по вопросу о том, когда *lex mercatoria* как свод наднациональных правовых норм должно применяться при отсутствии его выбора сторонами, равно как отсутствует устоявшаяся практика определения применимости *lex mercatoria* на основе применимых коллизионных норм. Арбитры зачастую решают этот вопрос исходя из своего собственного положительного или отрицательного отношения к концепции *lex mercatoria*, что создает недопустимую степень правовой неопределенности для сторон. В статье делается вывод о том, что в настоящее время по вопросу определения применимости *lex mercatoria* доминирует «негативный подход», ставящий во главу угла соображения неадекватности применения в соответствующих случаях национального права. Такая методология противоречит логике коллизионного регулирования, в основу которого положено установление наличия связи между сделкой и применимым правом. Соответственно, в настоящей статье предлагается «позитивный подход», основанный на использовании объективного связующего фактора, устанавливающего «реальную связь» между сделкой сторон и *lex mercatoria* как применимым правом.

Ключевые слова: *lex mercatoria*; коллизионное право; применимое право в арбитраже; *voie directe*; наиболее тесная связь; подразумеваемый негативный выбор права; нормы права; торговые обычаи.



1. Introduction

Over the past half a century, the existence of the *lex mercatoria* or the “new” law merchant has been the subject of intense debates¹. Proponents of the concept claim that a body of “a-national” law is evolving beyond the boundaries of nation-states which may govern cross-border commercial transactions without geographical restrictions. Critics, however, reject this

¹ For a detailed discussion see: *Toth*, Op. cit., p. 6–30.

claim and maintain that detaching law from the state is not more than wishful thinking.

A key difficulty with the concept is that the views about the *lex mercatoria* amongst its proponents are disparate. Some authors adopt a “broad view” and include within its ambit all rules that may govern commercial transactions with an international character, such as international conventions, soft law harmonisation measures, and standard contracts terms. Others take a “narrow view” and submit that the *lex mercatoria* comprises of rules of a customary character. It has been argued elsewhere that the most promising account is Goode’s “purist view” of the *lex mercatoria*, which perceives it as consisting purely of unwritten trade usages¹.

It is against this backdrop of theoretical uncertainties that arbitrators are often called upon to apply the *lex mercatoria* in practice. The issue arises if the parties have expressly chosen it as the governing law. It is, however, more common for parties to argue that the *lex mercatoria* should apply when there is no choice of law clause. They sometimes raise this argument in the alternative, or ask the tribunal to “supplement” the applicable domestic law with the *lex mercatoria*. In other cases, parties argue in favour of the *lex mercatoria* even if their contract contains an express choice of a domestic law².

In practice, parties will raise any plausible argument that is helpful to their case. Once raised, the arbitrators have to address the argument. Regardless of the body of literature in favour of the *lex mercatoria* or against it, the arbitrators must settle the parties’ dispute. They must render an enforceable award based on satisfactory reasoning, even if, at the theoretical level, there is a raging “war of faith” between “believers” and “non-believers” of the *lex mercatoria*³.

Accordingly, the purpose of this paper is to assess the methods arbitrators currently employ when they address the parties’ arguments about the applicability of the *lex mercatoria*. The discussion will reveal that there are serious inconsistencies amongst tribunals when they deal with these submissions.

¹ See: *R. Goode, Usage and its Reception in Transnational Commercial Law*, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 46 (1997), Issue 1, p. 1 <https://doi.org/10.1017/S0020589300060097> (discussed in: *Toth*, Op. cit., especially p. 49–59).

² In an ICC arbitration the parties stipulated Italian law, the law of the claimant. However, the Austrian respondent argued that the *lex mercatoria* should apply because it was “necessarily an integral part... of substantive Italian law” since the Italian Code of Civil Procedure required arbitrators to take into account “commercial usages”. See: ICC Award No. 9029 of 1998 (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=660&step=FullText>) (where the tribunal rejected the argument).

³ *G. Teubner*, 1. ‘Global Bukowina’: Legal Pluralism in the World Society, in: *G. Teubner* (ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, 1997, p. 8.

Admittedly, arbitrators are not in an enviable position when determining the *lex mercatoria* as the applicable law. First, they are left without clear guidance on what the *lex mercatoria* is. If we do not know what the *lex mercatoria* is, how could we possibly determine when it applies? Second, arbitrators are faced with the controversial status of conflicts rules in arbitration. Traditional conflict of laws theory builds on territorial connecting factors, whereas arbitration strives for de-localisation. It is not easy to reconcile these two forces, which pull the arbitrators in diametrically opposing directions¹.

In light of these issues, the paper will first illustrate the existing state of affairs. It will focus on the *status quo* of the application of the *lex mercatoria* through a survey of arbitral awards. As will be seen, the on-going “war of faith” at the theoretical level re-emerges in commercial practice. A key shortcoming of the *status quo* is a prevailing negative approach towards issues of applying the *lex mercatoria*. Current practices tend to focus on the inappropriateness of domestic laws to govern the transaction, rather than on the appropriateness of the *lex mercatoria*.

In order to overcome this deficiency, the paper will argue in favor of a positive approach to matters of applying the *lex mercatoria*. It will propose a connecting factor that establishes a positive link between the transaction and the *lex mercatoria*. The “natural connection” between the dispute and the *lex mercatoria* as the applicable law has already been examined by arbitrators². This is a fruitful foundation for a positive approach that tells us why the *lex mercatoria* is appropriate to govern the dispute, instead of diverting our attention to the reasons why domestic laws are inadequate.

The discussion will be based on a concept of the *lex mercatoria* that regards it as consisting purely of unwritten trade usages. As has been argued elsewhere, the *lex mercatoria* should be perceived as business practices adopted by the majority of a relevant business community, if these practices are coupled with a particular mental attitude³. Based on Hart’s concept of social rules, this mental positioning of members is called a “critical reflective attitude”. A rule of the *lex mercatoria* emerges if there is a (i) congruent

¹ On the antithesis between the conflict of laws which is based on territoriality and the *lex mercatoria* as an alleged “a-national” law, see: L.J. Mustill, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*, *Arbitration International*, Vol. 4 (1988), Issue 2, p. 90.

² In ICC Award No. 7375 (5 June 1996) (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=625&step=FullText>) (hereinafter – *Westinghouse* case) concerning a dispute between an Iranian State entity and a US manufacturer.

³ *Toth*, *Op. cit.*, p. 157–159.

majority conduct (ii) followed out of a critical reflective attitude by the majority of the members of a business community. A relevant business community is a group of businessmen engaged in the same trade, regardless of the geographical location of its members. A relevant business community is therefore de-localised and the various communities are divided along trading practices. For example, the construction, banking and finance, or oil and gas industries all constitute a “relevant business community” without geographical restrictions.

2. Overview of Current Practice

As promised, it is appropriate to start with examining the current methods employed by arbitrators when determining whether the *lex mercatoria* applies in the absence of an express choice of law clause. During the analysis, we will inquire whether the fact that an arbitrator is an “enthusiast” or a “sceptic” of the concept is likely to affect the outcome of the decision on the applicable law.

2.1. Illustration of the Sceptics’ Approach

In ICC Award No. 9419, the sole arbitrator had to assess the claimant’s submission that the *lex mercatoria* should apply in the absence of a choice of law clause in the contract¹. When addressing the issue, the arbitrator reasoned as follows: “The undersigned arbitrator is not convinced of the *applicability* of the so-called *lex mercatoria*. While acknowledging the authoritativeness of the school of thought that has posited the *existence* of such an unwritten and supranational law... the undersigned arbitrator sides with the other school of thought that does not believe in the existence of *lex mercatoria*...”²

It is immediately noticeable from this paragraph that the arbitrator’s beliefs serve as justification for the resolution of the parties’ dispute. Unsurprisingly, the claimant’s submissions were rejected by the arbitrator. He held that

¹ ICC Award No. 9419 of 1998 (<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&do=case&id=664&step=FullText>) (hereinafter – *Lichtenstein* case). Such scepticism is not unique (see: ICC Award No. 13129 of 2005, in: J.-J. Arnaldez, Y. Derains & D. Hascher, Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI, Vol. VI: 2008–2011 (ICC Publication No. 748EF), Kluwer Law International; ICC Pub., 2013, p. 329 (where the arbitrator had “reservations as to the real existence of anything that can be described as *lex mercatoria*” adding that “[he was] of course aware of the extremely learned debate that has continued on this topic for the past quarter-century or more”), 337).

² *Lichtenstein* case (emphasis added).

French law was applicable because a related contract in the parties’ transaction contained an express clause stipulating French law¹.

The award also states that the arbitrator must identify the rule of conflict that he regards as the most appropriate in the absence of an express choice by the parties. This was the stance of the ICC Rules applicable at the time, which provided that, in the absence of the parties’ choice, the “arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the *rule of conflict* which he deems appropriate”².

The award reaffirms that in the absence of the parties’ choice, “the power of the arbitrator is... limited to identifying the rule of conflict that he considers to be the most appropriate...”³ The effect of this was the following as set out by the arbitrator: “...by proceeding in this manner (as is his precise *duty*), the arbitrator *necessarily* arrives at the designation of a specific *national legal system*”⁴. Therefore, the arbitrator has a duty to apply a national law in the absence of the parties’ express choice of law clause directing him otherwise.

It is now apt to consider how this “duty” to apply a national law is perceived by arbitrators who side with the other school of thought about the *lex mercatoria*. Will “believers” in the notion adopt a strict conflicts approach leading to national law? Or will they try to evade the restrictive conflicts rules?

2.2. Illustration of the Enthusiasts’ Approach

In ICC Award No. 7375, the tribunal had to determine the applicable law in the absence of an express choice by the parties⁵. The same version of the ICC Rules applied as in the *Lichtenstein* case, which instructed the arbitrator

¹ It should be noted that the claimant argued in favour of French law in the alternative. In addition, it was a sales dispute and the CISG applied as part of French law. The arbitrator acknowledged the applicability of binding trade usages as part of the contract.

² This was the position under the ICC Rules applicable at the time. Article 13(3) of ICC Rules 1988 provided as follows: “The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute. In the absence of any indication by the parties as to the applicable law, the arbitrator shall apply the law designated as the proper law by the *rule of conflict which he deems appropriate*” (emphasis added).

³ *Lichtenstein* case.

⁴ *Ibidem* (emphasis added).

⁵ *Westinghouse* case. For a discussion of this case see: *M. Blessing*, Choice of Substantive Law in International Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 14 (1997), Issue 2, p. 45–47; *F. Marella*, Choice of Law in Third-Millennium Arbitration: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), p. 1162–1165 (available at: <https://arca.unive.it/retrieve/handle/10278/36699/17882/>). The award was the result of a majority decision.

to apply the “rule of conflict which he [deemed] appropriate” in the absence of the parties’ choice.

The parties to the dispute in the *Westinghouse* case were an Iranian and a United States national. Each party argued that its own domestic law should apply. The claimant argued in the alternative that the contract should be governed by “general principles of law”¹. How did the tribunal address these submissions?

2.2.1. *The Objective Analysis: The Applicable Law is US Law*

First, the tribunal completed the “objective” analysis of the applicable law, *i.e.* the determination of the governing law in the absence of the parties’ choice². Emphasising that it was not obliged to apply a “system” of conflict of laws, only an appropriate “rule” of conflict, the tribunal chose to apply the “closest connection” test³. This method was considered to be “the prevailing solution supported in international arbitration... as the relevant conflict rule under... the ICC Rules”⁴.

After applying the closest connection test to the facts, the tribunal reasoned that “having regard to the characteristic performance and all other connecting factors, the centre of gravity of [the contract] is, *beyond doubt*, located in [the] USA”⁵ and the applicable law would be US law.

The result that a domestic law would apply is hardly surprising. As discussed, the application of a conflicts rule will *necessarily* lead to a national law. The closest connection test, being a rule of conflict, directed the arbitrators to a national law. The position so far is relatively clear: there has been no express choice by the parties and the objective conflicts rule has led “beyond doubt” to US law. For a tribunal less enthusiastic about the *lex mercatoria*, this might have been the end of the investigation. The tribunal in the *Westinghouse* case, however, did not end the analysis here⁶.

¹ *Westinghouse* case.

² The terms “applicable law” and “governing law” will be used interchangeably for the purposes of the discussion.

³ *Westinghouse* case.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem* (emphasis added).

⁶ For example, the tribunal in ICC Final Award No. 12193 (June 2004) (*Lebanese distributor v. German manufacturer*) (International Journal of Arab Arbitration, Vol. 1 (2009), No. 2, p. 449) considered that “[t]he application of the *lex mercatoria* is not motivated in the case where there exists [as in this case], tight links between the contract and a determined national Law”. These tight links pointed to Lebanese law which was applied, where the dis-

2.2.2. *The “Subjective” Analysis: The Applicable Law is the Lex Mercatoria*

After the “objective analysis” of the applicable law, the tribunal proceeded to the “subjective analysis”¹. This is certainly curious, because it appeared that the “subjective analysis” stage has already been completed by the relatively simple exercise of establishing that the contract contained no choice of law clause. This was, however, not the case.

The tribunal signalled at the beginning of the award that “the absence of an express choice of law does not have the necessary consequence... that the Parties would not have made an *implied choice* of law...”². Consequently, besides an express choice and the objectively applicable law, there is a third way which must be explored: the parties’ implied choice. But what kind of implied choice may be derived from the mere absence of an express choice of law clause?

Under the heading “subjective analysis” the tribunal scrutinized the parties’ so-called “implied *negative* choice”. The tribunal reasoned that the absence of an express clause amounted to a “shouting silence”³ that neither party would have been willing to subject itself to the law of the other. Therefore, the “absence of a choice of law clause must be understood as a so-called ‘implied negative choice’... in the sense that none of the Parties’ national laws should be imposed on [the other]”⁴. The tribunal determined that this should be respected as “an implied term of the contract”⁵.

Given the importance of party autonomy in arbitration, undermining the parties’ agreement, express or implied, would be offensive. If the parties impliedly agreed that neither of their domestic laws should apply, that agreement must be upheld. However, what happens with US law which was determined by the objective closest connection test to be the governing law “beyond doubt”?

After determining the parties’ implied negative choice, the *Westinghouse* tribunal has set aside US law. Thus, what law *should* apply? With the exit of US law, the search for the applicable law had to continue.

tribution agreement was performed and it was therefore the “gravity center of the contract”. This may not have been the case “if the distributor was implementing his activities in more than [one] country” (Ibid., p. 453–454).

¹ *Westinghouse* case.

² Ibidem (emphasis added).

³ Ibidem.

⁴ Ibidem.

⁵ Ibidem.

The tribunal therefore considered three possible alternatives which would respect the parties' implied negative choice. It discussed the possibilities of applying (i) the substantive law of a neutral country, (ii) the so-called *tronc commun* doctrine¹ and (iii) "a-national or transnational rules of law and general principles... including rules that are said to form part of the *lex mercatoria*..."².

After assessing each alternative, the tribunal concluded that the third option was the most satisfactory. It reasoned that applying the *lex mercatoria* was the "only solution which... [responded] to both Parties' objectively fair and subjectively justified and reasonable expectations"³.

2.2.3. The Solution of "Implied Negative Choice"

After a discussion of the *Westinghouse* case, we might recall the arbitrator's "duty" to apply a conflicts rule in the absence of the parties' express choice which "necessarily" leads to a national law. This was the lesson which emerged from the *Lichtenstein* case⁴.

However, the *Westinghouse* case has demonstrated that if arbitrators are enthusiasts of the *lex mercatoria* and if it offers a solution to the case at hand⁵, they will find a way to apply it. The application of a conflicts rule which would, in principle, "necessarily" lead to the application of a domestic law will not be an obstacle in practice⁶.

¹ The essence of which is the application of the common part of the two parties' domestic laws; for a discussion see: *Blessing*, Op. cit., p. 398–400.

² *Westinghouse* case.

³ *Ibidem*.

⁴ It should be noted that the *Westinghouse* award (June 1996) pre-dated the *Lichtenstein* award (September 1998) and the discussion follows a "conceptual" sequence rather than a chronological order for the purposes of illustration.

⁵ The facts of the *Westinghouse* case were such that the applicable law was decisive, since a key issue was the length of statutory limitation. On the facts, the application of US law would have favoured the defendant.

⁶ The notion of "implied negative choice" has been applied in investment treaty arbitration in *Joseph Charles Lemire v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability (14 January 2010) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>)) where, in the absence of choice, the tribunal noted that "the parties... were apparently unable to reach an agreement to apply either Ukrainian or US law. <...> Given the parties' implied negative choice of any municipal legal system", the tribunal applied "rules of international law [with] particular regard to the UNIDROIT Principles" (*Ibid.*, ¶ 111). In this case, however, the parties contractually incorporated many provisions of the UNIDROIT Principles.

The notion of implied negative choice is therefore the remedy to the irritation of the objective conflicts rules, which would mechanically compel the arbitrator to apply a domestic law. This concept allows the arbitrator to discard the domestic law designated by the objective conflicts rules and enables him to arrive at a more suitable solution as far as the parties’ legitimate expectations are concerned. Nevertheless, if we offered this alternative to an arbitrator who does not believe that the *lex mercatoria exists*, he might respond with restrained enthusiasm¹.

Arguably, the notion of implied negative choice is vulnerable to criticism on the basis that it is concerned with objective factors, such as the parties’ reasonable expectations, and has little to do with party autonomy². However, regardless of whether “implied negative choice” is theoretically sound, it has served a legitimate purpose in the *Westinghouse* case: its aim was the protection of the parties’ “fair and... reasonable expectations” through permitting the application of a “neutral” *lex mercatoria*³.

As a next step, it is appropriate to consider two additional cases which were decided on the basis of a more modern version of the ICC Rules.

2.3. *Voie directe: Will Arbitrators Use It to Apply the Lex Mercatoria?*

Since the awards in the *Lichtenstein* and the *Westinghouse* cases were issued, the relevant provisions of the ICC Rules have been amended⁴. In the absence of the parties’ choice, arbitrators are no longer required

¹ See ICC Partial Award No. 7319 of 1992 stating that the absence of a choice of law clause “cannot, in the sole arbitrator’s opinion, be interpreted as an implied reference to some vague international legal or trade principles. Such reference must be made *expressly* and, if not expressly, then in an implied manner which gives *reasonable certainty* to the arbitrators... that the parties indeed agreed to submit their dispute to anational law... particularly considering... that such anational laws and principles... are *difficult if not impossible* to assess” (*J.-J. Arnaldez, Y. Derains & D. Hascher*, Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI, Vol. IV: 1996–2000 (ICC Publication No. 553), Kluwer Law International; ICC Pub., 2003, p. 304 (emphasis added)).

² For critical assessment see: *K.P. Berger*, International Economic Arbitration, Kluwer Law and Taxation Pub., 1993, p. 561; *L. Silberman & F. Ferrari*, Getting to the Law Applicable to the Merits in International Arbitration and the Consequences of Getting It Wrong, in: *F. Ferrari & St. Kröll* (eds.), Conflict of Laws in International Arbitration, Sellier, 2011, p. 274.

³ *Westinghouse* case.

⁴ This, however, does not mean that the foregoing discussion has no relevance today, as certain conflicts rules still provide that the arbitrator should apply a conflicts rule, such as the UNCITRAL Model Law (Art. 28(2)).

to apply a “rule of conflict”, but they can determine the applicable law “directly”¹.

The current version of the ICC Rules provides as follows in Art. 21(1) (Applicable Rules of Law): “The parties shall be free to agree upon the *rules of law* to be applied by the arbitral tribunal to the merits of the dispute. In the absence of any such agreement, the arbitral tribunal shall apply the *rules of law* which it determines to be *appropriate*”² (emphasis added).

In our context, two points are of immediate relevance. First, these provisions allow parties to select “rules of law”, rather than just “law”. It is now generally accepted that this terminology includes a-national rules and the *lex mercatoria* in addition to domestic laws³.

Second, the arbitrators are also authorised to apply a-national law in the absence of the parties’ choice, provided that the chosen “rules of law” are “appropriate”. Arbitrators are no longer required to resort to a “rule of conflict”, but may “simply apply directly the rules of law that [they determine] to be appropriate”⁴. This method is known as “voie directe” or the “direct method”⁵. It frees arbitrators from the combined pressure of having to apply a conflicts rule *and* the necessary consequence that a national law should apply in the absence of the parties’ choice.

Nevertheless, how do arbitrators avail themselves of this additional freedom in practice? Does the direct method make the process of applying the *lex mercatoria* more predictable?

2.3.1. Voie directe Leads to the Lex Mercatoria

In ICC Award No. 9875, the tribunal had to determine the applicable law, once again, without an express choice of law clause⁶. The dispute arose from a patent licensing agreement between a French and a Japanese com-

¹ The new provisions were introduced in 1998, for a commentary see: *Y. Derains & E.A. Schwartz*, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2005, p. 234–242.

² These provisions were introduced in 1998 and remained unchanged under ICC Rules 2017.

³ *Derains & Schwartz*, Op. cit., p. 235.

⁴ *Ibid.*, p. 234.

⁵ For discussions of *voie directe*, see: *J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & St. Kröll*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 434–436; *E. Gailard & J. Savage* (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 876–877; *G.B. Born*, *International Commercial Arbitration*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2014, p. 2136–2137.

⁶ ICC (Partial) Award No. 9875 (January 1999) (http://www.unilex.info/case.cfm?pid=2&d_o=case&id=675&step=FullText) (hereinafter – *Japanese case*).

pany. Both parties argued in favour of their own national law. The tribunal observed that the ICC Rules granted it *voie directe* discretion in the absence of the parties’ choice.

The tribunal scrutinized the provisions of the contract, including factors such as the sales territory and payment currency. It also had regard to the place of characteristic performance and the “geographical scope of the rights licensed”, which “[did] not exclusively lead to French law, but would eliminate Japanese law”¹.

The tribunal was vacillating between French and Japanese law, because it was easy to find factors pointing in either direction. In light of these dilemma, the tribunal considered that “the difficulties to find decisive factors qualifying either Japanese or French law as applicable to the contract reveal the *inadequacy* of the choice of a domestic legal system to govern a case like this. A contract... concerning a license... in various parts of the world is *not appropriately* governed by the national law of one of the parties, failing agreement on such a choice”².

Evidently, if both parties’ laws are ruled out, we need to find an alternative. The tribunal continued the above analysis and reasoned that “[t]he most appropriate ‘rules of law’ to be applied to the merits of this case [were] those of the *lex mercatoria*... Nevertheless, the tribunal [would] take into account any relevant national laws concerning intellectual property rights issues raised during this procedure”³. Accordingly, the tribunal availed itself of the freedom under the *voie directe* method and found that the *lex mercatoria* was the applicable law.

The arbitrators in the *Japanese* case seem to have been supporters of the *lex mercatoria*, or at least, believers in its existence. Neither party argued for the application of a national law⁴, but the tribunal resorted to *voie directe* and used it as a path leading to the *lex mercatoria* in the absence of a choice of law clause.

However, what will be the outcome if the *voie directe* discretion is offered to a tribunal that is sceptical about the *lex mercatoria*? Will the arbitrators avail themselves of this increased freedom? After all, *voie directe* is only an authorisation, rather than a duty to apply “rules of law” instead of a domestic law⁵.

¹ *Japanese* case.

² Ibidem (emphasis added).

³ Ibidem.

⁴ Based on what transpires from the available text of the award.

⁵ *Derains & Schwartz*, Op. cit., p. 242 (clarifying that even under *voie directe* the tribunal “remains free to apply a rule of conflict if it considers this appropriate”).

2.3.2. *Voie directe Does Not Lead to the Lex Mercatoria*

A helpful case on *voie directe* is ICC Award No. 4237, which concerned an international sales dispute between a Syrian and a Ghanaian party¹. This award pre-dates the others discussed above, but it offers an illustration of how the *voie directe* method is addressed by an arbitrator who has limited enthusiasm for the *lex mercatoria*². At the time of the dispute, a previous version of the ICC Rules applied, which required the arbitrator to resort to the appropriate “rule of conflict”. However, the *lex arbitri* permitted *voie directe*.

Similarly to the above cases, the sole arbitrator had to determine the applicable law without a choice of law clause. First, the arbitrator dealt with the “preliminary question which conflict of laws rules are to be applied in order to determine this law”³. An international arbitrator has a number of potentially available conflicts rules from which he has to choose. This selection will often involve the conflicts rules of the *lex arbitri* and the institutional arbitration rules.

The *Ghanaian* case was seated in Paris⁴. The Terms of Reference provided that the procedure should be governed by “French International Arbitration Law”. The arbitrator observed that it was controversial whether this would necessarily mean that French conflicts rules would apply, but concluded that he “[felt] himself obliged to follow these rules”⁵. He noted that the relevant rules were contained in Art. 1496 of the French Code of Civil Procedure.

The French rules were more liberal than the ICC Rules at the time and included the *voie directe* method⁶. Article 1496 provided that “[t]he arbitrator shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties; in the absence of such a choice, he shall decide according to such rules as he

¹ ICC Award No. 4237 (17 February 1984) (<http://www.trans-lex.org/204237>) (hereinafter – *Ghanaian* case).

² The date of the award is 17 February 1984. A chronological approach would not be fruitful for the purposes of our discussion, given the diversity of applicable conflicts rules and the practical solutions adopted by arbitrators.

³ *Ghanaian* case.

⁴ The “place of arbitration” according to the Terms of Reference, which is understood to be the seat based on the available extract.

⁵ *Ghanaian* case.

⁶ They were also more liberal in the freedom granted to parties. The French rules allowed them to choose “rules of law”, whereas the ICC Rules limited this freedom to the selection of “law” at the time.

deems appropriate”¹. The arbitrator has therefore answered the initial question of the applicable conflicts rules and selected French law, which granted him *voie directe* authorisation.

The next step for the arbitrator was to answer the question of “which rules of law [were] appropriate”². For a mercatorist tribunal, such as the *Westinghouse* tribunal, this would have been a compelling call to apply the *lex mercatoria*. Similarly, for the tribunal in the *Japanese* case, the *voie directe* discretion was a path which led to the *lex mercatoria*, even though neither party submitted that a-national law should apply. With the *voie directe* freedom available to him, how did the arbitrator proceed in the *Ghanaian* case?

The arbitrator continued the examination of the applicable law in the following terms: “This [*i.e.* the *voie directe* method] poses the question which rules of law are appropriate. It is argued in the literature that international arbitrators should, to the extent possible, apply the *lex mercatoria*. Leaving aside that its contents are not easy to determine, neither party has argued that a *lex mercatoria* should be applied. Rather, each party strenuously argued on the basis of a national law, *i.e.*, Syrian and Ghanaian / English law respectively. Accordingly, the Arbitrator shall follow the *implied desire* of the parties to apply a national law”³.

This passage shows how the arbitrator’s scepticism towards the *lex mercatoria* may distract the conflict of laws process. At the beginning, the arbitrator launches a search for the appropriate “rules of law”, but the paragraph concludes with the words “national law”. In this case, how did the arbitrator resist the lure of the *lex mercatoria* waiting at the end of the *voie directe* tunnel?

It is discernible that the arbitrator raises two objections against the application of the *lex mercatoria*. First, he argues that its “contents are not easy to determine”⁴. He does not go as far as denying its existence, unlike the arbitrator in the *Lichtenstein* case⁵. He is more reserved and is concerned about the uncertain contents of the *lex mercatoria*.

In addition, the arbitrator raises a second argument: party autonomy. In this case, neither party argued in favour of the *lex mercatoria*, but each relied on its own domestic law. The arbitrator interpreted this as the parties’

¹ *Ghanaian* case. These provisions are widely discussed (see, *e.g.*: *Blessing*, Op. cit., p. 430–432; *Lew, Mistelis, Kröll*, Op. cit., p. 427, 434).

² *Ghanaian* case.

³ *Ibidem* (emphasis added).

⁴ *Ibidem*.

⁵ See above Section 2.1.

“implied desire” that a national law should govern the contract¹. In essence, the tribunal relied on the parties’ “implied agreement” or “desire” that the *lex mercatoria* should *not* be applied.

Inevitably, this reasoning reminds us of the notion of “implied negative choice” examined above². The analysis in the *Ghanaian* case, however, has led to the elimination of the *lex mercatoria* as the governing law, in diametrical opposition to the reasoning of the *Westinghouse* case, where the “implied choice” argument was used to support the application of the *lex mercatoria*.

Having established that applying the *lex mercatoria* would be contrary to the parties’ “implied desire”, how did the arbitrator proceed in the *Ghanaian* case? Since *voie directe* has been discarded because it would undermine the parties’ implied intention, the arbitrator resorted to the only logically available route, which was to proceed on the basis of a *different* set of *conflicts* rules.

As the next step in his search for the applicable law, the arbitrator resorted to the ICC Rules³. He observed that the relevant article of the ICC Rules “constitute[d] a contractual elaboration of the conflict rules contained in Art. 1496” of the French Code of Civil Procedure⁴. The arbitrator proceeded to apply the ICC Rules which remained “within the framework” of the French conflicts rules, but required him to “determine conflict rules in order to arrive at the [governing law]”⁵. As mentioned, the ICC Rules at the time were more restrictive than French law and obliged the arbitrator to apply an appropriate “rule of conflict”.

Pursuant to the ICC Rules, the arbitrator applied a conflicts rule which was “generally followed in international arbitrations” in sales disputes: the “closest connection test”⁶. The closest connection was established based on the place of business of the seller, as the party rendering the most characteristic performance. This analysis resulted in the application of Ghanaian law, the law of the respondent, which was the same in substance as English law in the area of sales contracts. Accepting the respondent’s arguments, the arbitrator held English law to be applicable.

¹ *Ghanaian* case.

² Section 2.2.3.

³ It is not fully clear from the available extract how the arbitrator took the step from the French rules to the ICC Rules; but it is clear that the discussion of the ICC Rules followed the examination and application of the French rules.

⁴ *Ghanaian* case (referring to Art. 13(3) of the ICC Rules 1975).

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

3. Assessment of Current Practice

3.1. The "War of Faith" in Arbitral Practice

An overview of current practice shows that issues relating to the *applicability* of the *lex mercatoria* cannot be divorced from the controversy surrounding its *existence*. The arbitrators' enthusiasm or scepticism about the *lex mercatoria* directly impacts on the decision reached on the applicable law.

In addition, different tribunals interpret the same conflicts rules divergently, depending on their position towards the *lex mercatoria*¹. Since arbitrators may choose from various conflicts rules, they may also decide to select the conflicts rules themselves with a view to the desired result in terms of the applicable law².

The risk for parties is plain: the outcome of their dispute may depend on the personal views of the arbitrators about the *lex mercatoria*³. While this is undesirable, arbitrators are in a difficult position because of the unsettled theoretical status of the *lex mercatoria*. As long as we do not have a clear, or at least an accepted view of what the *lex mercatoria* is, it will be impossible to develop consistent conflicts methodology to determine its application.

It is therefore imperative to attempt to increase the predictability of the process of applying the *lex mercatoria*. This may be accomplished through searching for certain "indicators", "factors" or indeed, connecting factors that will establish a link between the transaction and the *lex mercatoria*. Such a *connection* is key to the logic of the conflict of laws. It is difficult to carry out a conflicts exercise without some guidance which leads the arbitrator to the conclusion that the *lex mercatoria* should apply, *because* it has a link to the dispute.

3.2. Mustill's Criticism and Identifying Criteria

In order to enhance the certainty of the application of the *lex mercatoria*, it is instructive to consider Lord Mustill's appraisal of current practices. He observes that "it is surprising how little has been done to identify the criteria which distinguish those transactions which are governed by [the *lex merca-*

¹ Compare the *Lichtenstein* and *Westinghouse* cases respectively, discussed above.

² See the *Ghanaian* case, discussed above.

³ This is of course not the only context in which the issue of arbitrators' preferences or personal views arises. It is a fact of life that these factors are sometimes taken into account during the arbitrators' selection process; these matters are beyond the scope of the present discussion, however.

toria] from those which are not”¹. Apart from the general consensus that it should apply if the parties choose it as the governing law, there is virtually no guidance about its applicability.

Therefore, Mustill proposes several groups of identifying factors which serve as indicators that the *lex mercatoria* may apply in the absence of the parties’ choice. He makes a rare effort to outline the relevant considerations and lists the following factors: (i) the nature of the parties themselves, *i.e.* whether they are a State entity or a private party; (ii) the nature of the transaction, *i.e.* its “international character”; (iii) the subject-matter or complexity of the transaction; (iv) the terms of the parties’ contract; and (v) the parties’ implied intention².

For our present purposes, the question remains whether and to what extent these criteria offer consistent guidance. Several of these factors have played a role in the arbitrators’ deliberations in the cases discussed above and they warrant a brief overview.

3.2.1. *The Nature of the Disputing Parties*

The nature of the parties was a feature considered in the *Westinghouse* case. The claimant was an Iranian State entity, the Imperial Iranian Air Force, as the buyer of certain air defence radar equipment from Westinghouse, a US manufacturer.

It was emphasised by the Iranian entity during the proceedings that “agreeing to a foreign national law would have been considered incompatible with its perception of sovereignty”³. This argument had greater force than Westinghouse’s submission that, in view of the “clear links” to US law, the tribunal “should not apply general principles of law... because this would not be based on the implicit will of the Parties”⁴. Indeed, implicit will was the basis on which the *Westinghouse* tribunal decided to apply the *lex mercatoria*.

3.2.2. *The Nature or “International Character” of the Transaction*

The nature or “international character” of the transaction was expressly considered in the *Japanese* case. The tribunal made a reference to the dif-

¹ Mustill, *Op. cit.*, p. 98.

² *Ibid.*, p. 98–101. Most of the literature centres on the discussion of “implied negative choice” and “voie directe”, which mention certain factors to be taken into account, but a similarly consistent collection of the relevant factors is rare.

³ *Blessing*, *Op. cit.*, p. 46.

⁴ *Westinghouse* case.

ferent nationalities of the parties and the fact that the contract extended to “various parts of the world”, before it reached the conclusion that the contract would “not appropriately [be] governed by the national law of one of the parties”¹. By contrast, the arbitrator in the *Ghanaian* case found that it was “[i]n view of the international character of the... arbitration” that he chose to apply the “closest connection” test which directed him to Ghanaian / English law².

The “international character” of the transaction led the *Japanese* tribunal to the *lex mercatoria*; but it also helped the arbitrator in the *Ghanaian* case to reach the “closest connection” test directing him to a national law, instead of relying on his *voie directe* authorisation³. This criterion, therefore, does not provide clear guidance in terms of determining the application of the *lex mercatoria*.

3.2.3. *The Subject Matter or Complexity of the Transaction*

Another element on Mustill’s list is the “subject-matter or complexity” of the transaction. It is related to the contract’s “international character”⁴, because normally, the more complex the transaction, the more jurisdictions are involved and the more prominent the international character⁵.

In addition to the dispute’s “international character”, the *Japanese* tribunal also considered the “subject-matter and complexity” of the transaction. The tribunal reasoned that the contract before them “concerning a license to manufacture products and to sell them in various parts of the world”⁶ was not appropriately governed by either party’s domestic law. The tribunal also scrutinized the terms of the contract, another factor listed by Mustill. The tribunal took into account contractual terms such as payment currency, the location of the production facilities and the geographical scope of the licensed rights. The thrust of the analysis was that it was difficult to establish “decisive factors” which would lead to either party’s national law to govern the contract.

¹ *Japanese* case.

² *Ghanaian* case.

³ Discussed above in Sections 2.3.1 and 2.3.2 respectively.

⁴ Which, in turn, is related to (and derived from) the nature of the parties and also to the terms of the contract. Accordingly, the factors listed are separate, but interconnected.

⁵ This is of course just a typical situation, the subject matter may also be complex because of its substance and may be limited only to a few (or only one) jurisdiction.

⁶ *Japanese* case.

1. *Complex transactions and “inadequate” domestic laws.* This reasoning relating to the international character or complexity of the transaction is remarkable, because it often surfaces in awards where the tribunal applies the *lex mercatoria*.

For example, in the *Pabalk Ticaret Limited Sirketi v Norsolor S.A.* case¹, the tribunal had to determine the law applicable to an agency agreement in a dispute between a Turkish and a French company. The tribunal reflected on a number of connecting factors and, similarly to the *Japanese* case, it has found factors pointing in the direction of both Turkish and French law.

After the examination of the potentially applicable connecting factors, the *Norsolor* tribunal reached the following conclusion: “Faced with the *difficulty* of choosing a national law the application of which is *sufficiently compelling*... it was appropriate, given the *international nature* of the agreement, to *leave aside* any compelling reference to a specific legislation, be it Turkish or French, and to apply the international *lex mercatoria*”²

The “difficulty of choosing a national law” which would be “sufficiently compelling” in the *Norsolor* case reminds us of the “difficulties” of finding “decisive factors qualifying either [party’s] law” as the applicable law in the *Japanese* case³.

It transpires that the emphasis in both cases is on the *difficulties* of finding a *sufficient link* with either party’s domestic law *as a result* of which these laws are regarded as inappropriate to govern the contract and the conclusion is drawn that the *lex mercatoria* should apply instead. In both cases, these dilemmas arise at least in part from the subject-matter, complex nature and international character of the transaction. In each case the tribunal is torn between the parties’ national laws and the solution is eventually found in the *lex mercatoria*⁴.

¹ ICC Award No. 3131 (26 October 1979), in: S. Jarvin & Y. Derains (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I: 1974–1985 (ICC Publication No. 433), Kluwer Law and Taxation Pub; ICC Pub., 1990, p. 122–124 (hereinafter – *Norsolor* case).

² *Norsolor* case (S. Jarvin & Y. Derains (eds.), *Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI*, Vol. I: 1974–1985 (ICC Publication No. 433), p. 123–124) (emphasis added).

³ Discussed in Section 2.3.1.

⁴ The *Norsolor* case was decided under the version of the ICC Rules providing for an appropriate “conflict rule” under Art. 13(3); the award was challenged, but upheld in domestic courts. By contrast, the *Japanese* tribunal (in 1999) proceeded under *voie directe* under Art. 17(1) (which is the same as Art. 21(1) in the 2012 and 2017 versions of the ICC Rules).

It is submitted that the reasoning that has led to the application of the *lex mercatoria* in these awards is characteristically *negative*. The tribunals concluded that the *lex mercatoria* should apply not on the basis of a positive argumentation about the appropriateness of the *lex mercatoria*, but based on an analysis of why national laws are inappropriate. Effectively, domestic laws were found to be *inadequate* because they were disconnected from the transaction due to the international character or complexity of the transaction.

In these cases, therefore, the determination of the applicable is completed through a negative process, in which the arbitrator seeks to *disconnect* the transaction from domestic laws. This, however, is the opposite of traditional conflict of laws logic, which is based on a positive *connection* between the transaction and the applicable law.

Accordingly, there is a missing logical link in the process of determining the *lex mercatoria* as the applicable law. Merely because both parties’ domestic laws are regarded as “inadequate” to govern the dispute, why does it necessarily follow that the *lex mercatoria* is “adequate”? It seems that it is necessary to bridge the logical gap and develop a reasoning that leads the arbitrator to the conclusion that the *lex mercatoria* is *connected* to the dispute and *therefore* it should apply. In this way, the logic of the conflict of laws is sustained and the certainty of the process may be increased.

However, once a transaction is disconnected from domestic laws, the *lex mercatoria* is not the only candidate competing for the arbitrators’ attention¹. For example, an alternative option in arbitration is a third country’s domestic law which, although disconnected from the dispute, offers “neutrality” because it avoids imposing on either party the law of its opponent. But is this a more desirable alternative than the *lex mercatoria*?

2. A “*natural connection*” between the dispute and the applicable law. The members of the *Westinghouse* tribunal had to face the issue of the applicability of a third country’s law. The tribunal contemplated the application of a “neutral” domestic law, such as “Swiss law, or indeed any other third country’s national law” as an alternative to the *lex mercatoria*². The tribunal decided not to follow this route based on the argument that such a third domestic law had no “*natural connection* with the case”³. In other words, there

¹ There are many alternatives, such as written harmonisation measures, a comparative law approach, or the “*tronc commun*” doctrine, it is not feasible to discuss these options further. On the last method see: *M. Rubino-Sammartano*, The Channel Tunnel and the *Tronc Commun* Doctrine, *Journal of International Arbitration*, Vol. 10 (1993), Issue 3, p. 59–65.

² *Westinghouse* case.

³ *Ibidem* (emphasis added).

was no positive connecting factor that would have established a link between the dispute and Swiss law¹.

But what is the essence of a “natural connection” that *does* justify the application of the *lex mercatoria* when the parties’ national laws are regarded as inadequate? Based on the logic of the conflict laws, when national laws fail, a third country’s “neutral” law may be excluded, because it is disconnected from the transaction². For example, in a dispute between an Iranian and a US party, Swiss law would be “neutral”, but “disconnected”. This logic would be the exact opposite of the “closest connection” test which is widely adopted in arbitration³. The application of a “disconnected” law cannot serve the parties’ legitimate expectations⁴.

The *Westinghouse* tribunal relied precisely on the parties’ legitimate expectations when it chose the *lex mercatoria*. It concluded that applying a-national law was the only solution which would “protect both Parties against the application of a national law which might contain particular provisions which they had not expected, and which may not be suitable in a truly international context”⁵. Furthermore, the tribunal emphasised that this outcome ensured “foreseeability of the outcome and certainty of law”⁶. This result was the only solution that “[*responded*] to both Parties [*sic*] objectively fair and subjectively justified and reasonable expectations”⁷.

This reasoning by the *Westinghouse* tribunal merits careful attention. It is submitted that at this point, although it is not stated expressly, the tribunal is implicitly seeking to establish a “natural connection” between the parties’ dispute and the applicable law.

During its search for an “appropriate” applicable law, the tribunal considered the following factors: (i) protection of parties from unexpected domestic

¹ The Tribunal also stated that it would have been “artificial and arbitrary” to apply Swiss law, because it was not contemplated by the parties.

² This is not to say that neutral domestic laws are not selected by arbitrators in practice or that this may not be an appropriate solution depending on the facts. Rather, the issue is that doing so is strictly speaking inconsistent with the traditional conflicts logic that seeks to establish a *connection* between the transaction and the applicable law.

³ If the parties chose such a law, that is plainly a different matter. In those cases, however, the parties’ choice establishes the connection between the dispute and the applicable law.

⁴ Unless perhaps in cases where both parties agree to a third country’s law during the arbitration further to the arbitrators’ suggestion or otherwise.

⁵ *Westinghouse* case.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem* (emphasis added).

provisions; (ii) protection of parties from rules that are generally unsuitable in an international context; (iii) concerns of legal certainty; and (iv) protection of reasonable expectations.

In addition, the tribunal’s logic implies the requirement that the “appropriate” rules should be “responsive” to the parties’ legitimate business expectations, including their need for legal certainty. This is consistent with Goode’s argument that modern rules relating to commercial transactions should be “responsive to legitimate market needs and practices”¹.

Evidently, the factors considered by the *Westinghouse* tribunal are legitimate concerns. The difficulty is that the tribunal relied on the notion of implied negative choice as the basis for applying the *lex mercatoria*. The factors listed above, however, are objective considerations and have little to do with a “subjective analysis” of the parties’ implied intention.

3.2.4. The Parties’ Implied Intention

At this point, we have arrived at the last factor on Mustill’s list which may assist in determining whether the *lex mercatoria* applies: the parties’ implied intention. In his view, it is a “striking proposition” to suggest that “the absence of a choice of law clause is an indication that the parties wish to apply an anational system”².

Mustill observes that there may have been other reasons for the omission of a choice of law clause. The parties may not have discussed the issue at all, or there is a “possibility that the choice of a national law was so obvious as not to be worth mentioning”³. A variant of this latter position seems to have prevailed in the *Ghanaian* case, where the arbitrator concluded that the absence of a choice of law clause coupled with the fact that neither party raised a national law in argument indicated the parties’ “implied desire” to apply a domestic law. The concept of “implied intention”, therefore, may cut both ways in terms of the applicability of the *lex mercatoria*⁴.

Consequently, the identifying factors listed by Mustill remain uncertain signposts in the conflicts exercise, because sometimes they lead to the applica-

¹ R. Goode, Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 54 (2005), Issue 3, p. 542.

² Mustill, *Op. cit.*, p. 101.

³ *Ibidem*. In effect, this amounts to an implication of a choice of domestic law.

⁴ As discussed above, the sole arbitrator in the *Ghanaian* case seems to have been a sceptic of the *lex mercatoria*, in contrast with the more enthusiastic *Westinghouse* tribunal.

tion of the *lex mercatoria*, sometimes they point to national law. Nonetheless, the objective factors¹ are interconnected and they may serve as guidance to arbitrators that the transaction may, on balance, be *disconnected* from national laws. Yet, these factors fail to provide a positive link between the transaction and the *lex mercatoria*.

Based on the foregoing, we can identify two key components of the currently prevailing negative approach towards the application of the *lex mercatoria*.

First, the contract's "international character" and "complexity" are often cited in support of the alleged insurmountable difficulties of determining either party's law as the applicable law. This results in a negative reasoning which is preoccupied with why domestic laws are *inadequate*, instead of a positive approach explaining why the *lex mercatoria* is *adequate*. There are promising signs of a potential positive approach in the *Westinghouse* award, where the tribunal is effectively searching for a "natural connection" based on objective criteria. Second, as its name suggests, "implied *negative* choice" is not more than another manifestation of the overall negative approach. It does not focus on what the parties agreed, but instead it is concerned with what the parties had *not* agreed.

This overwhelming negative approach offers an uncertain foundation for the applicability of the *lex mercatoria*. Importantly, it leaves a gap in the reasoning between *disconnecting* the transaction from national laws and *connecting* it to a-national law. In turn, this negative methodology is derived from the unsettled status of the *lex mercatoria*. It is because we do not have a clear theoretical concept of the *lex mercatoria* that we are forced to focus on the inadequacy of domestic laws and the disconnection of the transaction from domestic laws.

4. A Positive Approach to the Application of the *Lex Mercatoria*

In order to remedy the deficiencies of the negative methodology, it is submitted that we need to devise a positive approach, involving a positive connecting factor which links the parties' transaction to the *lex mercatoria*.

Arguably, the broad parameters of a potential connecting factor have already emerged from the *Westinghouse* case. As we have seen during the discussion of the award, such a connecting factor should protect the parties'

¹ Factors (i) to (iv); whether factor (v), the terms of the contract and the parties' implied intention are subjective or objective is debatable and depends on whether we adopt a common law or civil law approach.

legitimate expectations, enhance legal certainty, and be responsive to market needs and practices¹.

Indeed, the tribunal’s reasoning in the *Westinghouse* case reflects a concern with the reasonable expectations of the members of the international business community, who are more familiar with their own business practices than with the peculiarities of domestic laws. Businessmen may be more comfortable if their rights and obligations were decided on the basis of their business practices rather than based on the unfamiliar provisions of a domestic law.

Viewed from a conflicts perspective, this concern may be formulated as follows: businessmen may be more comfortable with an applicable law *connected* to the international business community than to a particular country. To put it differently, there may be cases where the transaction should be connected to the international business community (and its law, the *lex mercatoria*), rather than to a state (and its domestic law).

Depending on the facts of the case, the tribunal may hold that the parties’ transaction is more closely connected to the relevant business community than to a state. For example, the transaction in the *Westinghouse* case was arguably more closely connected to the military equipment industry than to the state of Iran or the US. Consequently, the law of this relevant business community, *i.e.* the *lex mercatoria* of this specific industry, is more appropriate to govern the transaction than either party’s domestic law.

It follows that the connecting factor in the *Westinghouse* case that establishes the link between the transaction and the *lex mercatoria* is that both contracting parties are members of the same relevant business community. Both parties operate within the military defence industry and they are both familiar (or may be reasonably expected to be familiar) with the prevailing trade usages.

By applying the *lex mercatoria* of this industry to the dispute, the legal surprises potentially arising from domestic laws are avoided, the parties’ reasonable expectations are protected and, overall, legal certainty and foreseeability of the outcome are promoted. As discussed, these were the main concerns of the *Westinghouse* tribunal when it was implicitly seeking to establish a “natural connection” between the transaction and the *lex mercatoria* as the applicable law.

It is therefore discernible that the new connecting factor that emerges is the parties’ membership in the same relevant business community. Instead of focussing on the parties’ nationalities or the other traditional connecting

¹ See above Section 3.2.3(2).

factors under the conflict of laws which tie the transaction to a particular territory, and consequently, to a certain domestic law, international arbitrators may regard the parties' membership within the same business community as a positive objective connecting factor that leads them to the application of the *lex mercatoria*.

Giving central importance to the international business community when connecting the transaction to the applicable law is particularly appropriate in light of the argument that the *lex mercatoria* is created by the members of the international business community, through the combination of their (i) congruent majority conduct and (ii) critical reflective attitude towards this conduct.

Finally, this new connecting factor may equally be used within the arbitrators' *voie directe* discretion or under the closest connection test. It may also be used if the arbitrator is directed to apply the "appropriate" or "applicable" conflicts rule. This flexibility leads to a greater degree of certainty, because it will become clear to parties and arbitrators that this connecting factor may be applied under a variety of conflicts rules.

Importantly, devising an objective connecting factor allows us to focus on why the *lex mercatoria* is the *appropriate* governing law on the facts of a particular case. Equipped with a unique connecting factor, we are no longer trapped within the confines of the negative reasoning centred on why domestic laws are inadequate when we are seeking to determine whether the *lex mercatoria* applies to a particular dispute.

ОТМЕНА АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ И АВТОНОМИЯ ВОЛИ СТОРОН: ДИСКУССИЯ О ГРАНИЦАХ ДОЗВОЛЕННОГО

Р.М. Ходыкин,
кандидат юридических наук,
приглашенный профессор Университета Королевы Марии
(Лондон), солиситор Высших судов Англии и Уэльса,
партнер лондонского офиса юридической фирмы
“Bryan Cave Leighton Paisner LLP”

В данной статье автор предлагает по-новому взглянуть на основания для отмены арбитражного решения, в частности, могут ли стороны своим соглашением исключить какой-либо судебный контроль над арбитражными решениями или, наоборот, расширить основания для их отмены по сравнению с теми, которые установлены действующим законодательством.

Представляется, что арбитраж будущего может обеспечить большую свободу действий сторонам, и в особенности тем из них, которые в состоянии управлять своими собственными рисками (в отличие от потребителей и иных лиц, выступающих слабой стороной в обязательстве). Говоря более конкретно, коммерсантам должно быть предоставлено право отказа от каких-либо возражений в отношении арбитражного решения, а также право на расширение оснований для обжалования, и в том числе, если стороны того пожелают, для обжалования по существу. В этой связи соглашению сторон возможно придать приоритет над какими-либо требованиями национального законодательства, которые идут вразрез с достигнутыми между ними договоренностями.

Ключевые слова: арбитражное решение; отмена; окончательность.



SETTING ASIDE ARBITRAL AWARDS AND PARTIES AUTONOMY: DISCUSSING WHERE TO DRAW THE LINE

ROMAN KHODYKIN,

Ph.D. in Law,

Visiting Professor in the Centre for Commercial Law

Studies at Queen Mary University of London,

Solicitor of Senior Courts of England and Wales,

Partner at *Bryan Cave Leighton Paisner LLP* (London)

In this article the author proposes to look afresh at the grounds for setting aside an award, in particular, whether the parties can, by their consent, exclude any form of judicial control over an arbitral award or, vice versa, expand the grounds of appeal beyond those set out in the legislation.

The author proposes that arbitration should allow greater freedom to the parties, particularly commercially sophisticated parties who are capable of managing their own risks (as opposed to consumers or parties who are in a weaker negotiating position). Specifically, such parties should be allowed to exclude any recourse against an award or expand the grounds for appeal, including the right to appeal on the merits if they so desire. The parties' agreement in this regard should override any contrary requirements in national legislation or any applicable institutional rules.

Keywords: arbitral award; set aside; finality.



Весьма интересным и в то же время очень спорным вопросом в области арбитража является вопрос о роли и границах автономии воли сторон в части контроля государственных судов над арбитражными решениями (осуществляемого как в порядке рассмотрения ходатайств об отмене таких решений, так и в порядке рассмотрения соответствующих апелляционных жалоб в тех странах, где их подача допускается). В настоящее время национальное законодательство большинства стран содержит исчерпывающий перечень оснований для отмены арбитражных решений, который в большинстве своем сводится к вопиющим процессуальным нарушениям, нарушению публичного порядка и правил об арбитрабельности споров. Как правило, стороны не вправе своим соглашением расширить или исключить основания для отмены арбитражного решения.

Насколько эта ставшая уже хрестоматийной ситуация отвечает современным потребностям оборота? В частности, профессор У. Парк высказывался в пользу расширения границ автономии воли применительно к рассматриваемому вопросу: «...сторонам должен быть предоставлен выбор — либо полностью отказаться от какого-либо пересмотра, либо согласиться на пересмотр по существу. В то время как для внутринациональных сделок могут быть выдвинуты веские аргументы в пользу применения единообразных арбитражных режимов, особенности ведения международного бизнеса требуют для сторон большей свободы договора»¹.

В данной работе анализируются возможность расширения / сужения оснований для пересмотра арбитражного решения государственным судом, плюсы и минусы такого подхода.

1. Право сторон на исключение оснований для пересмотра

Начнем с анализа возможности соглашением сторон исключить отмену решения совсем, даже по ограниченным основаниям, предусмотренным законодательством большинства государств. Иначе говоря, могут ли стороны отказаться от любых форм судебного контроля в отношении арбитражного решения?

¹ См.: *Park W.W. Why Courts Review Arbitral Awards // Law of International Business and Dispute Settlement in the 21 Century / Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel / R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger, J. Bredow (eds.). Heymanns, 2001. P. 605 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.williamwpark.com/documents/Why%20Courts%20Review%20Awards.pdf>).*

При этом важно помнить, что в некоторых странах разрешается апелляция на решение, если арбитражный трибунал неправильно применил нормы материального права. Как правило, национальное право мягче относится к возможности отказа от обжалования решения на указанном основании, однако ситуации, когда сторонам предоставлена возможность полного отказа от судебного контроля, встречаются только в ограниченном числе стран¹.

Поэтому ситуация по данному вопросу отличается в зависимости от того, идет ли речь (i) об оспаривании решения в связи с неправильным применением норм материального права или (ii) об оспаривании по процессуальным основаниям, а также ввиду противоречия публичному порядку.

В странах, где разрешено обжалование на основании неправильного применения норм материального права, обычно стороны вправе обжаловать арбитражное решение, при условии что они прямо не отказались от этого правомочия в соглашении между ними или путем выбора арбитражного регламента, предусматривающего такой отказ². Тем не менее подходы варьируются от юрисдикции к юрисдикции. Например, в Гонконге обжалование арбитражного решения на указанном основании может иметь место только тогда, когда стороны прямо выразили согласие на это в соответствии с национальным правом при заключении арбитражного соглашения (данное положение, как правило, распространяется только на внутренние арбитражные разбирательства) или же с разрешения суда³.

Что касается обжалования по процессуальным основаниям, то, как показывает практика, в отношении тех стран, которые имплементировали Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном

¹ См. подробнее: *Khodykin R.* Chapter 16. National Court Review of Arbitral Awards: Where Do We Go From Here? // *The Evolution and Future of International Arbitration* (= *International Arbitration Law Library*. Vol. 37) / S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis (eds.). Kluwer Law International, 2016. P. 269–285.

² Например, по делам, рассматриваемым в Лондонском международном третейском суде (London Court of International Arbitration (LCIA)) (далее — ЛМТС) с местом арбитража в Англии, стороны не могут обжаловать решение в суд со ссылкой на неправильное применение материального права, поскольку ст. 29.2 Арбитражного регламента ЛМТС 2014 г. прямо предусматривает, что стороны отказываются от права на пересмотр решения государственным судом «[в] той степени, в какой это разрешается любым применимым законом». Такой отказ от права на обжалование в связи с неправильным применением материального права допускается ст. 69 английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г.

³ Статья 102(1) Ордонанса об арбитраже (Arbitration Ordinance (Cap. 609)) Гонконга.

торговом арбитраже (далее – Типовой закон), имеются некоторые сомнения касательно того, могут ли стороны отказаться от применения ст. 34 («Ходатайство об отмене как исключительное средство обжалования арбитражного решения»). Так, например, канадский суд решил, что стороны вправе это сделать¹, в то время как суды Новой Зеландии постановили, что у них такого права нет², притом что суды обеих стран толковали одинаковые по содержанию положения закона.

Существует лишь ограниченное число государств, в которых сторонам разрешен полный отказ от судебного контроля по месту вынесения решения. К примеру, во Франции данное право существует с 1 мая 2011 г. – даты вступления в силу последней редакции ст. 1522 ГПК (Code de procédure civile)³. При этом не предусматривается каких-либо ограничений, так что даже французские стороны могут принять решение о том, что их арбитражное решение не подлежит отмене⁴.

В России возможность отказа от оспаривания арбитражного решения в настоящее время предусмотрена как для внутреннего, так и для международного арбитража, администрируемого постоянно действующим арбитражным учреждением⁵. Для этого в арбитражном соглашении стороны могут предусмотреть, что арбитражное решение является для них окончательным. В таком случае решение не будет подлежать отмене, однако соответствующие возражения могут быть заявлены в рамках его признания и приведения в исполнение. Данное правило сформировалось в судебной практике еще до принятия новейшего законодательства об арбитраже, причем если изначально суды применяли подобный отказ только к внутринациональным делам, то позднее они стали распространять положение, содержащееся

¹ *Noble China Inc v. Lei*, (1998) 42 O.R. (3d) 69, 42 B.L.R. (2d) 262; *Food Services of America Inc. v. Pan Pacific Specialties Ltd.*, (1997) 32 B.C.L.R. (3d) 225.

² *Methanex Motunui Ltd. & Methanex Waitara Valley Ltd. v. Joseph Spellman & Ors.*, CA171/03 (17 June 2004) (<https://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/Court%20Decisions/METHANEX%20MOTUNUI%20LTD%20v%20SPELLMAN%20CA171-03%2017%20June%202004.pdf>).

³ Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage.

⁴ См.: Kirby J. Finality and Arbitral Rules: Saying an Award Is Final Does Not Necessarily Make It So // *Journal of International Arbitration*. 2012. Vol. 29. Issue 1. P. 127.

⁵ Пункт 1 ст. 34 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», ст. 40 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

в законодательстве о внутреннем арбитраже, и на международные дела¹.

По российскому праву единственная ситуация, при которой стороны не могут отказаться от права на обжалование, — это рассмотрение дела в арбитраже *ad hoc*. При этом следует учитывать риск того, что российские суды могут не признать окончательность арбитражного решения абсолютной. Так, до реформы законодательства об арбитраже в судебной практике сформировалась позиция, согласно которой условие третейского соглашения об окончательности решения третейского суда не принимается государственным арбитражным судом, если такое решение нарушает основополагающие принципы российского права. Аналогичная позиция продолжает сохраняться и с принятием нового законодательства об арбитраже².

Во время обсуждения изменений в законодательство рассматривалась концепция, согласно которой решение не может быть оспорено по процессуальным основаниям (например, в силу того, что арбитражное соглашение является недействительным или что стороны не были уведомлены надлежащим образом и т.п.), но может быть оспорено по основаниям подведомственности дела третейскому суду или по мотивам противоречия публичному порядку³. Однако принятые законы пошли дальше и закрепили возможность отказаться от обжалования по любым основаниям.

В тех странах, где отказ от обращения в суд за обжалованием решения допускается, иногда законодательство или судебная практика устанавливают одно или два условия для такого отказа, без выполнения которых он не будет иметь силы.

Первым условием является отсутствие материальной связи с местом арбитражного разбирательства (помимо связи, вытекающей из согла-

¹ См.: Ягельницкий А.А., Петроль О.Д. Соглашения об отказе от права на оспаривание решения международного коммерческого арбитража // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2014. С. 269–278.

² См., например: постановления АС Волго-Вятского округа от 30 марта 2018 г. № Ф01-672/2018 по делу № А43-36597/2017, от 30 августа 2017 г. № Ф01-2822/2017 по делу № А28-777/2017; см. также: 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. С. 786 (автор гл. 20 — С.А. Курочкин).

³ См., например: *Pellew D. Some Observations on the Current Proposed Reforms to Russian Arbitration Law* // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. С. 67–68.

шения сторон по выбору места рассмотрения спора). В число стран, применяющих данный подход, входят Швеция и Швейцария. Абзац 1 ст. 192 Закона о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)) Швейцарии (далее – Закон о МЧП) позволяет сторонам отказаться от права на обжалование арбитражного решения при условии, что ни одна из них не имеет постоянного места жительства или места нахождения в Швейцарии. Аналогичное правило действует в Швеции¹.

Второе условие выражается в виде определенных требований к форме отказа или соглашения, например условия о том, что отказ должен быть четким и однозначным. Так, Федеральный суд постановил, что формулировка о том, что решение является «окончательным и обязательным для сторон», не является соглашением об отказе по смыслу абз. 1 ст. 192 Закона о МЧП – требуется определенное и «выраженное» (“ausdrücklich”) изъяснение воли². Однако в 2005 г. высшая судебная инстанция Швейцарии применила менее строгий подход: в частности, Федеральный суд согласился с тем, что ссылка на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, предусматривающий, что «стороны отказываются от своего права на обжалование в любой форме арбитражного решения... в той мере, в какой такой отказ является юридически допустимым...», является действительным отказом от права на обжалование³. Затем в 2008 г. Федеральным судом было вынесено еще одно важное решение, на этот раз в области спортивного арбитража. В деле *Guillermo Cañas v. Association of Tennis Professionals (ATP)* суд постановил, что «вынужденный отказ» от обращения к Федеральному суду в сфере спортивного арбитража является неисполнимым, даже если бы такой отказ был действительным в соответствии с абз. 1 ст. 192 Закона о МЧП. В частности, Суд отметил, что действительность подобного отказа будет под вопросом исходя из положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (п. 1 ст. 6)⁴.

В некоторых странах налагаются также временные ограничения на возможность отказа от права на обжалование. Так, в Германии

¹ См. ст. 51 Закона об арбитраже (Lag (SFS 1999:116) om skiljeförfarande) Швеции.

² BGE 116 II 639 E. 2 c S. 640; см. также: ASA Bulletin. 1991. Vol. 9. Issue 3. P. 262.

³ ATF 131 III 173 consid. 4.2.3.2 p. 179; см. также: ASA Bulletin. 2005. Vol. 23. Issue 3. P. 496.

⁴ ATF 133 III 235 consid. 4.3.2.2; см. также: Swiss International Arbitration Law Reports. 2007. Vol. 1. Nos. 1 & 2. P. 83–87.

сторонам разрешен отказ от обращения в суд за обжалованием арбитражного решения, однако только после того, как решение стало известно сторонам и у них появилась возможность проанализировать его на предмет наличия каких-либо оснований для обжалования¹.

Из вышесказанного следует, что разные государства относятся к автономии сторон в рассматриваемой области с различной степенью толерантности. Представляется, что руководствуются они двумя соображениями, но при этом придают данным соображениям разное значение.

Первое — признание автономии воли, ибо она является основой международного арбитража и жизненно важна для всей его концепции. Без автономии воли арбитраж не сможет существовать. Согласно этому соображению, отправной точкой для анализа должно быть предположение, что, пока не выдвинут веский аргумент в пользу обратного, сторонам должно быть разрешено абсолютно свободно решать судьбу своего арбитражного спора. Из вышеприведенного анализа видно, что Франция и Россия ставят свободу сторон очень высоко, пожалуй, даже выше гарантий справедливого разбирательства, при условии что стороны по собственной инициативе договорились об отказе или ограничении своих прав на оспаривание решения в суде.

Второе соображение, которое обычно свидетельствует в пользу ограничения права сторон на отказ или на исключение обжалования арбитражного решения, состоит в том, что стороны не могут оказаться в правовом вакууме без какой-либо возможности оспорить решение, вынесенное в результате существенного нарушения их прав или грубейшего попрания закона. По крайней мере следует сохранить минимальный набор мер, который бы позволил защитить права сторон от произвола и неправомерного поведения арбитров. Право на справедливое судебное разбирательство является основополагающим, и нет никаких оснований его игнорировать только потому, что спор рассматривается частным, а не государственным судом.

Вместе с тем надо понимать, что разрешение сторонам исключить своим соглашением отмену решения третейского суда в государстве его вынесения не оставляет их в полном правовом вакууме, ибо они все еще могут выдвигать возражения против арбитражного решения на стадии его признания и приведения в исполнение. Поэтому там, где это допускается, стороны исключают возможность отмены арбитражного решения в государстве его вынесения, но по-прежнему

¹ См. подробнее: *Ягельницкий А.А. Петроль О.В.* Указ. соч. С. 268.

могут оспаривать его исполнимость в других странах. Такая ситуация неидеальна, поскольку вместо выдвижения возражений против решения в одном суде стороны могут оказаться в ситуации, где им нужно оспаривать решение в нескольких странах, в которых испрашивается его исполнение.

Второе соображение, как нам представляется, пока является преобладающим даже среди очень активных сторонников арбитража. Действительно, зачастую стороны предпочитают, чтобы при любых обстоятельствах у них оставались минимальные гарантии; в частности, отмечается следующее: «...опытные участники арбитражных разбирательств, похоже, больше сосредоточены на том, как ускорить рассмотрение дела и сократить расходы, решая вопрос качества разбирательства на стадии выбора арбитра. Однако некоторые корпоративные стороны, опрошенные авторами, выразили готовность рассмотреть возможность введения арбитражной апелляционной процедуры для сделок (или споров) с высокой стоимостью или в случаях, когда одна из сторон неохотно соглашается на рассмотрение спора в арбитраже из-за опасений вынесения существенно неправоудного решения»¹.

Опросы участников арбитражных разбирательств показали, что среди постоянных пользователей арбитража гораздо больше тех, кто предпочитает объективность и справедливость разбирательства таким привлекательным качествам арбитража, как скорость, размер судебных расходов и экспертные знания и опыт².

В этой связи стремление сохранить возможность для суда исправлять ошибки арбитров там, где имели место серьезные нарушения процессуальных норм или публичного порядка со стороны арбитражного трибунала, не только служит общественным интересам, но также отвечает запросам участников международного арбитража.

¹ См.: *Hosking J.M., Guevara C.D.* Appellate Arbitration Mechanisms: The AAA/IDRC Optional Rules – A New Trend in International Arbitration? // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 2: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. С. 110.

² См., например: *Naimark R.W., Keer St.E.* International Private Commercial Arbitration: Expectations and Perceptions of Attorneys and Business People: A Forced-Rank Analysis / Towards a Science of International Arbitration: Collected Empirical Research / Chr.R. Drahozal, R.W. Naimark (eds.). Kluwer Law International, 2005. P. 43–54; см. также: *Japardize N.* Fair Enough? Reconciling the Pursuit of Fairness and Justice with Preserving the Nature of International Commercial Arbitration // *Hofstra Law Review*. 2008. Vol. 36. No. 4. P. 1415–1446 (доступно в Интернете по адресу: <https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2336&context=hlr>)).

Все эти аргументы действительно логичны и подкреплены данными опросов непосредственных пользователей арбитража. Однако может возникнуть следующий вопрос: а что, если стороны оценили возможные последствия и по своей воле решили принять на себя риск того, что их будущее арбитражное решение не будет подвергаться какому-либо судебному контролю в государстве его вынесения? Почему они не могут этого сделать? Профессор У. Парк дал этому следующее объяснение: «...в некоторых частях мира, где есть сомнения в независимости судебных органов, деловое сообщество может полностью отказаться от судебного контроля, принимая на себя риск возможного нарушения норм со стороны арбитров как наименьшее из двух зол»¹.

Насколько нам представляется, нет ничего предосудительного в праве сторон, взвесив все риски, полностью отказаться от судебного контроля в отношении арбитражного решения по месту его вынесения. Однако на практике, вероятно, будут возникать проблемы, когда одна или несколько сторон просто не осознают последствий своих действий (или на стадии оспаривания заявляют, что оных последствий они в полной мере не уяснили). Данная проблема особенно актуальна в делах с участием потребителей или иных лиц, выступающих слабой стороной в обязательстве. Последствия потенциальной утраты права на исправление существенно неправоудного решения очень серьезные.

По этой причине Швейцария, признавая право на отказ от обжалования арбитражного решения, предъявляет особые требования к форме отказа или соглашения, а именно что отказ должен быть четким и однозначным². Швейцарские власти дают понять, что он должен быть сделан осознанно и без принуждения. Несмотря на то что в отдельных случаях такой подход может привести к потенциальной несправедливости (поскольку принципиально ошибочные арбитражные решения будут оставаться в силе), этот недостаток сглаживается тем фактом, что соответствующая формулировка отказа подтвердит, что стороны по крайней мере рассмотрели возможные риски и решили принять их.

Подводя итог, хочется высказать мнение о том, что, в принципе, сторонам может быть предоставлено право полного отказа от права на оспаривание арбитражного решения, но на данном этапе наци-

¹ Park W.W. Op. cit. P. 598.

² См. выше, сн. 2–4 на с. 189.

ональный законодатель может посчитать необходимым установить требования к форме и порядку такого отказа (например, прямо выраженное согласие). Пожалуй, можно сделать отказ еще более затруднительным, например, потребовав от сторон прописывать в условии об отказе подробные последствия данных действий и включать заявление о том, что они прочитали соответствующий текст, отдают себе отчет в таких последствиях и согласны принять на себя вызванные этим риски.

Кроме того, для защиты слабых сторон представляется разумным запретить соответствующие отказы в потребительских договорах и договорах присоединения. В то же время при соблюдении вышеназванных предварительных условий опытным участникам коммерческого оборота должно быть предоставлено право на отказ или исключение какого-либо обращения за обжалованием арбитражного решения. В этом случае не будет необходимости для введения дополнительного требования о том, что отказ возможен только после возникновения спора, поскольку суд согласится с тем, что он был осознанным и исчерпывающим.

2. Право сторон на расширение оснований для пересмотра арбитражного решения

Выше мы показали, что существуют аргументы в пользу предоставления сторонам возможности своим соглашением полностью исключить отмену арбитражного решения судом в месте его вынесения, но обратной стороной этой медали является вопрос о том, могут ли стороны расширить границы пересмотра решения арбитражного трибунала. В частности, могут ли стороны договориться, что решение может быть обжаловано в суде не только по предусмотренному ограниченному перечню оснований, но и, например, также по вопросам факта или применения материального права? Пересмотр арбитражного решения по вопросам факта позволял бы государственному суду переоценивать доказательства и отменять решение, если бы им было установлено, что выводы арбитражного трибунала о фактах не соответствуют материалам дела.

Общепринятый подход большинства национальных законодательств заключается в том, что стороны не могут по соглашению расширять основания для отмены решения.

Такой подход во многом основан на формулировках Типового закона, который предусматривает, что обращение за отменой являет-

ся *единственным* средством защиты от вынесенного арбитражного решения (п. 1 ст. 34). В подавляющем большинстве стран, которые утвердили Типовой закон, расширение оснований для обжалования решения не допускается.

Вопрос о возможности расширения оснований для отмены, в частности, был поставлен перед судом в Новой Зеландии в деле *Carr v. Gallaway Cook Allan*¹, в котором стороны попытались расширить границы для потенциального обжалования арбитражного решения, а именно предоставить суду полномочия на пересмотр «вопросов права и факта». Так же как и в Англии, в соответствии с законодательством Новой Зеландии стороны могут согласиться на возможность оспаривания решения в связи с неправильным применением норм права, в то время как пересмотр выводов о фактах не допускается, если только это не подпадает под одно из процессуальных оснований для пересмотра решения.

В указанном деле судья Эллис (Ellis J) пришла к интересному выводу, что, поскольку слова «и факта» были существенными для сторон и без них они, вероятно, не заключили бы арбитражное соглашение, суд не может вычеркнуть эти слова из арбитражной оговорки и признать ее действительной в остальной части. Соответственно, судья пришла к выводу, что все арбитражное соглашение является недействительным, и в результате отменила арбитражное решение, основанное на такой арбитражной оговорке; решение первой инстанции было отменено апелляционным судом, но позже оставлено в силе Верховным судом².

Аналогичным образом в деле *Hall Street Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*³ Верховный суд США постановил, что стороны арбитражного разбирательства не могут расширять основания пересмотра за пределы, установленные законом. В одном из комментариев об этом решении сказано следующее: «Очевидно, что с целью обеспечить оперативное и экономически эффективное арбитражное разбирательство данное

¹ [2012] NZHC 1537; см. также: *Carr v. Gallaway Cook Allan*, [2014] NZSC 75 (доступно в Интернете по адресу: https://www.courtsofnz.govt.nz/cases/ewan-robert-carr-and-brookside-farm-trust-limited-v-gallaway-cook-allan/at_download/fileDecision).

² См.: *Carr v. Gallaway Cook Allan*, [2014] NZSC 75, paras. [19]–[21]; см. также: *Williams D.A.R.* Defining the Role of the Court in Modern International Commercial Arbitration (An updated and abbreviated version of the Herbert Smith Freehills – SMU Asian Arbitration Lecture, Singapore – 2012) (<http://www.arbitrationconference.com/download/file/218/>). P. 24–37.

³ 552 U.S. 576 (2008).

правило так или иначе ограничивает свободу воли путем устранения препятствий при исполнении решений. Однако такой аргумент сам по себе не является достаточным основанием для подобной жесткости, когда стороны желают пожертвовать названными ценностями в пользу того, чтобы решение было вынесено в соответствии с применимым к спору правом. В этой связи данная характерная особенность также ставит вопрос о том, является ли арбитражный режим США эффективной альтернативой судебным разбирательствам»¹.

Противоположный подход применяется на Мальте, где арбитражное решение международного коммерческого характера может быть обжаловано в апелляционном суде по вопросам права, при условии, что стороны специально договорились о том, что такое право предоставляется им в дополнение к средствам защиты, предусмотренным Типовым законом². Опять же, в некоторых странах, например в Англии, решение тоже может быть обжаловано по вопросам права, однако отличие ситуации на Мальте состоит в том, что мальтийское право основывается на Типовом законе, который таким правом стороны не наделяет, но при этом им предоставлена возможность расширить основания для пересмотра, предусмотренные законом.

В некоторых странах Африки также допускается пересмотр арбитражных решений по более широкому перечню оснований. Например, в Руанде возможно обжаловать решения в кассационном порядке исключительно по вопросам права; в Камеруне возможно обжалование арбитражных решений в суде первой инстанции³.

Также в Нидерландах⁴ стороны вправе заключить соглашение о том, что арбитражное решение может быть обжаловано в порядке повторного разбирательства по существу, правда, не в государственном суде,

¹ Celik D.D. Judicial Review under the UK and US Arbitration Acts: Is Arbitration a Better Substitute for Litigation? // IALS Student Law Review. 2013. Vol. 1. Issue 1. P. 18. <http://dx.doi.org/10.14296/islr.v1i1.1702>

² См.: Refalo J. Arbitration Procedures and Practice in Malta: Overview, sec. 25 ([https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-520-7911?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-520-7911?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1)).

³ См.: Ермакова Е.П. Международный коммерческий арбитраж в странах Африки: источники правового регулирования // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. № 2 / 2016. № 1. С. 47, 50.

⁴ Статьи 1061a–1061l (разд. 3A) ГПК (Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) Нидерландов (см.: Крус-Ласточкина Ю. Книга 4 «Арбитраж» Гражданского процессуального кодекса Нидерландов (перевод с голландского языка) // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. № 2 / 2016. № 1. С. 187–189).

а в другом арбитражном трибунале, который, по сути, будет выполнять роль апелляционного суда¹.

Возможность оспаривания арбитражного решения только по ограниченному перечню оснований была порождена стремлением сделать арбитраж более быстрым и эффективным, ибо его решения наделяются свойством окончательности. Недопустимость требовать пересмотра арбитражного решения по существу в вышестоящем суде является очевидным преимуществом международного арбитража. В разных частях мира судебное разбирательство и последующие апелляции могут занять много лет, и коммерсанты часто предпочитают арбитраж за его быстроту. В действительности в последние годы значительные усилия были направлены на внесение изменений в положения регламентов и местное арбитражное законодательство с целью воспрепятствования проигравшим сторонам использовать право на пересмотр как тактическую уловку².

При этом следует понимать, что данная ситуация порождает конфликт между такими конкурирующими задачами, как окончательность и справедливость. Освобождение арбитражных решений от судебного вмешательства способствует их окончательности, в то время как повышение справедливости требует хоть каких-то мер судебного контроля³.

Но равным образом можно утверждать, что, стремясь к эффективности, не нужно навязывать ее там, где стороны этого не желают. Одно дело, когда сторона соглашается на обязательное арбитражное разбирательство, которое по существу не предусматривает какого-либо права на обжалование, но совсем другое, когда обе стороны свободно и добровольно договариваются о том, что решение будет подвержено обжалованию по существу. Более того, предоставление права на такое обжалование будет способствовать повышению уровня справедливости, ибо потенциальные ошибки арбитражных трибуналов в этом случае могут быть исправлены судами.

В некоторых случаях ограничение автономии сторон может быть продиктовано такими экономическими соображениями, как нагрузка на судей государственных судов, которые будут вынуждены заниматься апелляционными разбирательствами по поводу арбитражных решений. Если позволить участникам арбитража обжаловать такие

¹ Аналогично в США теперь стороны могут предусмотреть «арбитражную апелляцию» (см подробнее: *Hosking J.M., Guevara C.D.* Op. cit.).

² См.: *Ibid.* P. 85.

³ См.: *Park W.W.* Op. cit. P. 596.

решения, число дел, поступающих в национальные суды, может значительно возрасти. Готовы ли суды справиться с возросшим объемом дел для того, чтобы удовлетворить желание сторон иметь возможность подачи апелляции на арбитражные решения в государственный суд? Легко представить ситуацию, в которой судебная система конкретного государства попросту будет не в состоянии пересматривать решения арбитражных трибуналов или законодательная власть может посчитать, что судебные ресурсы следует использовать иначе, например для дел, которые рассматриваются в порядке гражданского судопроизводства. Следовательно, для того, чтобы предоставить сторонам такое право, государственные затраты на судебную систему должны возрасти, в то время как перед правительством могут стоять другие приоритетные задачи расходования средств налогоплательщиков.

В целом проведенный анализ имеет целью вызвать дискуссию о том, а не стоит ли раздвинуть границы автономии воли, в частности, в пользу предоставления сторонам права расширять основания для пересмотра арбитражных решений. Безусловно, это потребует изменения национального законодательства; в частности, соответствующие законы должны быть изменены таким образом, чтобы у сторон появилась возможность договориться о том, что будущее арбитражное решение может быть обжаловано по существу (а именно как по вопросам права, так и по вопросам факта) в национальном суде. Аргументы в пользу данного подхода могут быть следующие.

Во-первых, такое расширение оснований для пересмотра в принципе не содержит ничего предосудительного. В приведенном выше новозеландском деле *Carr v. Gallaway Cook Allan* Апелляционный суд указал, что включение в арбитражное соглашение, вопреки закону, права на обжалование по вопросам факта не делает арбитражное решение противоречащим публичному порядку, хотя, как указывалось выше, суд посчитал, что такое расширение противоречит действующему законодательству¹.

Во-вторых, разрешение сторонам договориться о праве на апелляцию может отвечать их интересам. В некоторых случаях стороны видят преимущества в возможности национальных судов выступать в роли вышестоящей инстанции по отношению к трибуналу. Несмотря на то что это неизбежно повлияет на окончательность арбитражного решения и скорость рассмотрения спора, такой момент не будет проблемой для сторон постольку, поскольку они готовы принять его.

¹ Приводится по: *Williams D.A.R.* Op. cit. P. 28.

В-третьих, если сторонам не запрещено предусмотреть «арбитражную апелляцию», то почему они не могут согласиться на подобную процедуру в какой-либо другой юрисдикции? Конечный результат заключается в том, что стороны могут легко обойти это ограничение.

В-четвертых, хотя обжалование арбитражных решений в государственных судах по расширенному перечню оснований действительно может увеличить нагрузку на последние, сам по себе этот факт, по нашему мнению, не является достаточным основанием для лишения сторон такого права. Нельзя забывать, что если бы стороны не договорились о разрешении спора в арбитраже, то этот спор от начала и до конца рассматривался бы в государственном суде. По сути, судебная система и так экономит ресурсы в связи с тем, что арбитражный трибунал выступает в данном случае в качестве суда первой инстанции по делу.

3. Заключительные выводы об автономии сторон

В заключение хотелось бы еще раз процитировать профессора У. Парка, который отметил, что «судебный пересмотр арбитражных решений представляет собой способ управления рисками»¹.

В арбитраже мы наблюдали немало примеров управления рисками, даже в тех случаях, когда не было оснований считать, что эти риски проявятся в реальной жизни. Но не пришло ли время ослабить тиски, в которые зажат арбитраж?

Представляется, что арбитраж будущего может обеспечить большую свободу действий сторонам, и в особенности тем из них, которые в состоянии управлять своими собственными рисками (в отличие от потребителей и иных лиц, выступающих слабой стороной в обязательстве). Говоря более конкретно, коммерсантам должно быть предоставлено право отказа от каких-либо возражений в отношении арбитражного решения, а также право на расширение оснований для обжалования, и в том числе, если стороны того пожелают, для обжалования по существу (по причинам, приведенным выше). В этой связи соглашению сторон возможно придать приоритет над какими-либо требованиями национального законодательства, которые идут вразрез с достигнутыми между ними договоренностями.

¹ Park W.W. Op. cit. P. 595.

Section 2
PROCEDURAL ISSUES
IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Раздел 2
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ
МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

COMMON LAW VS. CIVIL LAW IN INTERNATIONAL ARBITRATION: THE BEGINNING OR THE END?

KLAUS PETER BERGER,

Professor of Domestic and International Business and Banking Law,
Comparative and Private International Law at the University of Cologne,
Director of the Institute for Banking Law and the Center for Transnational
Law (CENTRAL), University of Cologne Faculty of Law

The tendency of transnationalisation marks the recent development of international arbitration and helps to bridge the divide between common and civil law approaches. The adoption of soft law instruments, such as IBA rules and guidelines, is an important part of this tendency which is aimed at the creation of uniformed best practices on certain procedural issues. Does the competition between several soft law instruments in one field threaten the global paradigm of international arbitration? The author analyses this issue using the example of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration and the 2018 Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration.

Keywords: IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration; Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration; soft law; transnationalisation of international arbitration.



Тенденция транснационализации характеризует развитие международного арбитража в последние годы и способствует сближению подходов, принятых в континентальных странах и странах общего права. Утверждение инструментов «мягкого» права, таких как правила и руководства МАЮ, является важной частью этой тенденции, которая нацелена на создание единообразных лучших практик по определенным

процессуальным вопросам. Угрожает ли конкуренция между несколькими инструментами «мягкого» права в одной сфере глобальной парадигме международного арбитража? Автор анализирует этот вопрос на примере Правил МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже 2010 г. и Пражских правил эффективной организации процесса в международном арбитраже 2018 г.

Ключевые слова: Правила МАЮ по получению доказательств в международном арбитраже; Пражские правила эффективной организации процесса в международном арбитраже; «мягкое» право; транснационализация международного арбитража.



Introduction

In the past decades, much has been written about ways to bridge the divide between common and civil law in international arbitration¹. In fact, international arbitration is regarded by some as a real-life labora-

¹ *S.H. Elsing & J.M. Townsend*, Bridging the Common Law-Civil Law Divide in Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 18 (2002), Issue 1, p. 59–65 <https://doi.org/10.1023/A:1014200908066>; *J.H. Rubinstein*, International Commercial Arbitration: Reflections at the Crossroads of the Common Law and Civil Law Traditions, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 5 (2004), p. 303–310 (available at: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2926&context=journal_articles); *P. Karrer*, The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells It Like He Sees It, *Dispute Resolution Journal*, Vol. 63 (2008), No. 1; *R. Trittman*, Basics and Differences of the Continental and Common Law System and State Court Proceedings, in: K.H. Böckstiegel, K.P. Berger & J. Bredow (eds.), *The Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* (= Schriftenreihe der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit. Bd. 26), Heymanns, 2010, p. 15, 23ff.; *M. McIlwrath*, Anti-Arbitration: Would You Prefer a Harmonized Approach or Just a Better One? (22 December 2011) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/12/22/anti-arbitration-would-you-prefer-a-harmonized-approach-or-a-just-a-better-one/>); *R. Trittman & B. Kasolowsky*, Taking Evidence in Arbitration Proceedings between Common Law and Civil Law Traditions – The Development of a European Hybrid Standard for Arbitration Proceedings, *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 31 (2008), Issue 1, p. 330–340 (available at: <https://www.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/2008/18.pdf>); *L.M. Pair*, Cross-Cultural Arbitration: Do the Differences between Cultures Still Influence International Commercial Arbitration Despite Harmonization?, *ISLA Journal of International & Comparative Law*, Vol. 9 (2002), No. 1, p. 61 ff. (available at: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1409&context=ilsajournal>).

tory for the development of a “procedural Esperanto”¹ or “*Lex Mercatoria Processualis*”², i.e. the merging of both legal traditions into a single global paradigm for a private and truly transnational adjudicatory process³. An important consensus seemed to have emerged as a result of that development: unlike domestic arbitration, which is rooted in the tradition of the domestic legal system in which the proceedings have their seat⁴, international arbitration belongs to neither common nor civil law⁵. Instead, it constitutes a third

¹ S. Brekoulakis, Chapter 1. Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration, in: S. Brekoulakis, J.D.M. Lew & L. Mistelis (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration* (= International Arbitration Law Library. Vol. 37), Kluwer Law International, 2016, p. 9.

² U. Draetta, The Transnational Procedural Rules for Arbitration and the Risks of Overregulation and Bureaucratization, *ASA Bulletin*, Vol. 33 (2015), Issue 2, p. 329; F. Marrella, La nuova lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale (= F. Galgano (ed.), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Vol. XXX), CEDAM, 2003, p. 579 ff. (available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/41104896.pdf>); L. Nottage, The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration (Sydney Law School Research Paper No. 06/51 (December 2006)) (https://papers.ssrn.com/abstract_id=838028); see also: H. Raeschke-Kessler, The Contribution of International Arbitration to Transnational Procedural Law, in: G. Aksen, K.-H. Böckstiegel, P.M. Patocchi & A.M. Whitesell (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (ICC Publication No. 693), ICC Pub., 2005, 647 ff.

³ See, e.g.: J.C. Fernández Rozas, S.A. Sánchez Lorenzo & G. Stampa, *Principios Generales del Arbitraje*, Tirant lo Blanch, 2018, p. 247 ff.; see also: N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th ed., Oxford University Press, 2015, para. 1.77 (“There are no compulsory rules of procedure in international arbitration, no volumes containing ‘the rules of court’ to govern the conduct of the arbitration. Litigators who produce their own country’s rulebook or code of civil procedure as a ‘helpful guideline’ will be told to put it aside”).

⁴ J. Paulsson, International Arbitration is Not Arbitration, *Stockholm International Arbitration Review*, 2008, Issue 2, p. 1 (available at: https://www.arbitration-icca.org/media/4/38838389608773/media012331138275470siar_2008-2_paulsson.pdf) (“You don’t think that international arbitration is arbitration because it has ‘arbitration’ in its name, do you? Do you think a sea elephant is an elephant? International arbitration is no more a ‘type’ of arbitration than a sea elephant is a type of elephant. True, one reminds us of the other. Yet the essential difference of their nature is so great that their similarities are largely illusory”); see also: *Ibid.*, p. 20 (“If international arbitration is not arbitration, what should we call it? Let’s see — we will, I suppose, go on calling the sea elephant ‘sea elephant’, and ‘international arbitration’ is not a bad appellation for international arbitration — but let’s remember what it is!”).

⁵ J.D.M. Lew, L.A. Mistelis & St.M. Kröll, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, para. 22-12 (“Rigid distinctions that exist between civil and common law approaches are not imposed upon international commercial arbitra-

category: a transnational, hybrid procedure which combines elements of both and is governed to a large extent by non-statutory practice-made rules: “The existence of a transnational arbitration law is an essential condition for arbitration to exist as a system of justice that is autonomous and disconnected from national legal systems. ... This transnational law can only be an emanation of the same international arbitral community. The way in which this law is generated and consolidated is... through the elaboration of non-binding guides, rules and norms, which nevertheless reach a certain level of normativity due to the general consensus they achieve and the consequent feeling of moral obligation to apply them, which they generate on the part of the arbitrators and the parties”¹.

It is this uniqueness of international arbitration which has led to the warning that arbitral proceedings should not be misused by domestic trial lawyers as “offshore litigation”².

tion... converging practices are now accepted in international arbitration practice as an acceptable non-national or transnational standard, irrespective of their legal background”).

¹ “La existencia de un derecho arbitral transnacional es una condición esencial para que el arbitraje pueda existir como sistema de justicia autónomo y desvinculado de los órdenes jurídicos nacionales. ... Este derecho transnacional solo puede ser una emanación de la misma comunidad arbitral internacional. La forma con la cual se genera y se consolida este... la elaboración de guías, reglas y normas no obligatorias, las cuales sin embargo acceden a un cierto nivel de normatividad por el consenso general que logran realizar y el consecuente sentimiento de obligación moral en aplicarlas, que generan por parte de los árbitros y de las partes” (*A. Mourre*, *La Soft law* como condición para el desarrollo de la confianza en el arbitraje internacional, CEU Ediciones, 2018, p. 28 (available at: <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/CIAMEN/Docuweb%20Hugo%20Grocio%20n%C2%BA%208.pdf?ver=2018-10-01-180115-397>) (translation by the author)); see also: *H. Smit*, *Roles of the Arbitral Tribunal in Civil Law and Common Law Systems with Respect to Presentation of Evidence*, in: A.J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 7), Kluwer Law International, 1996, p. 161–172; *M. Wirth*, *Preface*, in: M. Wirth (ed.), *Best Practice in International Arbitration* (= ASA Special Series No. 26), ASA, 2006.

² See, e.g.: *C.A. Rogers*, *Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration*, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 23 (2002), p. 352–353 (available at: https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1238&context=fac_works) (“In its final incarnation, international arbitration is less recognizable as a form of ‘alternative dispute resolution’ than as a type of ‘offshore litigation’. This transformation has been both celebrated and described as the ‘judicialization’ of arbitration”); see also: *A. Redfern*, *Stemming the Tide of Judicialisation in International Arbitration*, *World Arbitration & Mediation Review*, Vol. 2 (2008), No. 5, p. 37; *R.P. Alford*, *The American Influence on International Arbitration*, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 19 (2003), p. 69 (available at: https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1559&context=law_faculty_scholarship).

Because of this conception of international arbitration as being largely detached from domestic laws and procedural traditions, it is generally accepted today that the seat of an international arbitration is nothing but an abstract legal nexus to the *lex loci arbitri*. It links the proceedings to the arbitration law at the seat, without, however, grounding them in the general procedural law, let alone the legal traditions, of that jurisdiction¹. After all, it is the very *raison d'être*² of international arbitration that such alternative dispute resolution processes between international businessmen should not be trapped in the straitjacket of mandatory rules of domestic procedural law which they and their lawyers may not even know. Rather, they should allow for speedy justice³ within a truly transnational procedural

¹ *Blackaby, Partasides, Redfern & Hunter*, Op. cit., paras. 3.53 ff; *N.D. O'Malley*, Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide, Informa, 2012, para. 1.21 ("It may be said that in many instances the choice of international arbitration represents not only an aspiration to have the case judged by arbitrators of a neutral nationality but also to subject the dispute to a neutral procedure...").

² See for a 17-century perspective: *G. Malynes*, Consuetudo, vel Lex Mercatoria, or The Ancient Law-Merchant, Adam Islip, 1622, Ch. XV, p. 323 (available at: <http://www.translex.org/104980>) ("The second Mean or rather ordinarie course to end the questions and controversies arising between Merchants, is by way of Arbitrement, when both parties do make choice of honest men to end their causes, which is voluntary and in their own power, and therefore called Arbitrium, or Free will, whence the name Arbitrator is derived: and these men (by some called good men) give their judgments by Awards, according to equity and conscience, observing the Custome of Merchants, and ought to be void of all partiality more or less to the one and to the other; having only care that right may take place according to the truth, and that the difference may be ended with brevity and expedition"); see for an analysis of Justinian's *Corpus Juris* and other Roman texts: *D. Roebock & B. de Loynes de Fumichon*, Roman Arbitration, The Arbitration Press, 2004, p. 24 ff.; for a brief historical note on arbitration see: *K.P. Berger*, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, 3rd ed., Vol. II: Handbook, Kluwer Law International, 2015, para. 16-5; see for a plea to return to this basic notion of arbitration in which an arbitrator would "simply listen to both sides of the dispute and then issue his decision", asking for additional information "only as necessary": *D.W. Rivkin*, Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited, Arbitration International, Vol. 24 (2008), Issue 3, p. 375-386. <https://doi.org/10.1093/arbitration/24.3.375>

³ See from a historical perspective: *N. Isaacs*, The Merchant and His Law, Journal of Political Economy, Vol. 23 (1915), p. 536 ("Before the judges of the common law the merchants were compelled to set out and prove their customs in each case as matters of fact not recognized as part of the law of the land nor dignified by judicial notice. In these courts the merchants must have felt decidedly like fishes out of water. They had been accustomed to speedy justice. Coke, however faulty his etymology may be, pictures the court of piepowder as dispensing justice as quickly as dust falls from the foot. In the ordinary courts of common law 'the law's delay' had already won its place among the recognized ills of this life").

framework with maximum scope for party autonomy¹ and minimum statutory and judicial interference.

2. 14 December 2018: The End of the Global Paradigm?

The widespread consensus that international arbitration constitutes a category of its own and does not belong to either common or civil law was challenged on 14 December 2018. On that day, the “Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration” – or “Prague Rules” for short – were presented to the public at a conference in the capital of the Czech Republic². As the Working Group³ of the Prague Rules emphasizes in its Introductory Note to the Rules, the principal reason for the revival of a debate that seemed to have been put to rest years ago is the need for a more proactive case management by international arbitrators as a reaction to the dissatisfaction of many users with the time and costs involved in arbitral proceedings.

It is true that many users of arbitration have raised this concern during the past years. Data collected in a number of recent surveys on the preferences and expectations of the users of international arbitration confirm this finding⁴. They have put arbitration stakeholders on the alert. Under pressure from the users and faced with various efforts to make other forms of ADR, such as

¹ See: *A.M. Steingruber*, Consent in International Arbitration, Oxford University Press, 2012, para. 2.04 (“Indeed, the first and foremost principle of law in commercial arbitration is that it is founded on the autonomy of the parties’ will”); *K.P. Berger*, Institutional Arbitration: Harmony, Disharmony and the “Party Autonomy Paradox”, *Arbitration International*, Vol. 34 (2018), Issue 4, p. 473–493. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiy028>

² Text available at: http://www.pragerules.com/prague_rules/; see also: Report from the Prague Rules inaugural conference (24 December 2018) (<http://pragerules.com/news/report-from-the-prague-rules-inaugural-conference/>); see generally: *V. Khvalei*, Join GAR for Launch of Prague Rules this Friday (10 December 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1177783/join-gar-for-launch-of-prague-rules-this-friday>); *D.G. Henriques*, The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?, *ASA Bulletin*, Vol. 36 (2018), Issue 2, p. 351–363.

³ The author of the present contribution was a member of the Working Group for the Prague Rules.

⁴ According to the 2018 Queen Mary University / White & Case International Arbitration Survey (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey-report.pdf>), 60% of in-house counsel and 46% of private practitioners who participated in the survey responded that a combination of international arbitration with other means of ADR is their preferred method of resolving cross-border disputes (see for similar figures: Cumulated Data Results (March 2016 – September 2017) (2017), Session 2, Question 5 (<https://www.globalpound.org/gpc-series-data/#397-gpc-series-final-report>)).

international mediation¹, more attractive, the stakeholders have considered ways and means to prevent the users from pursuing a “search of something better”². Early in the debate, the ICC Commission on Arbitration published the first edition of its well-known Report on Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration in 2007³. That Report had a considerable influence on the 2012 revision of the ICC Arbitration Rules. It led to the inclusion of Appendix IV which contains a non-exhaustive list of “Case Management Techniques” to which reference is made in Art. 24(1) of the Rules. That provision mandates that ICC arbitrators must hold a case management conference with the parties at an early stage of the proceedings⁴. In the wake of the ICC Report users called for “*Woolf-Reforms*” in international arbitration⁵. Subsequently, an intense discourse commenced and is still ongoing today among users, counsel and arbitrators about ways to achieve a more efficient and predictable conduct of arbitration proceedings⁶.

In the context of that discourse, the Prague Rules Working Group has also stressed in the Introductory Note that proactive case management – for which it seeks to provide a best practice framework – “is traditionally done in many

¹ On 20 December 2018, the UN General Assembly passed resolutions to adopt the UN Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation (Singapore Convention) and the UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation (see Resolutions A/RES/73/198 and A/RES/73/199; see also: *N. Alexander*, Singapore Convention on Mediation (24 July 2018) (<http://mediationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/24/singapore-convention-mediation/>)).

² *L. Brierly*, Is it Time for Arbitration to Face Its Woolf Reforms? (7 December 2016) (<http://arbitrationblog.practicallaw.com/is-it-time-for-arbitration-to-face-its-woolf-reforms>).

³ Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: Report from the ICC Commission on Arbitration (ICC Publication No. 843) (<http://gjpi.org/wp-content/uploads/iccco-controlling-time-and-cost.pdf>); see also: Effective Management of Arbitration: A Guide for In-House Counsel and Other Party Representatives (ICC Publication No. 866-3) (<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/05/effective-management-of-arbitration-icc-guide-english-version.pdf>).

⁴ See: *Th.H. Webster & M.W. Bühler*, Handbook on ICC Arbitration, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2014, paras. 24-9 ff.

⁵ *P. Hobeck, V. Mahnken & M. Koebke*, Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration, *International Arbitration Law Review*, Vol. 11 (2008), Issue 1, p. 84–99.

⁶ See for a comprehensive conspectus on the current debate: *N. Pitkowitz and 26 co-authors*, The Vienna Predictability Propositions: Paving the Road to Predictability in International Arbitration, *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2017, p. 115–160; *K.P. Berger*, The Need for Speed in International Arbitration: Supplementary Rules for Expedited Proceedings of the German Institution of Arbitration (DIS), *Journal of International Arbitration*, Vol. 25 (2008), Issue 5, p. 595–612.

civil law countries” and is “generally welcomed by arbitration users”. With this comment, the Working Group establishes a direct connection between the benefits of civil law style procedures and the preferences of arbitration users. Such a statement raises various questions: Is it still true that we have reached the end of the decade-long debate on the evolution of a transnational procedural template for international arbitration, as reflected for example in the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?¹ Are we at the beginning of a new retrograde era in the discussion on the transnationalisation of arbitral procedure? Or do the Prague Rules constitute an overreaction to a non-existent problem?²

3. Transnationalisation of International Arbitration: History and Overview

The increasing global consensus regarding the transnational nature and quality of the international arbitral process that seemed to have emerged over the past decades has largely been fueled by two parallel developments, one of which has overtaken the other in recent years.

The first relates to the gradual liberalization and harmonization of domestic laws for international arbitrations. The different approaches taken towards drafting laws for international arbitrations were once regarded as “marketing strategies” of domestic legislatures in their world-wide competition to attract international arbitration proceedings to their territory³. Since the late 1980s,

¹ See: *Mourre*, Op. cit., p. 29; *M. Kocur*, Why Lawyers from Civil Law Jurisdictions Do Not Need the Prague Rules (19 August 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/19/why-lawyers-from-civil-law-jurisdictions-do-not-need-the-prague-rules>) (“The IBA Rules codify the procedures developed in international arbitration over the years. They provide clear standards for arbitration proceedings and unify diverging practices. The Prague Rules are intended to undermine the uniform character of arbitration practices by setting out different standards for ‘intra-civil law’ disputes. This is unfortunate because the convergence of arbitration practices leads to the increased predictability of the tribunals’ behaviour, and ultimately to the success of international arbitration. This is deplorable also because the common law features of international arbitration, if used properly, help to make the arbitral process fairer and assist the arbitrators in reaching better decisions”).

² *G.R. Amaral*, Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills (<http://praguerules.com/upload/iblock/360/3602b5ce4008cd4e32842c9cd2c60789.pdf>), p. 4 (“The Prague Rules operate under the shadow of an apparent war between common law and civil law armies for dominance over the international arbitration landscape. Yet, just like Don Quixote, they mistake windmills for giants”); see also: *Mourre*, Op. cit., p. 29.

³ See: *K.P. Berger*, International Economic Arbitration, Kluwer Law and Taxation Pub., 1993, p. 7 ff.

however, these laws have gradually been converging under the influence of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. More than thirty years after its adoption by UNCITRAL on 21 June 1985¹, and the UN General Assembly's recommendation for adoption by its member states on 11 December 1985², the Model Law and its 2006 amendment, still serves as a "transnational benchmark" to evaluate the user-friendliness of domestic statutes for international arbitrations around the globe³. As of January 2019, legislation based on the Model Law has been adopted by 111 jurisdictions in 80 states around the globe⁴. Even countries like England, France, Sweden or Switzerland, which have decided not to adopt the Model Law, but to continue their own independent, successful legislative approach to the (de-)regulation of international arbitration, have sought inspiration and guidance from the text and systematic structure of the Model Law for their own reform projects in the past years. In some jurisdictions like Germany⁵ and Bulgaria⁶, the

¹ See: Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session, U.N. GAOR, 40th Sess., Supp. No. 17, U.N. Doc. A/40/17 (1985), para. 332 (available at: <https://digitallibrary.un.org/record/90550/files/a-40-17-e.pdf>).

² See: Model Law on International Commercial Arbitration of the United Nations Commission on International Trade Law, G.A. Res. 40/72, U.N. GAOR, 40th Sess., U.N. Doc. A/RES/40/72 (1985) (available at: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r072.htm>).

³ The Model Law "reflects worldwide consensus on key aspects of international arbitration practice having been accepted by States of all regions and the different legal or economic systems of the world" (https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration); see also: *G.B. Born*, International Commercial Arbitration, 2nd ed., Vol. I, Kluwer Law International, 2014, § 1.04(B)(1)(a) (concluding that "the Model Law's contributions to the international arbitral process are enormous and it remains, appropriately, the dominant 'model' for national legislation dealing with international commercial arbitration"); *Blackaby, Partasides, Redfern & Hunter*, Op. cit., paras. 1.220 ("It may be said that if the New York Convention put international arbitration on the world stage, it was the Model Law that made it a star, with appearances in states across the world").

⁴ See for UNCITRAL's status report and a list of countries with legislation based on the Model Law at: http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (with the indication in a disclaimer note that "since States enacting legislation based upon a model law have the flexibility to depart from the text, the... list is only indicative of the enactments that were made known to the UNCITRAL Secretariat").

⁵ See: *K.-H. Böckstiegel, St.M. Kröll & P. Nacimiento*, Part I: Germany as a Place for International and Domestic Arbitrations – General Overview, in: *K.-H. Böckstiegel, St.M. Kröll & P. Nacimiento* (eds.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, 2nd ed., Kluwer Law International, 2015, para. 12.

⁶ See: *D. Dragiev*, Bulgaria Reforms Arbitration Law by Imposing More Control and Restrictions (8 February 2017) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/02/08/bulgaria-reforms-arbitration-law-by-imposing-more-control-and-restrictions>).

outstanding quality of the Model Law as a liberal, state-of-the-art statutory framework for arbitral proceedings has led legislatures to expand its scope to domestic arbitrations having their seat in those countries.

The second catalyst for the development of a global consensus on transnational procedural structures in international arbitration is the multitude of best practice standards that have flooded international arbitration over the past decades¹. These have been developed and published by various formulating agencies such as the International Bar Association (IBA) and the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), arbitration organizations like the London-based Centre for Efficient Dispute Resolution (CEDR) and Chartered Institute of Arbitrators, arbitral institutions or – admittedly also as a means of self-marketing – law firms² and private arbitration practitioners³. Best practice standards provide specific rules for specific areas of international arbitration law, such as document production, written or oral proceedings, written witness statements, the use of expert testimony, conflicts of interest, arbitrator interviews, counsel conduct, *etc.* Some of these rules even extend to substantive issues such as damage calculation⁴. New proposals and drafts are produced constantly

¹ See: *Mourre*, Op. cit., p. 12 ff. (stating that the only method for the elaboration of norms for the international arbitration process that does justice to its particular nature is the formulation of “non-obligatory” or “semi-obligatory” rules through soft laws).

² See: Debevoise & Plimpton Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration (www.debevoise.com/~media/files/capabilities/russia%20comercial%20arbitration/%20arbitration%20protocol.pdf).

³ See, e.g., the *Redfern Schedule* for document production (*Berger*, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration, 3rd ed., Vol. II: Handbook, para. 26–47), the *Kaplan Opening* (*N. Kaplan*, If It Ain’t Broke, Don’t Change It, Arbitration, Vol. 80 (2014), Issue 2, p. 172–175 (available at: https://www.arbitration-icca.org/media/4/44493740788727/media314050030194870kaplan_if_it_aint_broke_dont_change_it.pdf), the *Reed Retreat* (*L. Reed*, The Kaplan Lecture 2012 “Arbitral Decision-Making: Art, Science or Sport?” (https://www.arbitration-icca.org/media/4/42869508553463/media113581569903770reed_tribunal_decision-making.pdf); the *Sachs Protocol* (*K. Sachs & N. Schmidt-Ahrendts*, Protocol on Expert Teaming: A New Approach to Expert Evidence’, in: A.J. van den Berg (ed.), Arbitration Advocacy in Changing Times (International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 15), Kluwer Law International, 2011, p. 135–148; *M. Hunter*, “Experts” in International Arbitration (7 February 2011) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/02/07/experts-in-international-arbitration/>)).

⁴ See for an overview of some of these soft law instruments, L.W. Newman & M.J. Radine (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, Juris Pub., 2014; see generally for the phenomenon of professional guidelines and other non-governmental “soft law” instruments in international arbitration: *W.W. Park*, Arbitration’s Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion (2002 Freshfields Lecture), in: J.D.M. Lew & L.A. Mistelis,

and provided to the global market for international arbitration services. While some are triggered by the real or perceived need for guidance with respect to specific procedural issues, others are the result of technological advancements¹.

This development is a striking example of self-regulation which has become a defining feature of many areas of domestic and international business². In the field of international arbitration, it began with the IBA Code of Ethics of 1987 and the first edition of the UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings in 1996. By far the most influential formulating agency in the area of international arbitration is the IBA. While the IBA has issued best practice standards for international arbitration in the area of conflict of interest³, counsel conduct⁴ and the drafting of arbitration clauses⁵, the most successful and generally accepted set of best practice standards are the IBA Rules on the Taking of Evidence in

Arbitration Insights: Twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration, Sponsored by Freshfield Bruckhaus Deringer, Kluwer Law International, 2007, paras. 17–91 ff.

- ¹ See, e.g., the Korean Commercial Arbitration Board's recently released draft protocol on video conferencing: *M. McClure & K. Sanger*, KCAB Releases Draft Protocol on Video Conferencing (28 November 2018) (<https://hsfnotes.com/arbitration/2018/11/28/kcab-releases-draft-protocol-on-video-conferencing/>).
- ² See generally: *F. Cafaggi*, New Foundations of Transnational Private Regulation, *Journal of Law and Society*, 38 (2011), Issue 1, p. 20–49; *J. Braithwaite & P. Drahos*, *Global Business Regulation*, Cambridge University Press, 2000; *K. Ronit & V. Schneider*, *Global Governance through Private Organizations*, (1999) 12 *Governance: An International Journal of Policy, Administration and Institutions*, Vol. 12 (1999), Issue 3, p. 243–266 <https://doi.org/10.1111/0952-1895.00102>; for a broader perspective: *F. De Ly*, 5. *Lex Mercatoria* (New Law Merchant): Globalisation and International Self-regulation, in: R.P. Appelbaum, W.L.F. Felstiner & V. Gessner (eds.), *Rules and Networks: The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Pub., 2001, p. 159–188.
- ³ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council (23 October 2014)), IBA, 2014 (available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=e2fe5e72-eb14-4bba-b10d-d33dafce8918>); see also: *J. Gill*, *The IBA Conflicts Guidelines – Who's Using Them and How?*, *Dispute Resolution International*, Vol. 1 (2007), Issue 1, p. 58–72.
- ⁴ IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (adopted by a resolution of the IBA Council (25 May 2013)), IBA, 2013 (available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>).
- ⁵ IBA Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses (adopted by a resolution of the IBA Council (7 October 2010)), IBA, 2010 (available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D94438EB-2ED5-4CEA-9722-7A0C9281F2F2>).

International Arbitration¹. Since they were first published in 1999, these Rules have been applied in the vast majority of international arbitrations taking place around the globe every day – either having been agreed on by the parties or serving as a source of guidance and inspiration for the arbitrators’ exercise of their procedural discretion granted by the Model Law, other domestic arbitration statutes and most arbitration rules². In light of this global success of the IBA Rules, it has been stated that they “manage to steer a path between common and civil law standards and expectations”³.

Looking at this achievement of the IBA Rules and other best practice rules for the transnationalisation of international arbitration, it appears paradoxical that the Prague Rules as the most recent set of best practice standards seem to question the very same achievements reached by the very same type of rules. Rather than adding another element – perhaps even the missing cornerstone – to the global transnational paradigm, the Prague Rules seem to have reopened the common law / civil law divide by reigniting the global discussion on the benefits of either legal tradition for the efficient conduct of international arbitral proceedings.

4. Transnationalisation in International Arbitration: Benefits and Downsides

While the transnationalisation of arbitral procedure began with the liberalization of arbitration laws, the driving force behind the evolution of a *Lex Mercatoria Processualis* are best practice rules⁴. It is interesting

¹ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (adopted by a resolution of the IBA Council (29 May 2010), IBA, 2010 (available at: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=68336C49-4106-46BF-A1C6-A8F0880444DC>).

² See: Report on the Reception of the IBA Arbitration Soft Law Products (September 2016) (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=105d29a3-6261-4437-84e2-1c8637844beb>), p. 8.

³ P. Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, Cambridge University Press, 2013, p. VII.

⁴ Draetta, Op. cit., p. 331 (“It is this *corpus* of constantly evolving transnational procedural rules applicable to arbitration which one may, in an empirical and non-dogmatic sense, call *lex mercatoria processualis*. It is a *corpus* of delocalized and a-national rules because they are the spontaneous product of the international arbitration community and do not relate to any particular State legal system. To dismiss these transnational procedural rules as a set of non-binding rules which simply complement those of the domestic arbitration laws would appear arbitrary, or at least unacceptably reductive”).

to note the terminology used to denote these best practice standards: “Notes”, “Rules”, “Guidelines”, “Checklists”, “Principles”, or “Protocols”. The purpose of this deliberate choice of terminology is to emphasize their nature as practice-made rules¹ and to avoid any misunderstanding to the effect that these standards are of a statutory nature². In fact, during the drafting of the UNCITRAL Notes which had been named a “planning checklist” and had been characterized by the UNCITRAL Working Group as “guidelines”, two concerns were raised by the *Comité français de l'arbitrage*. It argued that the French translation of the term “guidelines” (“*directives*”) might convey an element of compulsion that was not intended by the UNCITRAL Working Group. The French Committee also raised the concern that “in the very near future these guidelines will become law” due to UNCITRAL’s high prestige in the unification of international business law, including the law of international arbitration. In reaction to these observations, the Notes were redrafted so as to avoid “any risk that the UNCITRAL checklist might be misunderstood as being a ‘code’”³. The IBA Working Group for the IBA Guidelines on Conflict of Interest has specifically emphasized the non-statutory nature as practice-made rules: “These Guidelines are not legal provisions and do not override any applicable national law or arbitral rules chosen by the parties. However, it is hoped that... the... Guidelines will find general acceptance within the international arbitration community and that they will assist parties, practitioners, arbitrators, institutions and courts in dealing with these important questions of impartiality and independence. The IBA Arbitration Committee trusts that the Guidelines will be applied with robust common sense and without unduly formalistic interpretation”⁴.

¹ See: *N. Voser*, Best Practices: What Has Been Achieved and What Remains to Be Done?, in: M. Wirth (ed.), *Best Practice in International Arbitration* (= ASA Special Series No. 26), p. 2 (“‘Best Practice’ means a practice-made rule. It is, in other words, impossible to speak about Best Practice if there is an applicable authoritative rule (*i.e.* statutory provision or a binding precedent rule) on the very same issue”).

² See generally for the conflict “law versus rules” in international arbitration: *J.F. Morrissey & J.M. Graves*, *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases, and Commentary*, Kluwer Law International, 2008, p. 311 ff.

³ *H.M. Holtzmann*, Questions Concerning the Desirability and Text of the UNCITRAL Project to Improve Planning of Arbitral Proceedings, in: A.J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 7), p. 178.

⁴ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Introduction, para. 6.

In spite of their private nature, best practice standards assume the quality of “soft normativity”¹, *i.e.* they have a norm-like effect in practice for the very reason that they appear like statutory law². However, best practice rules have four perceived advantages over statutory law³. Firstly, because they are based on a consensus of practitioners from different legal systems and legal families, they are said to have the best potential for merging different procedural cultures⁴, thereby developing a truly global arbitration practice⁵ and a level playing field for parties from different legal traditions⁶. Secondly, because best practices establish a high level of basic principles shared by a mutual or even global international consensus, they provide more predictability and legal certainty for the conduct of the arbitral procedure, thereby eliminating what has been called the “dark side of arbitral discretion”⁷. Thirdly, best practices

¹ G. Kaufmann-Kohler, *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 1 (2010), Issue 2, p. 283–289 <https://doi.org/10.1093/jnlids/idiq009>; *Mourre*, *Op. cit.*, p. 17.

² See: *Railroad Development Corp. v. Republic of Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, Decision on Provisional Measures (15 October 2008), ¶ 32 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0700.pdf>) (“...informal documents, such as the IBA Rules, reflect the experience of recognized professionals in the field and draw their strength from the intrinsic merit and persuasive value rather than from their binding character”); for the “quasi normative” potential of private texts see: N. Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2010, p. 43 ff. (concluding at p. 138 that “non-legislative reference texts may gain similar or even greater authority than legislative codifications”).

³ See generally: *Mourre*, *Op. cit.*, p. 17 ff.

⁴ See: G. Kaufmann-Kohler, *Globalization of Arbitral Procedure*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), p. 1323 (available at: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:38011/ATTACHMENT01>); A.S. Rau, *The Culture of American Arbitration and the Lessons of ADR*, *Texas International Law Journal*, Vol. 40 (2005), p. 450; *Mourre*, *Op. cit.*, p. 16.

⁵ See, *e.g.*: Lew, *Mistelis & Kröll*, *Op. cit.*, para. 2-46; see also: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Introduction, para. 4 (“The Guidelines reflect the understanding of the IBA Arbitration Committee as to the best current international practice, firmly rooted in the principles expressed in the General Principles below”).

⁶ *Mourre*, *Op. cit.*, p. 29.

⁷ *Park*, *Op. cit.*, para. 17-16ff; see also: Voser, *Best Practices: What Has Been Achieved and What Remains to Be Done?*, p. 3 (“Parties who choose arbitration as their dispute resolution mechanism must be able to rely to a large extent on the predictability of the arbitration procedure that will be applied without having to go through the cumbersome and difficult (and sometimes impossible) exercise of agreeing on procedural issues in their arbitration clause. <...> Best Practices that encompass a harmonized set of rules regarding certain specific arbitration issues, are well suited to fulfill this need for predictability. This is – in my opinion –

facilitate the work of arbitrators and counsel by sparing them the effort of “reinventing the wheel” when it comes to the decision on procedural issues. Finally, in an era of increased pressure on the legitimacy of the arbitral process¹, self-regulation through best practice standards may provide a means to avoid more invasive forms of external regulation which may be imposed by domestic legislatures and other poorly informed “outsiders” with less benevolent intentions².

Despite these obvious benefits with respect to both the efficiency of best practices and the legitimacy of the process, there are also dangers inherent in the production of best practices³. These dangers relate to the restrictive effect that such pre-formulated, detailed and authoritative written texts may have on the exercise of arbitral discretion by international arbitrators. Indeed, due to their “soft normativity”, these code-like texts have a high potential to work as a bar to the arbitrators’ independent legal thinking⁴. Arbitral discretion and the flexibility of the arbitral process, which have long been regarded

the most important advantage of establishing Best Practices”); see also: *Idem*, Harmonization by Promulgating Rules of Best International Practice in International Arbitration, *Zeitschrift für Schiedsverfahren* (SchiedsVZ), 2005, Heft 3, p. 116 (“Formulating what leading arbitrators consider (based on their considerable experience) to be the ‘Best International Practice’ enhances harmonization without forcing a specific solution on anyone”).

¹ See for the “public challenge” to arbitration: *J. Paulsson*, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, 2013, p. 98 ff.; see also: *Ibid.*, p. 177 (“Arbitration is under recurrent attacks by those who fear it may undercut the authority of regulations and regulators”).

² See: *Paulsson*, *Op. cit.*, p. 57; *Mourre*, *Op. cit.*, p. 30.

³ *D. Greineder*, The Limitations of Soft Law Instruments and Good Practice Protocols in International Commercial Arbitration, *ASA Bulletin* Vol. 36 (2018), Issue 4, p. 908 ff.; see also: *W.W. Park*, Explaining Arbitration Law, in: J.C. Betancourt (ed.), *Defining Issues in International Arbitration: Celebrating 100 Years of the Chartered Institute of Arbitrators*, Oxford University Press, 2016, para. 1.12 (available at: <http://www.williamwpark.com/documents/ExplainingArbLawCIAWWP.pdf>) (“Not all scholars feel comfortable with a porous membrane between government and non-government authorities. To count as law, some would argue, a decision-making system should clearly bear essential features such as public accessibility, normative coherence, and steadiness over time”); *W.M. Reisman*, Soft Law and Law Jobs, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2 (2011), Issue 1, p. 30 <https://doi.org/10.1093/jnlids/idq014> (“While soft law is a useful notion for students and scholars seeking to understand and to manipulate the sequential processes of international law-making and for non-governmental organizations trying to make new law, it is not a useful notion for the appliers of law and especially for participants in the international arbitral process”).

⁴ *Voser*, Best Practices: What Has Been Achieved and What Remains to Be Done?, p. 17 (“Based on the justified concern of over-judicialization of the arbitration process, the formulation and establishing of general Best Practices is in my opinion only justified where the parties could otherwise be taken by surprise or where there is an inherent risk of unequal treatment due to the parties’ varied legal backgrounds”).

as major advantages of arbitration over dispute resolution before domestic courts, are substituted by a straitjacket of pre-formulated “best practices”, *i.e.* by what the producers of soft law instruments believe the participants in the arbitral process should think or do. These rules are observed by parties, their counsel and the arbitrators not because they are mandatory law, but because these texts *exist*¹. At the same time, the over-regulation caused by the large number of best practices, covering almost every area of the arbitration process, coupled with their code-like effect, is regarded as a driving force for the increasing judicialization of and the “creeping legalism”² in international arbitration. The sheer mass of these rules and guidelines is regarded by some as overshooting the mark: “cure the disease but kill the patient”³.

5. The Prague Rules and Their Best Practice Potential

Like any other set of best practice standards, the new Prague Rules are no panacea to the problems the international arbitration service industry is currently facing. They share all of the benefits and deficits of best practice rules. Consequently, their quality and potential for success in the new global competition for best practice rules must be evaluated within that framework.

Most provisions of the Prague Rules are a manifestation of the ideal that the arbitral tribunal manages the proceedings proactively. Proactive case management means that international arbitrators should actively search for procedural management tools which they have at their disposal and should,

¹ See for the phenomenon that “non-legislative reference texts may gain similar or even greater authority than legislative codifications”: *Jansen*, Op. cit., p. 43 f. (“the abstract authority of a text giving expression to a legal norm consists in the legal profession accepting it as an ultimate source of the law, without requiring further legal reasons to do so... authority is assigned to legal texts by those working with them, *i.e.* by professional lawyers applying and interpreting such texts in the course of legal argument”).

² *W.W. Park*, Arbitrator Integrity: The Transient and the Permanent, *San Diego Law Review*, Vol. 46 (2009), p. 693.

³ See: *M.E. Schneider*, The Essential Guidelines for the preparation of Guidelines Directives Notes, Protocols and other methods intended to help international arbitration practitioners to avoid the need for independent thinking and to promote the transformation of errors into “best practices”, in: L. Lévy & Y. Derains (dir.), *Liber Amicorum en l’honneur de Serge Lazareff*, Pedone, 2011, p. 567 (available at: https://www.lalive.law/data/publications/The_Essential_Guidelines.pdf) (“Progressively, the reflex of turning to the guidelines overcomes any residual reflexes of independent thinking. <...> If the process of guideline production continues, all aspects of arbitration will be fully covered by guidelines which are accepted as ‘best practices’ and ‘state of the art’. When this happy moment is reached, the international arbitration community need not think any more”).

in the interest of furthering the efficiency of the proceedings, not hesitate to make use of them and to sanction unreasonable procedural conduct of the parties. Thus understood, proactivity refers to the arbitrator's task of "taking charge and staying in charge of the arbitral process"¹. Such proactive case management is considered an effective tool to reduce time and costs in arbitration. It is generally accepted today that so-called "*Due Process Paranoia*", i.e. the exaggerated concern of arbitrators that their award might automatically be set aside if they do not grant every single procedural request that comes from the parties, should not prevent arbitrators from managing the proceedings effectively. A review of court cases from around the globe brought to light the "*Procedural Judgment Rule*", a safe harbor for arbitrators' exercise of their procedural discretion. State courts accept an arbitral tribunal's unreviewable decision-making prerogative when it comes to the determination of individual procedural situations².

This prerogative is the foundation on which the Prague Rules are based. Article 2, one of the Prague Rules' defining provisions, extends the proactive role of the tribunal to early clarification of issues of substantive law and to factual issues. Article 2.2(b) encourages the tribunal to use the case management conference to:

- "b. clarify with the Parties their respective positions with regard to:
 - i. the relief sought by the parties;
 - ii. the facts which are not in dispute between the Parties and the facts which are disputed;
 - iii. the legal grounds on which the Parties base their positions".

But Art. 2 does not stop there. It also encourages the tribunal to indicate: "2.4. ...At the case management conference or at any later stage of the arbitration, if it deems it appropriate... to the parties:

- a. the facts which it considers to be undisputed between the parties and the facts which it considers to be disputed;

¹ G. Aksen, On Being a Pro-Active International Arbitrator, in: R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger & J. Bredow (eds.), *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21 Century / Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Heymanns, 2001, p. 13–19.

² K.P. Berger & J.O. Jensen, *Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbor for Procedural Management Decisions by International Arbitrators*, *Arbitration International*, Vol. 32 (2016), Issue 3, p. 415–435 <https://doi.org/10.1093/arbint/aiw020>; the observations of the authors are confirmed in the IBA Draft Report "Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process" (October 2018) (<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=b4b532bb-90e1-40ab-ab3d-f730c19984fb>).

- b. with regard to the disputed facts – the type(s) of evidence the arbitral tribunal would consider to be appropriate to prove the parties' respective positions;
- c. its understanding of the legal grounds on which the parties base their positions;
- d. the actions which could be taken by the parties and the arbitral tribunal to ascertain the factual and legal basis of the claim and the defence;
- e. its preliminary views on:
 - i. the allocation of the burden of proof between the parties;
 - ii. the relief sought;
 - iii. the disputed issues; and
 - iv. the weight and relevance of evidence submitted by the parties.

Expressing such preliminary views shall not by itself be considered as evidence of the arbitral tribunal's lack of independence or impartiality, and cannot constitute grounds for disqualification.

2.5. When establishing the procedural timetable, the arbitral tribunal may decide – after having heard the parties – to determine certain issues of fact or law as preliminary matters, limit the number of rounds for exchange of submissions, the length of submissions, as well as fix strict time limits for the filing thereof, the form and extent of document production (if any)".

The extremely proactive approach enshrined in this provision deviates from the more careful and balanced approach of the transnational arbitration paradigm. It goes much further than most arbitration rules or best practice standards. Article 24(1) of the ICC Arbitration Rules, a signature provision of the 2012 reform of the ICC Rules, contains a reference to the various case management techniques in Appendix IV of the Rules. However, it does not encourage tribunals to clarify substantive or factual issues at the case management conference, let alone to offer preliminary views at that early stage of the proceedings. In fact, it is hardly conceivable that a tribunal would be willing, let alone be in a position, to pursue that option at this early stage in complex international arbitrations. In any event, a tribunal would certainly never do it without the prior consent of the parties. Even Art. 27 of the 2018 DIS Arbitration Rules, the signature provision of the 2018 revision, with its heavy emphasis on proactive case management by the tribunal¹, does not go as far as Art. 2 of the Prague Rules.

Other provisions of the Prague Rules which deviate from the transnational paradigm in their effort to encourage a much more hands-on con-

¹ See: *K.P. Berger*, Institutional Arbitration "Made in Germany": The New Arbitration Rules of the German Arbitration Institute (DIS), *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 11 (2018), No. 2, p. 75–78.

duct of the proceedings by the tribunal are those concerning the proactive role of the tribunal in the establishment of the facts (Art. 3) and the law (Art. 7.2), the restrictive use of document production (Art. 4) (which is limited to “specific documents” rather than encompassing “categories of documents” like Art. 3 IBA Rules), the power of the tribunal to decide that witnesses nominated by a party shall not be called for examination at the hearing (Art. 5.6) (contrary to the cross-examination paradigm enshrined in Art. 4 IBA Rules), the emphasis on tribunal instead of party-appointed experts (Art. 6) and the encouragement of documents-only arbitration without a hearing (Art. 8.1).

Finally, Art. 9 Prague Rules encourages the tribunal to facilitate the amicable settlement of the dispute at any stage of the proceedings. It even allows “any member” of the tribunal to “act as mediator to assist in the amicable settlement of the case”, provided that all parties have given their prior written consent to this procedure. If the mediation fails, the arbitrator who has acted as mediator may only continue to act as arbitrator once all parties have given their consent in writing at the end of the mediation. That provision seems to be rooted in the civil law tradition of countries like Switzerland or Germany, in which both courts and arbitral tribunals play a very active role in the promotion of settlements¹. That role is reflected in the well-known Art. 26 of the 2018 DIS Arbitration Rules². Both Art. 9 Prague Rules and Art. 26 2018 DIS Rules seem to deviate from the transnational paradigm of international arbitration as being characterized by a reluctance to accept that arbitrators have a role to play in the facilitation of an amicable settlement of the dispute. However, that view is in the process of changing. Recent surveys have revealed a strong preference of users for a combination of adversarial and conciliatory dispute resolution methods³. Also, General Standard 4(d) IBA Guidelines on

¹ See: *K.P. Berger*, The Direct Involvement of the Arbitrator in the Amicable Settlement of the Dispute: Offering Preliminary Views, Discussing Settlement Options, Suggesting Solutions, Caucusing, *Journal of International Arbitration*, Vol. 35 (2018), Issue 5, p. 501–516; *K.P. Berger & J.O. Jensen*, The Arbitrator’s Mandate to Facilitate Settlement, *Fordham International Law Journal*, Vol. 40 (2017), No. 3, p. 902 ff. (available at: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2653&context=ilj>).

² 2018 DIS Arbitration Rules (Art. 26) (http://www.disarb.org/upload/varia/180119_DIS_NewRules_EN.PDF) provides: “Unless any party objects thereto, the arbitral tribunal shall, at every stage of the arbitration, seek to encourage an amicable settlement of the dispute or of individual disputed issues”. The provision was contained in the previous 1998 version of the DIS Rules. It was initially adopted from the German Code of Civil Procedure (see generally: *K.P. Berger*, Is the “German Approach” Really Incompatible with the Role of the Arbitrator?, *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 9 (2016), No. 2, p. 46–49).

³ See *supra* n. 4 (p. 205).

Conflict of Interest, unnoticed by many, has elevated the role of arbitrators as mediators to a best practice standard, provided the essential requirement of “informed consent” of all parties is met¹. Interestingly, Art. 9(3) Prague Rules is more conservative than Art. 4 IBA Guidelines. While under the latter provision, the parties’ consent to the arbitrator’s change of roles is regarded as an effective waiver of any right of challenge should the proceedings continue, Art. 9(3)(a) Prague Rules requires the separate written consent of all parties at the end of the mediation, thereby implementing a more restrictive notion of informed consent.

6. The Need to Abandon Traditional Distinctions

A survey of the Prague Rules’ most important provisions reveals that it would be short-sighted to diminish their value to a boilerplate for a “civil law-style” approach to the conduct of international arbitration. Likewise, it would be a fatal misunderstanding to see them as a means to displace the IBA Rules. This was never the intention of the Working Group². The initial draft of the Prague Rules expressly emphasized the opposition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, which, as the Draft Note stated, have become too associated in practice with lengthy common law procedures. However, that direct opposition to the IBA Rules was dropped in the final version of the Note.

Like the IBA Rules, the Prague Rules should be regarded simply as a repository of state-of-the-art techniques to save time and costs in the conduct of international arbitrations. Unless the parties specifically agree on their application by the tribunal, international arbitrators may seek inspiration from them in the exercise of their procedural discretion³.

¹ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (General Standard 4(d)) provides: “An arbitrator may assist the parties in reaching a settlement of the dispute, through conciliation, mediation or otherwise, at any stage of the proceedings. However, before doing so, the arbitrator should receive an express agreement by the parties that acting in such a manner shall not disqualify the arbitrator from continuing to serve as arbitrator”).

² See: *Khvalei*, Op. cit. (“The Prague rules are not intended to *replace* the IBA rules but to *supplement* them: to provide users of international arbitration with one more option” (emphasis in original)); see also: *Henriques*, Op. cit., p. 354 (“...it must be stated very clearly that the Prague Rules are not a competitor of the IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration”).

³ See: *Th.J. Stipanowich*, Soft Law in the Organization and General Conduct of Commercial Arbitration Proceedings, in: L.W. Newman & M.J. Radine (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, p. 74 (“...Soft Law guidelines usually function as a compass – a non-compulsory touchstone for arbitrators and other stakeholders – rather than a straitjacket...”).

This means that, as with the IBA Rules, the Prague Rules remain a non-binding soft law instrument which cannot be more effective than the arbitrators called to interpret and apply them¹. Whether the quest for efficiency can be achieved does not so much depend on the rules adopted for the proceedings, but on how the arbitrators choose to apply them (or not) in a given case and how they otherwise conduct the proceedings²: “*l’arbitrage vaut l’arbitre*”³. Thus, an arbitration in which the tribunal handles Art. 4 Prague Rules on document production in a liberal way, may look very similar to an arbitration in which the tribunal applies Art. 3 IBA Rules restrictively, for example, by denying document production requests of the parties that relate to the famous “any and all”-category of documents. In the end, the crucial test for a document production request is that of the “relevance and materiality” of the requested documents. This twin test is contained in both the IBA and the Prague Rules⁴. It is and will remain open to divergent interpretations, which is why the scope of document production will remain one of the thorniest issues in arbitral practice, on occasion leaving lawyers from common and civil law jurisdictions bitterly divided⁵.

The need to rely on the arbitrator’s ability to handle best practice rules in a way that best suits the special features of the given dispute reveals that

¹ See: *Khvalei*, Op. cit. (“In theory, tribunals can do everything which the Prague rules envisage where the parties agree to the application of the IBA rules, as the IBA rules are flexible enough to allow it”).

² *M. McIlwrath*, The Prague Rules: The Real Cultural War Isn’t Over Civil vs Common Law (12 December 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/12/the-prague-rules-the-real-cultural-war-isnt-over-civil-vs-common-law>).

³ See for the lack of easily accessible information about the procedural preferences and soft skills of the persons that parties may consider to appoint as arbitrators: *E. Vidak-Gojkovic, L. Greenwood & M. McIlwrath*, Puppies or Kittens? How to Better Match Arbitrators to Party Expectations (http://res.cloudinary.com/lbresearch/image/upload/v1460717417/puppies_or_kittens_a_modest_proposal_to_help_arbitrators_better_match_themselves_with_user_expectations_evlg_mm_for_aay_2015_153116_1150.pdf).

⁴ See: *P. Baysal & B.G. Çevik*, Document Production in International Arbitration: The Good or the Evil? (9 December 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/12/09/document-production-in-international-arbitration-the-good-or-the-evil/>) (“Leaving aside the above discussion that is based on the purposes of the IBA Rules and the Prague Rules, there are numerous similarities between them. Both rules leave the ultimate control of the document production to the tribunal. It is the tribunal who will eventually satisfy both parties’ expectations by ensuring the production of those documents that are material to the outcome of the case and at a moderate cost”).

⁵ *Greineder*, Op. cit., p. 909; see also: *R. Marghitola*, Document Production in International Arbitration, Kluwer Law International, 2015, p. 11 ff., 47 ff.; *O’Malley*, Op. cit., para. 3.68 ff.

the transnational paradigm for the conduct of international arbitrations is not carved in stone. Instead, it must be understood as a continuum of various ways in which the paradigm may be interpreted and handled by the arbitrators. They might even fill the continuum with a “menu approach”¹, which combines elements of the Prague Rules, the IBA Rules and other best practice standards. What really matters is that the parties as the “owners” of the arbitration process must know early on what they have to expect from the tribunal constituted to decide their case². Thus, “[t]he fundamental best practice rule is ‘no surprises’”³. Transparency of the process early in the proceedings not only prevents surprises. It also provides the crucial key to resolve the eternal conflict between flexibility and predictability in international arbitration⁴.

In other words, the transnational paradigm does not tell us what an international arbitration *should* look like, but how it *can* look like depending on the particularities of the case. That has nothing to do with an alleged superiority of civil law over common law or *vice versa*⁵, but with the right blend of flexibility, transparency, predictability (of the proceedings), ability (of the arbitrator) and enforceability (of the final award). Neither the use of traditional binary distinctions such as “common vs. civil law”, “adversarial vs. conciliatory”, “inquisitorial vs. party-driven”, nor the use

¹ *McIlwrath*, The Prague Rules: The Real Cultural War Isn’t Over Civil vs Common Law; *Khvalei*, Op. cit. (“...the Prague rules can be used *together* with the IBA rules, with the parties picking and choosing from the two sets of rules and procedures that are most appropriate to build their ideal process, much like children choosing LEGO blocks” (emphasis in original)).

² See: *K.H. Böckstiegel*, Case Management by Arbitrators: Experiences and Suggestions, in: G. Aksent, K.-H. Böckstiegel, P.M. Patocchi & A.M. Whitesell (eds.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber Amicorum in Honour of Robert Briner* (ICC Publication No. 693), p. 118 (“Clarify the rules of the game early”).

³ *Wirth*, Op. cit., p. V.

⁴ See for this dilemma: *H.M. Holtzmann* in: *Uniform Commercial Law in the Twenty-First Century Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law* (New York, 18–22 May 1992), UN, 1995, p. 268 f. (available at: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/general/Uniform_Commercial_Law_Congress_1992_e.pdf) (“...flexibility is of course desirable at some points in an arbitration... <...> However, when rules are flexible as they must be, parties may be uncertain as to the procedures the arbitrators will adopt. Flexibility can lead to unpredictability, and unpredictability can result in surprise”).

⁵ See: *Baysal & Çevik*, Op. cit. (“Is common law justice better than civil law, or vice versa? Is American justice better than, French or German, or is it the other way around? It cannot be said that either common law or civil law countries produce a better quality of justice”).

of terminology rooted deeply in domestic legal systems like “discovery”¹ helps here. To the contrary, because these distinctions and terminologies are rooted in domestic legal traditions, they have a highly counterproductive potential in the field of transnational dispute resolution. They should therefore be abandoned². The transnational paradigm of arbitration as an efficient means of alternative dispute resolution requires thinking outside the box of traditional distinctions. That thinking must be pragmatic, rather than dogmatic³. It must be based on the understanding of international arbitral procedure as a flexible concept that gains shape through the creative interaction between parties and arbitrators in each individual case, inspired by own ideas or those enshrined in best practice standards.

7. Conclusion

All those involved in international arbitration have made the experience that the current transnational paradigm of international arbitral procedure could benefit from fresh ideas and initiatives, whether they relate to specific techniques or to general approaches to the proactive management of complex international arbitration proceedings. Even though a standard argument in favor of arbitration has always been that proceedings can be tailor-made to the specificities of a given dispute, many contemporary proceedings are in fact based on a procedural scheme that is uniform and based on the standard PO1 template, rather than bespoke⁴. Proactivity in the conduct of the proceedings

¹ See for the catastrophic effect of the use of the term “discovery” in international arbitration: *Elsing & Townsend*, Op. cit., p. 61 (“Most civil lawyers and arbitrators now accept that it is reasonable to permit a party to obtain some documents from its adversary, as long as the process is not called ‘discovery’ (a term which, to most civil lawyers, resonates with all of the positive associations of bubonic plague) and does not permit an adversary to ‘fish’ for documents that it does not have some reason to believe to exist”).

² Statement made by Homayoon Arfazadeh, Member of the Arbitration Court of the Swiss Chambers’ Arbitration Institution (SCAI) (Geneva) during a panel discussion at the official launch of the Prague Rules on 14 December 2018 in Prague.

³ *P. Costa e Silva*, Arbitration, Jurisdiction and Culture: Apropos the Rules of Prague (16 July 2018) (<http://praguerules.com/upload/iblock/14f/14fc2df4fe3e8028a0d663abb9c3785c.pdf>), p. 3 (“From a methodological point of view, I suppose the Prague Rules must be evaluated from the angle of the rules themselves, of their ability to solve problems in the best way one can idealize; the political statements or intentions that justify or determine their enactment must be placed in second”).

⁴ See: *P.J. Rees*, Arbitration – Elastic or Athritic?, *Asian Dispute Review*, Vol. 19 (2017), No. 3, p. 105 f. (“We are all familiar with the ‘standard’ approach to an arbitration and how long it takes... the chair of the tribunal takes out his tried and trusted Procedural Order No 1

could help to overcome this dilemma. However, proactivity is a matter of the mindset of parties and arbitrators alike. As such, it is never the rules or best practice standards applicable to the proceedings that stand in the way of proactivity, but the reality of the “hands-off arbitrator”¹.

For arbitration practitioners, arbitration is not only a fascinating field of work and a source of revenues. It is also a constant learning process and a permanent dialogue with colleagues from around the world: “Above all, we must ensure that rules or guidelines do not constitute a straitjacket which fetters our innovative ideas and abilities to change. As a very distinguished Law Lord has said, there are no permanent solutions to the problems of commercial dispute resolution and each generation must think again”².

The participants of that dialogue are necessarily rooted in their own legal traditions³. There is no doubt that arbitration benefits from the multiculturalism of these practitioners, since it is the need to find a neutral system that promotes the resolution of conflicts through arbitration⁴. Rather than thinking

and directions are made for service of submissions — sometimes simultaneous with attached witness statements and expert reports and sometimes consecutive — in more English style. However, there are still directions as to witness statements and expert reports which usually say no more than ‘they shall be submitted’ and a time for doing so. Then there is document disclosure and the default position — ‘the tribunal will be guided by Article 3 of the IBA rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration’... It is all standard stuff. There is no flexibility. It is very arthritic”).

¹ See with respect to the facilitation of settlement: *Berger*, The Direct Involvement of the Arbitrator in the Amicable Settlement of the Dispute: Offering Preliminary Views, Discussing Settlement Options, Suggesting Solutions, Caucusing, p. 515; see also: *M.E. Schneider*, Chapter 25. The Uncertain Future of the Interactive Arbitrator: Proposals, Good Intentions and the Effect of Conflicting Views on the Role of the Arbitrator, in: S. Brekoulakis, J.D.M. Lew & L. Mistelis (eds.), *The Evolution and Future of International Arbitration* (= International Arbitration Law Library. Vol. 37), p. 385 ff. (“arbitral tribunals do not become involved in the substance of the case until the very end. <...> ...Instead of being more interactive, arbitrators seem increasingly to follow what may be described as a hands-off approach, even in those parts of the world where traditionally a more interactive approach was almost the norm”).

² *A.L. Marriott*, Pros and Cons of More Detailed Arbitration Laws and Rules, in: A.J. van den Berg (ed.), *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 7), p. 72.

³ See: *K.P. Berger*, The International Arbitrator’s Dilemma: Transnational Procedure versus Home Jurisdiction: *A German Perspective*, *Arbitration International*, Vol. 25 (2009), Issue 2, p. 217–238. <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.2.217>

⁴ *J.M. Alonso*, The Globalization of Arbitration (13 June 2017) (<https://globalarbitrationnews.com/the-globalization-of-international-arbitration>); see also: *Khvalei*, Op. cit. (“...arbitration is about party autonomy and diversity — not just the gender and race di-

in a one-dimensional way and being content with the current paradigm of the international arbitral process as the best means to bridge the common law / civil law divide, that dialogue must continue in order to maintain the nature of international arbitration as a “market place for ideas”¹. As a result of that process, the Prague Rules provide an additional option, thereby making arbitration more attractive for its users. Nothing more, nothing less². After all, being able to choose is not a bad thing. It is the essence of party autonomy, the very foundation of arbitration!

versity of which much is written but the diversity of legal cultures around the world. Arbitration provides scope for this diversity – although it seems it is taking time for people to realise and embrace this”).

¹ *Greineder*, Op. cit., p. 911 (“In arbitral practice, different approaches should be allowed to compete freely in a marketplace of ideas. Above all, arbitrators and counsel should embrace rather than fear their relative procedural freedom”).

² *Henriques*, Op. cit., p. 355 (“Not only may the Prague Rules supplement the IBA Rules – and *vice versa* – but, more importantly, they play a fundamental role in according the parties with more options with a tailor-made process to fit their interests and needs. More options in international arbitration is, of course, a way to promote its use”).

СОДЕЙСТВИЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ СУДОВ В НАЗНАЧЕНИИ АРБИТРОВ

Д.А. АНДРЕЕВ,
сопредседатель Совета современного арбитража (Young IMA)
и председатель Комитета по взаимодействию с государственными
судами при Российском арбитражном центре,
адвокат коллегии адвокатов «Монастырский,
Зюба, Степанов и партнеры»

Статья посвящена вопросам участия государственных судов в процедуре формирования состава третейского суда и назначения арбитров. Соответствующие полномочия появились у российских судов в результате арбитражной реформы 2016 г.

В статье обсуждаются соотношение нового порядка назначения арбитров с положениями международных договоров РФ, территориальная компетенция суда по вопросу назначения арбитра, квалификация данной функции в качестве судебной или административной, а также проверка судом арбитражного соглашения при назначении арбитра. Отдельно рассмотрены ситуации, в которых суд вправе произвести назначение арбитра, критерии, которыми он должен руководствоваться при выборе соответствующей кандидатуры, а также порядок обжалования таких судебных решений и распределения судебных расходов. В статье обобщен зарубежный опыт законодательного регулирования и применения судами процедуры назначения арбитров, на основании которого даны рекомендации российским судам по наиболее сложным проблемам.

Ключевые слова: содействие государственного суда; формирование третейского суда; назначение арбитров; обжалование судебных актов.



ASSISTANCE OF STATE COURTS IN THE APPOINTMENT OF ARBITRATORS

DMITRY ANDREEV,

Co-Chair of the Young Institute
of Modern Arbitration (Young IMA) and Chair of the Committee
for Interaction with National Courts at the Russian Arbitration Center,
Attorney at *Monastyrsky Zyuba Stepanov & Partners* Law Firm

This article is about the role that national courts play in the constitution of arbitral tribunals and appointment of arbitrators. Russian courts obtained these powers after the 2016 arbitration reform.

The article discusses whether the new procedure for appointment of arbitrators corresponds with Russia's international treaties; the territorial competence of courts to appoint arbitrators; whether one can qualify it as a judicial or administrative function; and to what extent a court may review the arbitration agreement when appointing an arbitrator. Special attention is given to cases when a court should appoint an arbitrator, criteria that the court should use to choose a candidate, appeals against a judicial appointment and allocation of costs. The article gives a digest on foreign practice of regulating and making judicial appointments of arbitrators; on this basis, the article summarizes best practices for Russian courts on complex issues.

Keywords: assistance of a state court; constitution of an arbitral tribunal; appointment of arbitrators; appeals against court decisions.



1. Введение

С 1 сентября 2016 г. российские суды получили право участвовать в назначении арбитров третейских судов на территории РФ, за исключением арбитражей, администрируемых Международным коммерческим арбитражным судом и Морской арбитражной комиссией при Торгово-промышленной палате РФ¹ (далее – ТПП РФ). До третейской реформы 2016 г. назначать третейских судей, помимо компетентного органа, выбранного сторонами, мог только Президент ТПП РФ и только в международном коммерческом арбитраже, т.е. не в арбитраже внутренних споров².

Это интересная тенденция. В большинстве стран СНГ данные функции, как и ранее в России, отнесены к компетенции торговой палаты или крупнейшего арбитражного учреждения в стране. Лишь Армения и Молдова доверили вопросы содействия в назначении арбитров государственным судам³.

В мировой практике единого подхода к данному вопросу пока не наблюдается. С одной стороны, в большинстве стран с развитой культурой разрешения споров в арбитраже (США, Англия, Франция, Германия, Швейцария, Швеция) содействие в назначении третейских судей осуществляли и продолжают осуществлять государственные суды, а не торговые палаты или арбитражные учреждения. Единственное исключение здесь – материковый Китай, где споры могут разрешаться только в институциональном арбитраже и такие арбитражи строго контролируются арбитражными учреждениями, одобренными правительством.

¹ Пункт 7 ст. 2, ст. 6, ч. 3–5 ст. 11, ч. 3 ст. 13, ч. 1 ст. 14 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об арбитраже); абзац пятый ст. 2, ст. 6, п. 3, 4 и 6 ст. 11, п. 3 ст. 13, п. 1 ст. 14 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон о МКА); п. 11 Положения о Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение I к Закону о МКА); п. 10 Положения о Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (Приложение II к Закону о МКА); гл. 47.1 ГПК РФ; § 3 гл. 30 АПК РФ.

² Пункт 1 ст. 6 Закона о МКА (в прежней редакции).

³ Пункт 3 ст. 2, ст. 6, ч. 3 и 4 ст. 11, ч. 3 ст. 13, ч. 1 ст. 14 Закона Республики Армения от 22 января 2007 г. № ЗР-55 «О коммерческом арбитраже»; абзац четвертый ст. 2, ч. 7 ст. 12, ч. 2 и 3 ст. 13, ч. 5 ст. 14 Закона Республики Молдова от 22 февраля 2008 г. № 23-ХVI «Об арбитраже».

С другой стороны, наблюдается и обратная тенденция – передача полномочий по участию в формировании состава третейского суда от государственных судов к арбитражным учреждениям или профессиональным объединениям. Так, в 2011 г. Австралия законодательно перепоручила выполнение функций по назначению арбитров Австралийскому центру международного коммерческого арбитража (Australian Centre for International Commercial Arbitration (ACICA))¹. Годом ранее Шотландия приняла Закон об арбитраже, согласно которому арбитров теперь назначают не суды, а профессиональные объединения арбитров (*arbitral appointments referees*)². Кроме того, опыт России по возложению данных функций на Президента ТПП РФ, а не на государственные суды приводился в качестве удачного примера в иностранной литературе³.

Поводом для написания настоящей работы стала статья судьи в отставке АС Северо-Западного округа Н.В. Марьянковой, вышедшая под схожим заголовком⁴. Из вопросов, поднятых судьей в данной публикации, можно сделать вывод, что у российских судов пока нет четкого понимания многих аспектов процедуры назначения ими арбитров, особенно тех, которые напрямую не урегулированы законом. Соответственно, в настоящей статье будут рассмотрены теоретические и практические проблемы, с которыми могут столкнуться суды в связи с появлением у них новых полномочий по назначению арбитров, а также возможные варианты решения таких проблем, исходя из практики регулирования данного вопроса в зарубежных странах.

2. Соотношение нового порядка назначения арбитров с положениями Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже

Ранее действовавшая норма о том, что функции по назначению арбитров в международном коммерческом арбитраже выполняет Президент ТПП РФ, а не государственные суды, была основана в том чи-

¹ Статья 4 Правил международного арбитража 2011 (International Arbitration Regulations 2011 (SLI No. 10 of 2011)).

² Статья 24 Закона об арбитраже (Arbitration (Scotland) Act 2010) Шотландии.

³ *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 1713.

⁴ *Марьянкова Н.В.* Проблемы формирования государственными судами состава третейского суда // Третейский суд. 2017. № 3. С. 41–44.

сле на положениях ст. IV Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.)¹ (далее — Конвенция 1961 г.), участницей которой является Россия. Согласно п. 1 ст. I Конвенции 1961 г. ее положения применяются к международному арбитражу, стороны которого находятся в разных договаривающихся государствах.

Третейская реформа 2016 г. представляла собой пересмотр только внутреннего законодательства об арбитраже и не затрагивала действие международно-правовых обязательств России. Поэтому разумно предположить, что в международном арбитраже, сторонами которого являются компании из разных стран — участниц Конвенции 1961 г. (например, России и Германии), содействие в назначении арбитров, как и прежде, должен оказывать Президент ТПП РФ, а не российские суды.

Однако, как показывает опыт, судьи и представители сторон не всегда помнят о существовании Конвенции 1961 г. и о том, что ее положения могут существенно отличаться от норм внутреннего законодательства об арбитраже. Поэтому судебскому корпусу желательно напомнить о содержании таких положений, чтобы избежать ситуации, когда российские суды будут назначать третейских судей в том числе и в международных арбитражах, подпадающих под действие Конвенции 1961 г. Похожая ситуация сейчас наблюдается, например, в Турции, где суды часто путаются в связи с существованием двух механизмов назначения арбитров, и это критикуется в юридической литературе².

Между тем у данной проблемы есть правовое решение, которое появилось практически сразу же с подписанием Конвенции 1961 г. Страны, в которых процесс назначения арбитров традиционно осуществляли государственные суды, в том числе Франция, Бельгия, Германия, Австрия и Италия, подписали Соглашение относительно применения Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Париж, 17 декабря 1962 г.)³ (далее — Парижское соглашение). Парижским соглашением его участники изменили действие положений ст. IV

¹ Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: ООН, 1973. С. 40–41 (доступно в Интернете по адресу: https://www.uncitral.org/pdf/russian/publications/sales_publications/Register_texts_vol_II.pdf).

² Yeşilova B. Ch. 6: Courts' Support and Supervision Prior to the Rendering of the Award // Arbitration in Turkey / A. Yeşilirmak, I.G. Esin (eds.). Kluwer Law International, 2015. P. 171–172.

³ Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. С. 51–53.

Конвенции 1961 г., наделавших председателей компетентных торговых палат правом назначать третейских судей, в отношениях между друг другом и передали осуществление данных функций компетентным органам своих государств, т.е. государственным судам¹.

Если к Парижскому соглашению присоединятся и другие участники Конвенции 1961 г., это упростит процедуру назначения арбитров в большинстве ситуаций. Сторонам из стран — участников Парижского соглашения больше не нужно будет учитывать, какие нормы подлежат применению — Конвенции 1961 г. или внутреннего законодательства. Такой шаг будет логичным и для Российской Федерации: коль скоро было принято принципиальное решение изменить компетентный орган, по умолчанию отвечающий за назначение арбитров, следует завершить переход к новому порядку формирования состава третейского суда путем присоединения России к Парижскому соглашению. Примечательно, что именно так поступила в 1998 г. Молдавия, доверившая, как было указано выше, вопросы назначения арбитров государственным судам.

3. Территориальная компетенция суда по вопросу назначения арбитра

По общему правилу полномочия государственного суда ограничены его территориальной юрисдикцией. Российское законодательство об арбитраже следует этой логике: исходя из содержания п. 1 ст. 1 Закона о МКА, суд может оказывать содействие в назначении арбитров только в том случае, если место арбитража находится в пределах его юрисдикции, и не может назначать арбитра для арбитража, *situs* которого находится за пределами юрисдикции такого суда.

Однако практике известны случаи, когда стороны достигли принципиального соглашения передать возникающие между ними споры в арбитраж, но по какой-то причине не согласовали место арбитража или порядок его определения, в том числе путем отсылки к регламенту арбитражного учреждения. Согласно п. 1 ст. 20 Закона о МКА в таком случае место арбитража должны определить арбитры. Но что же делать, если стороне необходимо сначала обратиться за содействием к государственному суду по месту арбитража, поскольку другая сторона препятствует формированию состава третейского суда, отказывается

¹ *Haugeneder F.* The New Austrian Arbitration Act and the European Convention on International Commercial Arbitration // *Arbitration International*. 2007. Vol. 23. Issue 4. P. 645.

назначить арбитра, или не работает механизм назначения арбитров, предусмотренный арбитражным соглашением? Налицо патовая ситуация: чтобы суд мог назначить арбитров, необходимо определить место арбитража, а чтобы определить место арбитража, необходимо, чтобы были назначены арбитры.

Известны два варианта разрешения данной проблемы.

Первый способ – признать арбитражное соглашение, по которому невозможно определить место арбитража, неисполнимым. Иными словами, стороны будут вынуждены урегулировать спор в государственном суде. Это наиболее простой и очевидный вариант выхода из указанной ситуации. Такой подход будет поощрять стороны заранее согласовывать выбор места арбитража в арбитражном соглашении под страхом признания такого соглашения патологическим. Данная позиция ранее существовала в Швейцарии¹, а также косвенно поддерживается российскими авторами².

Недостатком указанного подхода является то, что при направлении сторон за разрешением спора в государственный суд фактически игнорируется их изначальное намерение, состоящее в том, чтобы избежать обращения в такой суд и разрешить спор именно в арбитраже.

Второй способ разрешения проблемы заключается в том, чтобы наделить государственный суд правом назначать арбитров в исключительных ситуациях, когда место арбитража еще неизвестно, но у будущего разбирательства есть определенная связь с территорией такого суда. Данный подход, который пока незнаком российскому праву, уже достаточно распространен в иностранных юрисдикциях.

Российское законодательство об арбитраже основано на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее – Типовой закон). Разработчики Типового закона рассматривали возможность включить в его текст специальное полномочие судов назначать арбитров при неизвестности места арбитража. Однако Рабочая группа ЮНСИТРАЛ так и не смогла договориться о едином критерии, когда допустимо такое назначение. Было решено, что каждое государство самостоятельно определит, в каких случаях третейское разбирательство, несмотря на неизвестность места арбитража, имеет

¹ Tribunal de première instance de Genève, jugement du 18 juin 2008, C/24208/2007–15–SS JTP1/8755/08 // ASA Bulletin. 2009. Vol. 27. Issue 1. P. 161–163.

² Носырева Е. И. Правовая природа и особенности производства по делам, связанным с выполнением судами функций содействия в отношении третейских судов // Вестник гражданского процесса. 2017. № 4. С. 79–100. <https://doi.org/10.24031/2226-0781-2017-7-4-79-100>

достаточную связь с территорией государства, чтобы суд мог вмешаться и оказать содействие в назначении арбитра¹.

В зарубежных странах сложились следующие подходы относительно того, какой суд компетентен назначить арбитров, если место арбитража еще не определено:

- суд по месту нахождения одной из сторон арбитража. Такой критерий применяется, например, в Германии и Австрии². Схожий по действию критерий закреплён в п. 2 и 3 ст. IV Конвенции 1961 г.: назначить арбитра вправе председатель компетентной торговой палаты по месту нахождения стороны, не назначившей арбитра;

- суд, который имел бы компетенцию рассматривать спор в отсутствие арбитражного соглашения. Данный критерий применяется во Франции, Бельгии, Швейцарии и Швеции³. Фактически в большинстве случаев это будет суд по месту нахождения ответчика;

- суд по месту заключения арбитражного соглашения. Такой любопытный критерий применяется в Италии⁴;

- суд по месту жительства уже назначенного арбитра. Подобный критерий пока не используется ни в одной стране, но обсуждался разработчиками Типового закона в качестве возможного варианта разрешения проблемы⁵;

- суд страны, с которой арбитраж имеет достаточную связь. Данный критерий в самом общем виде закреплён в Англии⁶. Также его применяют суды Франции в ситуации, когда стороне может быть фактически

¹ Доклад Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии (Вена, 3–21 июня 1985 года) (A/40/17) // Ежегодник ЮНСИТРАЛ. Том XVI: 1985 год (A/CN.9/SER.A/1985). Нью-Йорк: ООН, 1988. С. 17.

² Абзац 3 ст. 1025 ГПК (Zivilprozessordnung (ZPO)) Германии; абз. 3 ст. 577 ГПК (Zivilprozessordnung (ZPO)) Австрии.

³ Пункт 3 ст. 1505 ГПК (Code de procédure civile (CPC)) Франции; § 6 ст. 1680 Судебного кодекса (Code judiciaire) Бельгии; абз. 2 ст. 179 Федерального закона о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)) Швейцарии (см.: *Lalive P., Poudret J.-F., Reymond C.* Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse. Payot, 1989. Art. 179. N° 5, 13); ст. 47 Закона об арбитраже (Lag (SFS 1999:116) om skiljeförfarande) Швеции.

⁴ Статья 810 ГПК (Codice di procedura civile) Италии.

⁵ Доклад Комиссии Организации Объединённых Наций по праву международной торговли о работе ее восемнадцатой сессии (Вена, 3–21 июня 1985 года) (A/40/17). С. 17 (п. 76).

⁶ Статьи 2(3) и 18 Закона об арбитраже (Arbitration Act 1996) Англии.

отказано в доступе к правосудию, если французский суд не вмешается в процесс назначения арбитра¹.

К недостатку назначения арбитров до определения места арбитража можно было бы отнести риск оспаривания арбитражного решения в связи с нарушением процедуры назначения. Если арбитров назначит суд одного государства, а в качестве места арбитража они выберут другое государство, то формально можно утверждать, что процедура назначения арбитров не соответствовала закону места арбитража.

Такой аргумент был заявлен в одном из самых известных дел, где государственный суд назначил арбитра в ситуации неизвестности места арбитража, — *National Iranian Oil Co. (NIOC) v. State of Israel*. Спор возник из контракта на поставку нефти, содержащего арбитражную оговорку. Согласно данной оговорке, каждая сторона должна была назначить по одному арбитру, а третьего арбитра должен был назначить председатель Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)) (далее — МТП) в г. Париж (Франция).

Иранская компания назначила своего арбитра, а Израиль отказался это сделать. Тогда иранская компания попросила суд Франции назначить арбитра за Израиль. Суд первой инстанции отказался назначить арбитра, указав на то, что Франция не является местом арбитража. Однако вышестоящие суды отменили это решение и произвели назначение арбитра за Израиль. Дело в том, что законы Израиля не давали иранской компании права обратиться с иском в израильские суды, и суды согласились выполнить назначение ввиду наличия связи с Францией (третьего арбитра назначал председатель МТП) и риска того, что в противном случае иранская компания была бы лишена доступа к правосудию².

Впоследствии арбитры выбрали в качестве места арбитража не Францию, а Швейцарию. Израиль попытался оспорить арбитражное решение в суде Швейцарии на том основании, что процедура назначения арбитров не соответствовала законам Швейцарии. Однако суд отверг данный аргумент, указав, что выбор иной страны в качестве места арбитража не должен повлиять на законность ранее сделанного назначения, ведь в противном случае сторона могла бы просто попро-

¹ Пункт 4 ст. 1505 ГПК Франции.

² *National Iranian Oil Co. (NIOC) v. State of Israel*, CA Paris, 29 March 2001 // Mealey's International Arbitration Report. 2002. Vol. 17. Issue #6 (см. также: *Pinsolle Ph. Court Appointed Arbitrator: French Courts Expand Jurisdiction to Avoid Denial of Justice* // Ibid.); Cour de Cassation, 1 February 2005 // Yearbook Commercial Arbitration. 2005. Vol. XXX. P. 125–128.

сить суд Швейцарии подтвердить назначение того же арбитра, которого ранее назначил суд Франции¹.

Следует также отметить, что в настоящее время иностранные суды, не ограничиваясь только ситуациями неизвестности места арбитража, стали назначать арбитров и в случае, если место арбитража известно, но местные суды отказывают стороне в содействии. Например, суд Германии назначил арбитра в споре, где немецкая и японская компании договорились о месте арбитража в Японии, но не указали конкретный город, что по законодательству Японии означало невозможность обратиться за содействием к конкретному японскому суду².

Таким образом, второй подход, когда государственный суд оказывает содействие сторонам в назначении арбитра при неизвестности места арбитража, на взгляд автора, больше отвечает задачам разрешения спора в арбитраже, чем первый, при котором отсутствие выбора места арбитража приводит к невозможности обращения за содействием к государственному суду, а значит, и к неисполнимости арбитражного соглашения. Поэтому российское законодательство следует дополнить правилами, разрешающими государственному суду оказывать содействие в назначении арбитра и в том случае, если место арбитража не определено, при условии что такой арбитраж имеет достаточную связь с территорией России и заинтересованное лицо лишено возможности обращения за содействием в суд другого государства.

4. Назначение арбитра – судебная или административная функция?

В науке арбитража существует интересная дискуссия о том, какова природа полномочия государственного суда по назначению арбитров. С одной стороны, такое назначение можно считать несудебной, административной, чисто технической функцией; ее выполнение поручено суду как компетентному органу по умолчанию, чтобы избежать патовой ситуации, когда одна из сторон или иной орган не могут или не хотят избрать арбитра³.

¹ BGer 4A_146/2012 vom 10.01.2013 E. 3.3.1 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/130110_4A_146-2012.html; перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/10%20janvier%202013%204A%20146%202012.pdf>).

² BayObLG, 05.10.2004 – 4Z SchN 9/04, SchiedsVZ 2004, 316.

³ *Delvolvé J.-L., Pointon G., Rouche J.* French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2009. P. 83;

Во многих европейских странах законодатель, подчеркивая административно-техническую природу функции по назначению арбитров, поручил ее выполнение даже не суду, а конкретному должностному лицу суда. Так, во Франции, Бельгии и Нидерландах назначение арбитра возложено на председателя суда¹. Это не означает, что соответствующее решение должен принять именно председатель суда; на практике председатель часто делегирует выполнение данной функции нижестоящему судье, специально назначенному им для решения таких вопросов на ежедневной основе². Во Франции даже есть устоявшийся термин для такого судьи — «*juge d'appui*» («судья поддержки»), который осуществляет административные функции по содействию в разрешении спора в арбитраже.

С другой стороны, справедливо рассматривать назначение арбитров судом в качестве процедуры отправления правосудия, поскольку к нему применимы все правила, касающиеся судопроизводства в таком суде. Данного подхода придерживается, в частности, процессуальное право Индии³.

При этом квалификация данной функции в качестве административной или судебной имеет не только теоретические, но и практические последствия. Так, судебные решения, в отличие от административных, принимаются с соблюдением определенных требований надлежащей правовой процедуры (*due process*) и могут иметь преюдициальный характер (*res judicata*). Административные решения не связаны такими требованиями, но зато не имеют преюдициального характера и, как правило, могут быть оспорены по правилам административной юстиции.

J. Rose c/ SA Waterfront et autres, TGI Paris, 5 juin 2003 (приводится по: *Loquin E.* De la nature de mandat commun de la mission du Président du tribunal de commerce désigné par les parties pour régler les difficultés de constitution d'un tribunal arbitral international présentant des liens avec la France // *Revue trimestrielle de droit commercial (RTD com.)*. 2003. N° 4).

¹ Статьи 1459, 1505 ГПК Франции; § 1 ст. 1680 Судебного кодекса Бельгии; ст. 1026 и 1027 ГПК (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*) Нидерландов.

² *Draye M.* in: *Arbitration in Belgium* / N. Bassiri, M. Draye (eds.). Kluwer Law International, 2016. P. 57.

³ *Sharma A.K.* Judicial Intervention in International Commercial Arbitration: Critiquing the Indian Supreme Court's Interpretation of the Arbitration and Conciliation Act, 1996 // *Indian Journal of Arbitration Law*. 2014. Vol. III. Issue 1. P. 14 (доступно в Интернете по адресу: http://www.ijal.in/sites/default/files/IJAL%20Volume%203_Issue%201_Ajay%20Kr.%20Sharma.pdf).

В этой связи примечательно дело *SBP & Co v. Patel Engineering Ltd.*, рассмотренное Верховным судом Индии. До рассмотрения данного дела индийские суды считали, что назначение арбитра — это административная, а не судебная функция. Однако Верховный суд после длительной дискуссии был вынужден постановить, что решение о назначении арбитра — это акт судебной власти. Подобный вывод был обусловлен особенностями Конституции Индии: если бы Верховный суд признал решение о назначении арбитров административным актом, любое заинтересованное лицо формально обладало бы конституционным правом оспорить такой акт в суде, что было бы несовместимо со смыслом законодательства об арбитраже¹.

По мнению автора, российскому праву больше подходит квалификация полномочия суда назначать арбитров в качестве судебной, а не административной функции. Такой подход логично объяснит, почему решение суда по вопросу назначения арбитра, с одной стороны, может не подлежать обжалованию, а с другой стороны, может обладать свойством преюдициальности (например, в части вывода о согласованном сторонами месте арбитража).

5. Проверка судом арбитражного соглашения при назначении арбитра

Российский закон не содержит прямого ответа на вопрос, должен ли суд, рассматривающий заявление по вопросу назначения арбитра, проверять наличие и действительность арбитражного соглашения между сторонами спора. Пункт 2 ч. 4 ст. 427.2 ГПК РФ и п. 2 ч. 4 ст. 240.2 АПК РФ содержат лишь формальное требование, что к заявлению о назначении арбитра должны быть приложены подлинное арбитражное соглашение или его надлежащим образом заверенная копия.

В доктрине и судебной практике сложилось три подхода к решению данного вопроса.

Согласно первому подходу, суд вообще не должен проверять наличие или действительность арбитражного соглашения, поскольку этот вопрос подлежит разрешению на более поздней стадии либо третейским, либо государственным судом при рассмотрении дела об отмене или признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Такой позиции придерживаются некоторые российские авторы².

¹ *SBP & Co. v. Patel Engineering Ltd.*, (2005) 8 SCC 618.

² Носырева Е.И. Указ. соч. С. 95.

Кроме того, данный подход действует в Нидерландах и Румынии¹. В указанных юрисдикциях придерживаются мнения, что назначенные судом арбитры сами смогут проанализировать вопрос наличия и действительности арбитражного соглашения. К недостатку такого подхода можно отнести то, что государственный суд будет обязан назначить арбитра даже в том случае, когда будет очевидно, что стороны не заключали арбитражное соглашение и что сформированный третейский суд вынесет предсказуемое постановление об отсутствии у него компетенции.

Согласно второму подходу, суд должен осуществить полную проверку действительности арбитражного соглашения, аналогичную той, которая проводилась бы, если бы одна из сторон обратилась в суд с иском, а другая попросила направить стороны в арбитраж. Данной позиции придерживается большинство российских авторов². Кроме того, такой подход действует в Индии, и его ранее придерживались суды Швейцарии³. В отмеченных юрисдикциях суд, решая вопрос о назначении арбитров, выступает в качестве первоначального фильтра споров, которые не должны рассматриваться в арбитраже. К недостаткам данного подхода можно отнести то, что разрешение небольшого вопроса о назначении арбитра превращается по сути в мини-разбирательство по вопросу компетенции третейского суда, что не позволяет сторонам оперативно сформировать его состав и лишь потом перейти к обсуждению его компетенции.

В связи с наличием у первого и второго подходов определенных недостатков в зарубежных странах появился третий, смешанный подход: суд может отказать в назначении арбитра, если между сторонами *очевидно или явно* отсутствует действительное арбитражное соглашение. Соответственно, стороне, ходатайствующей о назначении арбитра, достаточно представить опровержимые доказательства (так называемые доказательства *prima facie*) наличия арбитражного соглашения. Такой

¹ Пункт 4 ст. 1027 ГПК Нидерландов; *Tăbărcă M. Drept procesual civil. Vol. II. Universul Juridic*, 2008. P. 167.

² *Зверева Н.С.* Взаимодействие альтернативных методов урегулирования споров и гражданского судопроизводства в праве России и Франции. М.: Статут, 2017; *Курочкин С.А.* Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже. М.: Волтерс Клувер, 2008.

³ *SBP & Co. v. Patel Engineering Ltd.*, (2005) 8 SCC 618; BGE 118 Ia 20 E. 5b S. 26–27; Kantonsgericht Wallis, Entscheid vom 27. April 2006, C2 06 10 // ASA Bulletin. 2008. Vol. 26. Issue 2. P. 408.

подход действует во Франции («соглашение не является очевидно недействительным»), Германии, Англии («достаточно обоснованная позиция о компетенции»), Швеции («очевидно отсутствие соглашения»), Гонконге и с недавнего времени в Швейцарии¹.

Если применим смешанный подход, суд вправе проверить лишь явные дефекты арбитражного соглашения, такие как, например, несоблюдение его письменной формы (если такая форма необходима в силу закона) или отсутствие подписи стороны на договоре, содержащем арбитражную оговорку. Круг вопросов, которые суд не вправе проверять при назначении арбитра, значительно шире и зависит от конкретных обстоятельств дела. Например, суд не должен вдаваться в вопросы толкования объема арбитражного соглашения² или возможности распространения арбитражного соглашения на лиц, которые формально его не подписывали (так называемых *non-signatories*)³.

Смешанный подход к проверке арбитражного соглашения на стадии назначения арбитров удачно сочетает преимущества двух предыдущих подходов: с одной стороны, суд при назначении арбитров выполняет роль первоначального фильтра споров, явно не подлежащих передаче в арбитраж; с другой стороны, суд дает возможность рассмотреть вопрос компетенции третейского суда более подробно в рамках арбитражного разбирательства. Вместе с тем один лишь факт того, что суд решил назначить арбитра, не означает признания им действительности арбитражного соглашения (решение суда в этой части не обладает свойством преюдициальности). Именно такой подход к проверке арбитражного соглашения можно рекомендовать к использованию и российским судам.

¹ Статья 1455 ГПК Франции; OLG München, 23.05.2007 — 34 SchH 1/07 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-m%C3%BCnchen-az-34-schh-1-07-datum-2007-05-23-id707>); BGH, 27.02.1969 — KZR 3/68, NJW 1969, 978; BGH, 19.07.2012 — III ZB 66/11, SchiedsVZ 2012, 281, 282; *Noble Denton Middle East & Anor. v. Noble Denton International Ltd.*, [2010] EWHC 2574 (Comm.); Regeringens proposition 1998/99:35 “Ny lag om skiljeförfarande” (<https://www.regeringen.se/49bb6e/contentassets/7fcea80ea5fe44aa88469219b1209886/ny-lag-om-skiljeforfarande>). P. 96; *Oonc Lines Ltd v. Sino-Am. Trade Advancement Co. Ltd.*, [1994] HKCFI 193; *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Prods. & Food Co. Ltd.*, [1991] HKCFI 190; BGer 4A_65/2015 vom 28.09.2015 E. 3 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150928_4A_65-2015.html).

² *Uganda Post Ltd. v. R.4 Int'l Ltd.*, [2009] UGCADER 5 (<https://ulii.org/ug/judgment/court-appeal/2009/5>).

³ *Masterfile Corp. v. Graphic Images Ltd.*, [2002] OJ No. 2590.

6. Предложение стороной кандидатуры арбитра

Российское законодательство не регулирует вопрос, могут ли стороны арбитража предлагать суду кандидатуры для назначения в качестве арбитра. Хотя п. 4 ч. 2 ст. 240.2 АПК РФ содержит требование, что «в заявлении о содействии должны быть указаны сведения о третейском суде (третейских судах), в отношении которого подается заявление о содействии», данное положение содержит оговорку «(если применимо)», что недвусмысленно свидетельствует о том, что такие сведения необходимо указывать не во всех случаях, а только тогда, когда содействие суда испрашивается по вопросу отвода или прекращения полномочий конкретного арбитра.

Российские и иностранные авторы признают допустимым и даже желательным участие сторон в выборе судом кандидатуры арбитра¹. Так, суд может попросить стороны представить свои предложения и мнения по поводу кандидатуры третьего арбитра, о которой не смогли договориться два назначенных ими арбитра². Это позволит суду выявить кандидатуру, которая устроит обе стороны. Ярким примером является дело *Montpelier Reinsurance Ltd. v. Manufacturers Property & Casualty Ltd.*, в котором Верховный суд Содружества Багамских островов посчитал правильным назначить арбитра, кандидатура которого оказалась в списке кандидатов, предложенных как истцом, так и ответчиком³.

Между тем определенные сложности могут возникнуть в ситуациях, когда одна из сторон уклоняется от избрания своего арбитра или от участия в выборе третьего или единоличного арбитра, кандидатуру которого стороны должны были избрать по соглашению между собой. В таких случаях с просьбой о назначении арбитра будет обращаться сторона, которая либо уже избрала одного из трех арбитров, либо определилась с подходящей ей кандидатурой третьего или единоличного

¹ Научно-практический постатейный комментарий к законодательству о третейских судах / Под общ. ред. В.В. Хвалея; Отв. ред. А.В. Грищенко. М.: РАА, 2017. С. 110 (авторы комментария — В.Е. Романова и А.В. Копытин); Курочкин С.А. Третейское разбирательство и международный коммерческий арбитраж. М.: Статут, 2017; Fouchard Ph. La coopération du président du tribunal de grande instance à l'arbitrage // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 1985. N° 5.

² BayObLG, 11.11.2004 — 4Z SchN 8/04 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/bayoblg-az-4-z-schh-08-04-datum-2004-11-11-id505>).

³ [2008] SC (Bda) 27 Com.

арбитра. Если эта сторона предложит ту или иную кандидатуру, а суд последует данной рекомендации, фактически большинство арбитров или даже весь состав третейского суда будут назначены по предложению одной стороны. Это может быть истолковано как несоответствие принципу равенства сторон в процедуре формирования состава третейского суда. Указанную проблему, в частности, поднимает в своей статье Н.В. Марьянкова¹.

Если обратиться к зарубежному опыту, то в судебной практике некоторых стран, например Германии, сформировался подход, что предлагать кандидата в арбитры может только сторона, за которую осуществляется назначение арбитра, и не может сторона, которая обращается в суд с соответствующей просьбой². Похожего подхода придерживаются суды Швейцарии и Гонконга, объясняя это необходимостью обеспечения максимальной независимости и беспристрастности арбитров³. Вместе с тем, как отмечают суды, поскольку уклоняющаяся сторона уже пропустила срок для назначения арбитра, суд вправе, но не обязан принять кандидатуру арбитра от такой стороны⁴. Здесь можно провести параллель с арбитражными учреждениями, которые в аналогичных случаях принимают самостоятельное решение о назначении арбитра за уклоняющуюся сторону без учета мнения другой стороны.

Представляется, что наиболее разумный баланс интересов обеспечивает подход, при котором кандидатуру единоличного или третьего арбитра, подлежащего назначению компетентным органом или двумя другими арбитрами, могут предлагать обе стороны, а кандидатуру арбитра, назначаемого по причине уклонения одной из сторон от участия в выборе, — только сама уклоняющаяся сторона.

¹ Марьянкова Н.В. Указ. соч.

² BayObLG, 16.01.2002 — 4Z SchH 9/01, NJW-RR 2002, 933; см. также: *Kröll St.M.* National Report for Germany // ICCA International Handbook on Commercial Arbitration: Supplement No. 98. Kluwer Law International, 2018. P. 24—25.

³ République et Canton de Genève, jugement du Tribunal de Première Instance, 15ème Chambre, JTPI/4437/07, 21 mars 2007 // ASA Bulletin. 2008. Vol. 26. Issue 2. P. 411—414; Kantonsgericht Wallis, Entscheid vom 27. April 2006, C2 06 10, E. 2c, 3b; *Fung Sang Trading Ltd. v. Kai Sun Sea Prods. & Food Co. Ltd.*, [1991] HKCFI 190.

⁴ OLG Dresden, 20.10.1998 — 11 Sch 4/98 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-dresden-az-11-sch-04-98-datum-1998-10-20-id44>).

7. Ситуации, в которых суд производит назначение арбитров

Согласно ст. 11 Закона о МКА суд может назначить арбитров в одной из трех ситуаций:

1) одна из сторон не выполняет процедуру, необходимую для назначения арбитра (например, не избирает арбитра);

2) два избранных сторонами арбитра не могут достичь соглашения о назначении третьего арбитра; или

3) третье лицо (например, арбитражное учреждение или иной компетентный орган) не выполняет процедуру, необходимую для назначения арбитра.

Данные положения повторяют содержание ст. 11 Типового закона. Между тем российские суды могут столкнуться с ситуациями, которые сложно однозначно отнести к одному из вышеперечисленных оснований для назначения арбитров. В таких случаях судам придется разрешать вопрос о назначении арбитра исходя из общих принципов арбитража и необходимости соблюдения баланса интересов всех участников третейского разбирательства. Ниже приведены некоторые ситуации, возникавшие в практике иностранных судов по вопросу назначения арбитров.

1. *Сторона не назначает арбитра со своей стороны в течение установленного срока, но избирает его по истечении такого срока или после того, как другая сторона обращается за содействием в суд.* Вправе ли суд проигнорировать выбор арбитра и осуществить назначение за сторону? Суды Турции подходят к этому вопросу строго и указывают, что сторона, пропустившая установленный срок, утрачивает право избрать арбитра¹. Суды Канады и Швейцарии занимают более осторожную позицию: они не наказывают сторону за поздний выбор арбитра и отказываются вмешиваться в процесс формирования состава третейского суда, лишь возлагая на недобросовестную сторону судебные издержки².

2. *Сторона просит суд назначить арбитра за другую сторону, однако она сама еще не назначила арбитра.* Должен ли суд удовлетворить такую просьбу? С тактической точки зрения сторона может быть заинтере-

¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (HGK), 19.03.2003, E. 2003/15-142, K. 2003/182 (https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2003_15_142.php).

² *Gestion Christian Veilleux c. Chabot*, [2006] QCCS 6071; République et Canton de Genève, jugement du Tribunal de Première Instance, JTIPI/8403/2002, 10 juillet 2002 // ASA Bulletin. 2008. Vol. 26. Issue 2. P. 400–405; Kantonsgericht Wallis, Entscheid vom 27. April 2006, C2 06 10.

сована в том, чтобы выбрать арбитра после того, как суд определится с кандидатурой за другую сторону. Иностранные суды считают такие действия недобросовестными и требуют, чтобы заявитель избрал арбитра со своей стороны до обращения в суд за назначением арбитра за уклоняющуюся сторону¹.

3. *Арбитр был назначен в нарушение установленной процедуры, несмотря на возражения одной из сторон.* Например, в практике автора был случай, когда арбитражное учреждение в результате компьютерного сбоя не обработало поступившее от стороны заявление о выборе арбитра и само назначило арбитра за такую сторону. Может ли участник арбитража обратиться в суд с просьбой назначить арбитра взамен арбитра, который уже был включен в состав третейского суда, хотя и в нарушение согласованной процедуры?

Похожий случай имел место в практике судов Германии. Договор содержал типовую оговорку о разрешении споров в третейском суде при ТПП Мюнхена и Верхней Баварии (*Industrie- und Handelskammer für München und Oberbayern*) с единственным изменением: третий арбитр подлежал избранию не председателем ТПП, как это было предусмотрено Регламентом Палаты, а двумя арбитрами, назначенными сторонами. Арбитры же ошибочно обратились к председателю ТПП, который и осуществил назначение третьего арбитра. Одна из сторон оспорила эти действия в суде. Суд Германии, с одной стороны, признал, что данная ситуация прямо не урегулирована в законе, но, с другой стороны, применил по аналогии норму, которая позволяет суду назначить арбитра, если третье лицо не выполняет процедуру назначения арбитра, предусмотренную арбитражным соглашением².

Следует отметить, что в таких ситуациях неприменимы существующие процедуры отвода или прекращения полномочий арбитра, закрепленные в ст. 13 и 14 Закона о МКА или в аналогичных положениях регламентов арбитражных учреждений. Данные процессуальные механизмы рассчитаны на дела, в которых невозможность участия арбитра вызвана его личными качествами, и они не могут быть использованы для устранения нарушений процедуры назначения арбитра, не связанных с его личностью.

¹ République et Canton de Genève, Tribunal de première instanc, 10ème Chambre, JTPI/12332/2005, arrêt du 6 octobre 2005 // ASA Bulletin. 2006. Vol. 24. Issue 1. P. 137–141; *Henry Muriithi Mvungu & Anor. v. Bruno Rosiello*, Misc. Civil Case No. 264 of 2006 (<http://kenyalaw.org/caselaw/cases/view/23924>).

² OLG Hamm, 07.03.2002 – 11 Sch 01/02, SchiedsVZ 2003, 79.

4. *Сторона или третье лицо злоупотребляет своим правом назначить арбитра.* Например, сторона неоднократно выбирает арбитра, который явно не соответствует предъявляемым к нему требованиям или который будет отведен по причине очевидного конфликта интересов. Может ли в такой ситуации другая сторона попросить суд назначить арбитра? В зависимости от обстоятельств дела, иностранные суды готовы квалифицировать такое поведение как уклонение от назначения арбитра и осуществить соответствующее назначение самостоятельно¹. Аналогичный подход уже существует в регламентах некоторых арбитражных учреждений².

5. *Число арбитров, предусмотренное арбитражным соглашением, превышает три.* Как следует поступить суду, если сторона просит назначить арбитра в состав третейского суда, состоящий из пяти арбитров? Российский закон не содержит норм, регулирующих порядок формирования состава третейского суда в арбитражах, где число арбитров превышает три. Если стороны прямо не договорились о соответствующем порядке, суд мог бы, например, истолковать арбитражное соглашение как предполагающее, что каждая сторона должна назначить по два арбитра, которые потом изберут пятого арбитра. В этой связи интересен подход Бельгии: в ее законодательстве прямо предусмотрено, что в арбитражах с числом арбитров более трех суд по просьбе стороны вправе назначить весь состав третейского суда целиком, а не отдельных арбитров³. Такое положение избавляет суд от необходимости угадывать, каким же образом стороны намеревались сформировать третейский суд из пяти арбитров.

6. *Два арбитра не договорились о кандидатуре третьего арбитра и обращаются за содействием к суду, минуя стороны.* Может ли суд рассмотреть подобную просьбу арбитров? Суд Германии посчитал, что по общему правилу право на обращение к суду с просьбой о назначении арбитра принадлежит исключительно сторонам арбитража, однако они могут письменно уполномочить арбитров обратиться

¹ *Montpelier Reinsurance Ltd. v. Manufacturers Property & Casualty Ltd.*, [2008] SC (Bda) 27 Com.; Regeringens proposition 1998/99:35 “Ny lag om skiljeförfarande”. Р. 94–95.

² Пункт 1 § 19 Правил арбитража международных коммерческих споров (приложение 2 к приказу ТПП РФ от 11 января 2017 г. № 6); ст. 11.1 Арбитражного регламента Лондонского международного третейского суда (ЛМТС) (London Court of International Arbitration (LCIA)).

³ Параграф 3(с) ст. 1685 Судебного кодекса Бельгии.

с соответствующим заявлением в суд¹. Аналогичное мнение высказывается в швейцарской и российской литературе².

8. Содействие в назначении арбитра, если арбитражное соглашение содержит несправедливый механизм формирования состава третейского суда

Отдельного анализа заслуживают ситуации, когда процедура назначения арбитров, предусмотренная арбитражным соглашением, фактически приводит к несправедливому механизму формирования состава третейского суда. Например, в результате соблюдения такой процедуры одна сторона оказывается в привилегированном положении при выборе арбитров по сравнению с другой стороной.

Согласно первоначально применявшемуся подходу, если арбитражное соглашение содержало односторонние положения, несправедливые по отношению к одной из сторон арбитража, суды признавали такое соглашение недействительным целиком. Данный подход длительное время применялся в США, Турции и Франции³, а также с некоторыми оговорками в Швеции⁴. Похожие примеры есть и в российской судебной практике⁵. Суды обосновывали свою позицию тем, что у них нет полномочий редактировать текст арбитражного соглашения и исключать из него несправедливые положения, касающиеся назначения арбитров.

Данный подход критиковался в иностранной литературе, поскольку суды, стремясь исключить применение односторонних положений,

¹ OLG München, 05.07.2011 — 34 SchH 2/11 (<http://www.disarb.org/en/47/datenbanken/rspr/olg-münchen-az-34-schh-2-11-datum-2011-07-05-id1317>).

² Orelli M. in: *Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide* / M. Arroyo (ed.). Kluwer Law International 2013. P. 82; *Носырева Е.И.* Указ. соч. С. 82.

³ *Murray v. United Food & Commercial Workers Int'l Union*, 289 F.3d 297, 303 (4th Cir. 2002); *Hooters of Am., Inc. v. Phillips*, 173 F.3d 933, 939 (4th Cir. 1999); Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 25.04.1991, E. 1990/8778, K. 1991/4492 (https://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_13_Hukuk_Dairesi_1990-8778.php); *SA Grupo Acciona c/ Bellot et autre*, CA Aix-en-Provence, 9 octobre 1997, Rev. arb. 1998, 383, note J.-L. Delvolvé.

⁴ *Rita Urhelyi v. Arbetsmarknadens Försäkringsaktiebolag*, Svea HovR, 1987-06-26, Nr. Ö 1790-84. Однако другая сторона может предоставить гарантию того, что обеспечит справедливый механизм назначения арбитров (см.: *Bostadsrättsföreningen Mossviolén 1 v. Folkhem Försäljnings AB*, HD, 1992-03-06, Nr. Ö 1653-89, NJA 1992 s. 143).

⁵ Постановление Президиума ВАС РФ от 19 июня 2012 г. № 1831/12 по делу № А40-49223/11-112-401 (дело «Сони Эрикссон» против РТК).

не учитывали основного намерения сторон — разрешить спор именно в арбитраже, а не в государственном суде¹. Поэтому в законодательстве некоторых стран, например Германии, Франции и Нидерландов, появились специальные положения, согласно которым, если арбитражное соглашение предусматривает несправедливый механизм назначения арбитров, сторона арбитража вправе попросить суд вмешаться и осуществить назначение арбитра без соблюдения такого механизма². Аналогичная тенденция наблюдается в практике судов Швейцарии, Индии и Бермудских островов³.

Таким образом, если российские суды сталкиваются с арбитражным соглашением, содержащим явно несправедливый порядок назначения арбитров, им следует оказывать содействие «слабой» стороне и производить назначение самостоятельно.

Чтобы предупредить возможные злоупотребления, российским судам следует четко определить ситуации, когда механизм формирования состава третейского суда является «явно несправедливым». Ниже приведены наиболее яркие примеры несправедливых положений из иностранной судебной практики:

- если сторона не избирает арбитра в установленный срок, право его избрания переходит к другой стороне⁴;
- арбитры избираются строго из списка ассоциации, членами которой являются только одна из сторон, а также все арбитры такого списка⁵;
- имя конкретного арбитра содержится в подготовленных одной стороной стандартных условиях договора присоединения, к которым отсылает арбитражная оговорка⁶;
- арбитражное соглашение разрешает истцу начать единое разбирательство против двух и более ответчиков, не имеющих общего материально-правового интереса. Если такие ответчики не могут дого-

¹ Yeşilova B. Op. cit. P. 171–172.

² Абзац 2 § 1034 ГПК Германии; ст. 1453 ГПК Франции; ст. 1028 ГПК Нидерландов.

³ BGE vom 04.01.1995 // ASA Bulletin. 1995. Vol. 13. Issue 2. P. 213–214; Kantonsgericht Zurich, Entscheid vom 11. September 2001 // ASA Bulletin. 2002. Vol. 20. Issue 4. P. 694; *Union of India v. M/S. Singh Builders Syndicate*, (2009) 4 SCC 523; *Montpelier Reinsurance Ltd. v. Manufacturers Property & Casualty Ltd.*, [2008] SC (Bda) 27 Com.

⁴ BGH, 05.11.1970 – VII ZR 31/69, BGHZ 54, 392.

⁵ BGH, 19.12.1968 – VII ZR 83/66, BGHZ 51, 255.

⁶ BGH, 01.03.2007 – III ZR 164/06, SchiedsVZ 2007, 163.

вориться о кандидатуре арбитра, суд должен назначить арбитров за все стороны, включая истца, иначе истец окажется в преимущественном положении по сравнению с ответчиками¹. Этот подход основан на знаменитом деле *BKMI & Siemens v. Dutco*². В данном деле суд указал, что ни один из участников арбитража не может быть поставлен в неравное положение при выборе арбитра только из-за того, что на его стороне (истца или ответчика) выступают сразу несколько лиц, которые не могут договориться о совместной кандидатуре арбитра.

Можно также привести примеры ситуаций, которые, несмотря на кажущуюся несправедливость, не дают суду достаточных оснований для того, чтобы вмешаться в процесс назначения арбитров:

- согласно арбитражной оговорке, два назначенных арбитра должны избрать третьего арбитра с помощью жребия. Суд Багамских островов отметил, что механизм назначения должен быть несправедлив не сам по себе, а из-за того, что он ставит в несправедливое положение одну сторону арбитража по сравнению с другой³;

- арбитражное соглашение разрешает истцу начать единое разбирательство против двух и более ответчиков, имеющих общий материально-правовой интерес (например, против основного и дочернего обществ). Такие ответчики обязаны выбрать одного арбитра под страхом того, что иначе его за них назначит суд или иной компетентный орган⁴.

9. Критерии выбора судом кандидатуры арбитра

Российское законодательство не содержит подробных правил, каким образом суды должны определять кандидатуру арбитра. Пункт 6 ст. 11 Закона о МКА, ч. 5 и 6 Федерального закона об арбитраже содержат единственное требование о том, что назначаемый арбитр должен соответствовать общим требованиям, установленным законом для

¹ BGH, 29.03.1996 – II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755; OLG Frankfurt, 24.11.2005, 26 Sch 13/05, SchiedsVZ 2006, 219.

² *Sociétés BKMI et Siemens c/ société Dutco*, Cass. 1^{er} civ., 7 janvier 1992, pourvois n^{os} 89-18.708, 89-18.726, Bull. civ. I, n^o 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.

³ *Montpelier Reinsurance Ltd. v. Manufacturers Property & Casualty Ltd.*, [2008] SC (Bda) 27 Com.

⁴ Степанова К.С. Формирование состава арбитража в спорах с множественностью участников // Евразийский юридический журнал. 2017. № 5 (108). С. 116.

арбитров: независимость, беспристрастность, отсутствие судимости, юридическое образование для председателя состава и т.д.

В отсутствие установленной методики выбора арбитра суды испытывают определенные сложности при поиске подходящего кандидата. Например, судья Н.В. Марьянкова задается вопросами: какими критериями должен руководствоваться суд при отборе кандидатов в арбитры; может ли суд обратиться к списку рекомендованных арбитров одного из арбитражных учреждений; каким образом суду следует осуществлять выбор между двумя и более потенциальными кандидатами в арбитры?¹

Проблемы с выбором арбитров возникают не только у российских, но и у иностранных судов. Как отмечают некоторые авторы, суды редко назначают в качестве арбитров практикующих юристов или профессоров юридических вузов, поскольку они редко входят в круг общения судей, а также поскольку это может быть расценено как фаворитизм и привести к отводу судьи в будущем. Чаще всего судьи выбирают арбитрами своих бывших коллег — судей в отставке, совершенно не учитывая, подходит ли их кандидатура для разрешения конкретного спора².

В этой связи было бы целесообразно составить список критериев, которыми могли бы руководствоваться российские судьи при решении вопроса о выборе арбитра. Ниже приведен примерный перечень таких критериев, которые обычно принимают во внимание их иностранные коллеги:

- репутация и регалии. Суды стараются назначать арбитров, обладающих безупречной репутацией и высоким уровнем признания в юридическом сообществе³. Доказательством наличия у арбитра репутации может быть его включение в список рекомендованных арбитров арбитражного учреждения;
- доступность. Суды учитывают такие факторы, как текущая загрузка арбитра, наличие у него времени для разрешения спора, а также необходимость поездок из другого города или страны для участия в слушании по делу⁴;

¹ Марьянкова Н.В. Указ. соч. С. 42–43.

² Karrer P.A. Introduction to International Arbitration Practice: 1001 Questions and Answers. Kluwer Law International, 2014. P. 62.

³ *Fung Sang Trading Ltd v. Kai Sun Sea Products & Food Co. Ltd.*, [1991] HKCFI 190.

⁴ *Quintette Coal Ltd. v. Nippon Steel Corp.*, [1988] BCJ No. 492; Uganda Centre for Arbitration and Dispute Resolution (CADER), Arbitration Cause No. 07/05 (30 January 2006) (CLOUT case 896).

- опыт. Некоторые суды небезосновательно выясняют наличие у назначаемого арбитра опыта в профессиональной сфере или отрасли экономики, в которой возник спор¹;
- владение соответствующим языком. Если спор подлежит разрешению в международном коммерческом арбитраже, суды принимают во внимание потенциальный язык разбирательства или язык доказательств и назначают арбитра, владеющего таким языком, чтобы сократить потенциальные расходы сторон на перевод документов²;
- знание применимого права. Наконец, суды могут учесть юридическую квалификацию арбитра и его знание применимого права, при условии что оно может быть определено на данной стадии³.

Чем большее число вышеуказанных факторов примет во внимание российский суд, тем выше вероятность того, что им будет произведено оптимальное назначение.

10. Обжалование судебного решения по вопросу назначения арбитра

Российское законодательство, как и Типовой закон, предусматривает, что решение суда по вопросу назначения арбитра не подлежит обжалованию⁴. Такое ограничение обычно обосновывают тем, что стороны заинтересованы в скорейшем формировании состава третейского суда, а обжалование решения о назначении арбитра может затянуть этот процесс. Вместе с тем ошибочное решение суда не предопределяет исход разбирательства, ведь у несогласной стороны будет возможность в дальнейшем заявить об отводе не устраивающего ее арбитра либо об отсутствии у третейского суда компетенции⁵.

Однако, как показывает практика, российские суды данную норму фактически не соблюдают. Ими принимаются к рассмотрению апел-

¹ *Laverne v. Pure Tech Int'l Inc.*, [1998] QJ No. 2308, ¶ 14; *Canadian Reins. Co. v. Lloyd's Syndicate*, (1995) 6 BLR (3d) 102, ¶ 10; *Uganda Centre for Arbitration and Dispute Resolution (CADER)*, Arbitration Cause No. 01/06 (17 March 2006) (CLOUT case 895), Arbitration Cause No. 07/05 (30 January 2006) (CLOUT case 896).

² *Transportacion Maritima Mexicana SA c/ société Alsthom*, TGI Paris, 22 mai 1987, Rev. arb. 1988, 699, note Ph. Fouchard.

³ *XL Ins. Ltd. v. Toyota Motor Sales USA Inc.*, unreported judgment of 14 July 1999 (QB) (<https://lawexplores.com/8-selection-challenge-and-replacement-of-arbitrators-in-international-arbitration/>); *I-D Foods Corp. v. Hain-Celestial Group Inc.*, [2006] QCCS 3889.

⁴ Часть 3 ст. 427.5 ГПК РФ, ч. 3 ст. 240.5 АПК РФ, п. 5 ст. 11 Типового закона.

⁵ *Носырева Е.И.* Указ. соч. С. 94–95.

ляционные и кассационные жалобы как на определения о назначении арбитра¹, так и на определения по вопросу отмены постановления третейского суда о наличии у него компетенции, также формально не подлежащие обжалованию². Более того, некоторые авторы высказывают мнение о том, что российский закон не должен ограничивать право стороны обжаловать решение по вопросу назначения арбитра, поскольку при принятии такого решения могут быть нарушены основополагающие принципы права³.

В решении этой проблемы российскому законодателю может помочь зарубежный опыт. Во многих иностранных юрисдикциях обжалование решения суда о назначении арбитра по общему правилу не допускается, но при этом из общего правила делаются некоторые исключения.

Во-первых, законодательство таких стран, запрещая подачу обычной апелляционной жалобы, тем не менее допускает обжалование судебного акта в экстраординарном порядке. Так, во Франции за стороной сохраняется право оспорить решение суда по вопросу назначения арбитра со ссылкой на нарушение надлежащей правовой процедуры (*procédure régulière*) или превышение судом своих полномочий (*excès de pouvoir*)⁴. В Англии разрешается подача жалобы, если согласие на обжалование даст суд первой инстанции; при этом апелляционный суд такое согласие дать не может⁵. В Румынии, где действует система судебного обжалования, похожая на российскую, сторона вправе подать надзорную жалобу на решение о назначении арбитра в Верховный суд (*Curtea Supremă de justiție*)⁶.

¹ Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 28 марта 2018 г. № 10АП-2513/2018 по делу № А41-90575/17.

² Определения ВАС РФ от 23 декабря 2013 г. № ВАС-16126/13 по делу № А40-41781/13-69-197, от 22 февраля 2012 г. № ВАС-1168/12 по делу № А40-65888/11-8-553; постановление АС Московского округа от 16 мая 2017 г. № Ф05-3537/2017 по делу № А40-204602/16.

³ Зверева Н.С. Указ. соч.

⁴ *Société GECI et GFC c/ société Industrialexport*, CA Paris, 19 décembre 1995, Rev. arb. 1996, 110, note Hory; *AGRRI Prévoyance v. Société ESG*, CA Paris, 1er mars 2007, Rev. arb. 2007, 643; *Culioli c/ SA Gastrolouvre et Sibella*, CA Paris, 10 octobre 2002, Rev. arb. 2002, 1053; *Raffineries de pétrole d'Homs et de Banias c/ Chambre de Commerce Internationale*, CA Paris, 15 mai 1985, Rev. arb. 1985, 141, JCP 1987, II, 20755, note P. Level.

⁵ Пункт 5 ст. 18 Закона об арбитраже Англии.

⁶ *Tăbârcă M.* Op. cit. P. 315.

Во-вторых, во многих государствах запрещено обжалование лишь положительного решения о назначении арбитра и прямо разрешено обжалование отрицательного решения об отказе в назначении арбитра. Данный подход объясняется тем, что отрицательное решение означает невозможность сформировать третейский суд, и у стороны должно быть право оспорить такой отказ суда. Указанное правило действует в Бельгии, Швеции и Швейцарии¹. Аналогичный подход существует во Франции и Гонконге, при условии что основанием для отказа в назначении арбитра стал вывод суда об очевидном отсутствии или недействительности арбитражного соглашения².

По мнению автора, российскому законодателю можно рекомендовать как минимум разрешить оспаривание отрицательных решений об отказе в назначении арбитра. Также целесообразно подумать над тем, можно ли разрешить сторонам подавать жалобы в порядке надзора на любые решения по вопросу назначения Председателю или заместителю Председателя ВС РФ, естественно, с оговоркой, что такое обжалование допускается только в исключительных случаях «в целях устранения фундаментальных нарушений норм» права³.

11. Распределение судебных расходов на рассмотрение заявления о назначении арбитра

Определенный интерес также представляет вопрос распределения судебных расходов между сторонами судебного процесса о назначении арбитра. Общее правило, содержащееся в ч. 1 ст. 98 ГПК РФ и абзаце первом ч. 1 ст. 110 АПК РФ, гласит, что судебные издержки возлагаются на проигравшую сторону. Задача суда состоит в том, чтобы установить, какая из сторон является проигравшей в данной категории дел.

Наиболее простая ситуация: ответчик уклоняется от избрания арбитра или выполнения иного действия, необходимого для назначения арбитра, и суд по просьбе истца производит соответствующее

¹ Параграф 1 ст. 1680 Судебного кодекса Бельгии; абзац третий ст. 44 Закона об арбитраже Швеции; BGE 118 Ia 20 E. 2b S. 24; BGER 4A_215/2008 vom 23.09.2008 E. 3.2.3.2 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/080923_4A_215-2008.html; перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/23%20septembre%202008%204A%20215%202008.pdf>).

² Абзац третий ст. 1460 ГПК Франции; *Private Co. "Triple V" Inc. v. Star (Universal) Co. Ltd. & Anor.*, [1995] 3 HKC 129.

³ Часть 1 ст. 391.11 ГПК РФ, ч. 1 ст. 308.10 АПК РФ.

назначение. В этом случае все судебные издержки должны возлагаться на ответчика¹.

Аналогичным образом следует поступить и в случае, если ответчик назначил арбитра только после того, как истец обратился с заявлением в суд. Несмотря на то что такое заявление может быть отозвано или отклонено, ответчик должен возместить истцу его судебные издержки, поскольку в первую очередь именно его поведение вызвало необходимость обращения за содействием к суду². И наоборот, если суд откажет в назначении арбитра по вине заявителя, например из-за отсутствия соответствующих оснований, очевидной недействительности арбитражного соглашения или несоблюдения заявителем процедуры назначения арбитров, право требовать возмещения судебных издержек должно перейти к ответчику.

Некоторую сложность представляют ситуации, когда арбитр не был назначен не по вине одной из сторон, а из-за невозможности выполнить механизм назначения, предусмотренный арбитражным соглашением. Например, суды Германии сталкивались с делами, где два избранных сторонами арбитра не смогли договориться о кандидатуре третьего арбитра³, а также где все три арбитра должны были быть назначены председателем земельного суда, который отказался осуществить данную функцию⁴. В таких случаях суды обычно отказываются возложить судебные издержки на какую-либо сторону и распределяют издержки поровну между обеими сторонами.

Примечательно, что в одном из таких дел истец пытался взыскать свои судебные расходы с ответчика, ссылаясь на то, что он до обращения в суд предлагал ему либо согласовать кандидатуру третьего арбитра самостоятельно, без участия других арбитров, либо договориться об альтернативном способе назначения арбитра; при этом ответчик якобы недобросовестно отверг такое предложение. Суд отклонил дан-

¹ *China Ocean Shipping Co. v. Mitsui Bussan Kaisha Ltd.*, [1995] HKC 123.

² République et Canton de Genève, jugement du Tribunal de Première Instance, JTPI/8403/2002, 10 juillet 2002; Kantonsgericht Wallis, Entscheid vom 27. April 2006, C2 06 10.

³ OLG München, 06.11.2006, 34 SchH 11/06 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-m%C3%BCnchen-az-34-schh-11-06-datum-2006-11-06-id597>); OLG München, 22.04.2010 – 34 SchH 1/10 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-m%C3%BCnchen-az-34-schh-1-10-datum-2010-04-22-id1113>); OLG München 05.04.2012, 34 SchH 1/12 (<http://www.disarb.org/de/47/datenbanken/rspr/olg-m%C3%BCnchen-az-34-schh-1-12-datum-2012-04-05-id1393>).

⁴ BayObLG, 11.11.2004, 4Z SchH 8/04.

ный довод истца, указав, что ответчик не был обязан соглашаться на новый порядок назначения арбитров, не предусмотренный арбитражным соглашением¹.

В заключение можно привести один курьезный пример, когда истец предлагал признать его выигравшей стороной и возложить судебные издержки на ответчика по той причине, что именно он предложил кандидатуру арбитра, которую назначил суд, в то время как кандидатуру, предложенную ответчиком, суд отверг. Суд, естественно, не согласился с таким подходом и указал, что распределение судебных расходов не может зависеть от того, кто предложил кандидатуру арбитра, которого он в итоге назначил².

12. Заключение

В настоящей работе автор рассмотрел некоторые вопросы оказания судами содействия в назначении арбитров, которые, по его мнению, могут вызвать затруднения у российских судей. Как видно из приведенного в статье анализа, данная процедура пока является новой для российского арбитража и не получила глубокого изучения в судебной практике и доктрине. Поэтому до тех пор, пока не сформируется единый подход к процедуре рассмотрения заявлений о назначении арбитра, российским судьям можно порекомендовать учитывать зарубежный опыт законодательного регулирования и применения судами данной процедуры, а также брать на вооружение подходы, которые сложились в иностранных судах и были описаны в настоящей статье.

¹ OLG München, 05.04.2012 – 34 SchH 1/12.

² *Montpelier Reinsurance Ltd. v. Manufacturers Property & Casualty Ltd.*, [2008] SC (Bda) 27 Com.

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ДОКУМЕНТОВ КАК ОТДЕЛЬНАЯ СТАДИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Д.В. Кайсин,
LL.M., кандидат юридических наук,
член Королевского института арбитров (MCIArb)
и Арбитражной комиссии МТП (Россия),
советник адвокатского бюро «Егоров, Пугинский,
Афанасьев и партнеры»

Вопрос представления документов продолжает оставаться дискуссионной темой, широко обсуждаемой в международном арбитражном сообществе. Принципиально можно выделить два лагеря арбитражных специалистов: тех, кто выступает за широкое раскрытие документов, и тех, кто призывает к значительным ограничениям в этой сфере. Позиция юриста по данному вопросу в значительной степени определяется полученным юридическим образованием и традициями правовой системы государства, в котором он практикует. Правила МАЮ 2010 г. остаются ключевым источником «мягкого» права и чаще всего применяются в международном арбитраже. В то же время недавно принятые Пражские правила 2018 г. предлагают иной подход: пропагандируется представление только конкретных документов (а не их категорий) и только в исключительных случаях. Иными словами, представление документов не предусмотрено в качестве отдельной стадии разбирательства. Вряд ли обоснованно сразу и безоговорочно исключать данную стадию как таковую. По этому вопросу третейскому суду следует принимать решение в зависимости от ожиданий и мнений сторон, а также конкретных обстоятельств спора.

Ключевые слова: представление документов; раскрытие; доказательства; адвокатская тайна; негативные последствия.



DOCUMENT PRODUCTION AS A SEPARATE STAGE OF INTERNATIONAL ARBITRATION

DMITRY KAYSIN,
LL.M., Ph.D. in Law,
Member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCIArb)
and of the ICC Commission on Arbitration (Russia),
Counsel at Egorov Puginsky Afanasiev & Partners Law Offices

There are ongoing raging debates on the question of document production. Essentially, arbitration specialists are divided into two camps — those who argue for extensive document production, and those who call for limited production. Where one falls depends — predominantly — on an individual's background: their legal education and their home jurisdiction, since rules vary significantly across different national systems. The 2010 IBA Rules remain the key soft law instrument, and those Rules dominate arbitral practice. However, the newly approved 2018 Prague Rules offer a different approach: they encourage production of specific documents (and not categories of documents), and only in exceptional circumstances. On other words, document production as a separate stage is not provided. Ultimately, the approach taken to document production should be guided by the parties' expectations and adapted to the particular circumstances of the case at hand. It would be unhelpful to rule out any document production as a matter of course.

Keywords: document production; disclosure; evidence; attorney-client privilege; adverse inferences.



1. Представление документов: различия в подходах различных стран

Истоки процедуры представления документов (document production) как отдельной стадии третейского разбирательства следует искать в судопроизводстве США. В отличие от континентальной традиции, исковое производство в странах системы общего права возбуждается преимущественно на основании короткого заявления, которое не сопровождается развернутыми фактическими или правовыми аргументами, а равно приложением подтверждающих документов. Вслед за таким заявлением в США следует процедура раскрытия (discovery). Эта стадия чрезвычайно затратна как с точки зрения временной продолжительности, так и необходимости привлечения большого количества трудовых и денежных ресурсов. Ее существо заключается в том, что спорящие стороны по запросам друг друга представляют документы, обеспечивают допрос свидетелей (depositions), готовят письменные ответы на вопросы (interrogatories), признают определенные факты (admissions). Предмет запросов, как правило, очень широкий: хотя они формально и относятся к исковым требованиям (возражениям), но могут охватывать смежные области, где процессуальный оппонент стремится обнаружить факты, которые могут потенциально прямо или косвенно подорвать позицию другой стороны (fishing expeditions)¹.

При этом важно, что на стороне лежит обязанность раскрыть документы, подтверждающие не только те обстоятельства, на которых она основывает свои требования, но и обратные обстоятельства, установление которых может негативно сказаться на оценке ее позиции. Поэтому часто адвокаты сторон представляют тонны (и это не преувеличение, в особенности для крупных споров) различных документов. Задачей получающей стороны является подробный анализ таких документов и поиск в них положительной для своего дела информации, однако на тысячах страниц подчас сложно найти искомое. В связи с этим столь обильное раскрытие часто представляет собой тактический прием раскрывающей стороны, затрудняет поиск информации, выгодной для получающей стороны².

¹ *Blanke G. Document Production in International Arbitration: From Civil and Common Law Dichotomy to Operational Synergies // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2017. Vol. 83. Issue 4. P. 425–426 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.ciarb.org/media/1381/november-2017.pdf>).*

² *Access to Justice: Final Report. Ch. 12, para. 37 (<https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20060214041307/http://www.dca.gov.uk/civil/final/sec3b.htm#c12>); Kekenadze G. Dis-*

Указанная процедура применялась и в Великобритании практически до конца XX в., когда она была заменена на процедуру *disclosure*, предполагающую более лимитированное по объему раскрытие информации¹. Данная реформа была реакцией на доклад лорда Вульфа 1996 г., подвергшего критике *discovery* как не соответствующую интересам правосудия процедуру.

С конца 2015 г. в США действует новая редакция правила 26 Федеральных правил гражданского процесса (Federal Rules of Civil Procedure (FRCP))². Американский законодатель, в отличие от его английских коллег, решил не менять наименование данной стадии; объем раскрытия в США сократился, но крайне незначительно.

Одним из предложений, озвученных в ходе английской реформы, был полный отказ от раскрытия по примеру стран континентальной системы права, для которых данный механизм является чужеродным³. Во Франции, Германии или России, например, стороны представляют в государственный суд только доказательства, подтверждающие обстоятельства, на которых основаны их требования или возражения. На стороне не лежит процессуальная обязанность раскрыть документы, содержащие негативную для ее позиции информацию. Тем не менее другая сторона вправе обратиться в определенных случаях с ходатайством в суд о раскрытии противной стороной конкретных документов. Однако романо-германский механизм представления документов даже отдаленно не напоминает широкое раскрытие, практикуемое в США⁴.

covering Memo: A Document Production in International Arbitration: LL.M. Short Thesis. Central European University, 2016. P. 7–9 (доступно в Интернете по адресу: www.etd.ceu.hu/2016/kekenadze_giorgi.pdf).

¹ Основное различие заключается в том, что в рамках английского *disclosure* разрешены только запросы существующих документов, в то время как американские *depositions*, *interrogatories* и *admissions* недоступны.

² https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_26

³ *Elgueta G.R.* Understanding Discovery in International Commercial Arbitration Through Behavioral Law and Economics: A Journey Inside the Minds of Parties and Arbitrators // *Harvard Negotiation Law Review*. 2011. Vol. 16. P. 171. Это предложение не получило поддержки как чрезмерно радикальное.

⁴ *Astigarraga J.I., Peña Bernal E.J. de la*. 19. Cultural Considerations in Advocacy: Latin America // *The Guide to Advocacy* / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3rd ed. Law Business Research Ltd., 2018. P. 243.

Данные «культурные коды» необходимо учитывать при выборе арбитров¹, юридических представителей и согласовании процессуальных правил (приказов), применимых к конкретному третейскому разбирательству, поскольку в международный арбитраж его участниками экспортируются подходы к ведению дел, принятые в национальных государственных судах².

Традиционно в США арбитраж рассматривается как способ разрешения споров, исключающий процедуру *discovery*³, поскольку, в отличие от государственных судов, исторически он был призван разрешать споры быстро и с небольшими финансовыми затратами⁴. В литературе преобладает точка зрения, что американская концепция *discovery* несовместима с международным арбитражем⁵.

Процедура представления документов в международном арбитраже представляет собой симбиоз англосаксонской и континентальной традиций с некоторым превалированием первой⁶.

2. Источники правового регулирования представления документов в международном арбитраже

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (далее — Типовой закон), а также подавляющее большинство

¹ Yeo A., Yu Ch.S. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3rd ed. P. 189–190.

² Schneider M.E. 9. The Paper Tsunami in International Arbitration: Problems, Risks for the Arbitrators' Decision Making and Possible Solutions // Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 6) / T. Giovannini, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 698). ICC Pub., 2009. P. 366.

³ El Ahdab J., Bouchenaki A. Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers? // Arbitration Advocacy in Changing Times (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 15) / A.J. van den Berg (ed.). Kluwer Law International, 2011. P. 69; Elgueta G.R. Op. cit. P. 173–174.

⁴ D'Agostino M.R. Relaxing the Standard for Court-Ordered Discovery in Aid of Commercial Arbitration // Fordham Law Review. 1982. Vol. 50. No. 6. P. 1449–1451 (доступно в Интернете по адресу: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2539&context=flr>).

⁵ Зыков П.О. Международный арбитраж в Швеции: право и практика. М.: Статут, 2014. С. 136; Elgueta G.R. Op. cit. P. 180; Гребельский А.В. Раскрытие письменных доказательств в международном коммерческом арбитраже // Право и экономика. 2015. № 8. С. 72–73.

⁶ Lörcher T. Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3rd ed. P. 228.

национальных законов об арбитраже только в общем виде описывают полномочия третейских судов¹ в части вопросов доказывания.

Так, согласно ч. 2 ст. 19 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон об арбитраже) и п. 2 ст. 19 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА) при отсутствии специальных договоренностей сторон² третейский суд осуществляет арбитраж таким образом, какой он посчитает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значения любого доказательства.

Иными словами, на законодательном уровне, в отличие от национальных правил (кодексов) гражданского судопроизводства, третейским судам предоставлены широкие полномочия по установлению процедуры ведения разбирательства.

Все правила институциональных арбитражей, впрочем, как и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 2010 г., следуют тому же подходу, закрепляя высокую степень усмотрения третейского суда по вопросу процедуры рассмотрения спора.

Данный единообразный подход можно только приветствовать. Как минимум арбитраж продолжает оставаться незарегламентированной формой рассмотрения споров, предоставляя в первую очередь его сторонам и затем самому третейскому суду право устанавливать процедурные особенности разбирательства дела.

Порядок представления документов не является исключением из указанного правила³. В то же время арбитражными институтами⁴ и ассоциациями юристов разработаны и внедрены специальные пра-

¹ Термины «третейский суд» и «трибунал» используются по тексту настоящей работы как равнозначные.

² Известные автору арбитражные соглашения никогда не содержали положений о порядке представления документов.

³ *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 2332; *Blanke G.* Op. cit. P. 432–433.

⁴ См., например, Протокол о раскрытии документов и представлении свидетельских показаний в коммерческом арбитраже (Protocol on Disclosure of Documents & Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration) 2009 г., подготовленный Международным институтом по предотвращению и разрешению конфликтов (International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR)): <https://www.cpradr.org/resource-center/protocols-guidelines/protocol-on-disclosure-of-documents-presentation-of-witnesses-in-commercial-arbitration>.

вила, посвященные доказательствам в международном арбитраже. Пальму первенства среди них стоит отдать Правилам Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) 2010 г.^{1,2} (далее — Правила МАЮ), пришедшим на смену более ранним редакциям 1983 и 1999 гг. Как правило, они применяются в ходе арбитражных разбирательств в качестве норм «мягкого» права³.

Правила МАЮ рассматриваются в международном сообществе как инструмент рекомендательного характера, воспринявший лучшие традиции англосаксонской и континентальной правовых семей в области доказательств⁴. Действующая редакция Правил МАЮ учитывает озабоченность некоторых членов арбитражного сообщества касательно тренда на «американизацию» международного арбитража⁵.

В последнее время широкую огласку получили Пражские правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules))^{6,7} (далее — Пражские правила), совсем недавно разработанные в профессиональном сообществе при активном участии в том числе российских специалистов. Они основаны на инквизиционном подходе (проактивной роли третейского суда), пропагандируют принципиальный отказ от представления документов и предназначены прежде всего для использования в арбитражах романо-германского

¹ <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18>

² См. статистику: *Segesser G. von*. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Revised version, adopted by the International Bar Association on 29 May 2010 // *ASA Bulletin*. 2010. Vol. 28. Issue 4. P. 736.

³ *Hanessian G*. The Initial Hearing // *The Guide to Advocacy* / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3rd ed. P. 50.

⁴ *Blanke G*. *Op. cit.* P. 426–427.

⁵ *Clay A.St.* IBA Revised Rules of Evidence and Their Effect on International Arbitration (<http://arbitrateatlanta.org/wp-content/uploads/2012/04/IBA-Revised-Rules-of-Evidence-and-their-effect-on-International-Arbitration.pdf>). P. 2; *El Ahdab J., Bouchenaki A.* *Op. cit.* P. 98.

⁶ <https://praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>

⁷ См.: *Панов А.А.* «Пражские правила» — альтернативный подход к организации процесса в международном арбитраже // *Вестник международного коммерческого арбитража*. 2018. № 1(16). С. 76–91 <https://doi.org/10.32875/icar.2018.1.76> (со ссылками на иные материалы).

толка¹. Пражские правила были официально подписаны на совместном с “Global Arbitration Review” мероприятии 14 декабря 2018 г.

3. Регламентация процедуры представления документов

Так, в ст. 4.2 Пражских правил закреплено, что по общему правилу третейскому суду и сторонам рекомендуется избегать любой формы представления документов, в том числе электронного раскрытия. Таким посылом авторы Пражских правил, можно сказать, исключили стадию представления документов из периметра регулирования, хотя и разумно предусмотрели, что при наличии особых обстоятельств и по запросу стороны третейский суд может указать в процессуальном графике представление определенных документов в качестве самостоятельной стадии (ст. 4.3, 4.4).

В свою очередь Правила МАЮ шире и детальнее регламентируют данную процедуру. Статьи 3 и 9 подробно описывают действия сторон и третейского суда, их права и обязанности, а также юридические тесты, применимые к оценке запросов сторон, разрешению вопросов об исключении конкретных документов из объема запрошенных (представляемых) документов, и правила о негативных выводах вследствие уклонения стороны от представления документа². Подробнее некоторых из них рассматриваются ниже.

Как правило, отдельно стадия представления документов предусматривается в крупных (как с точки зрения цены спора, так и с точки зрения фактических обстоятельств) третейских разбирательствах. Критерий крупности, конечно, не является единственным: в спорах, где большинством доказательств обладает только одна сторона, также логично указать представление документов как отдельную стадию третейского разбирательства. Часто это корпоративные споры. Например, возникли разногласия о размере отложенного платежа, составляющего часть цены акций и рассчитываемого по формуле в зависимости от наступления тех или иных событий в деятельности компании в будущем (достижения определенных финансовых показателей, отсутствия пре-

¹ *Khvalei V.* The Prague Rules – Dispelling Misconception (22 November 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1177181/the-prague-rules-%E2%80%93-dispelling-misconceptions>).

² Пражские правила содержат аналогичное, но более краткое регулирование в части требований к запросу документов (ст. 4.5) и выводах третейского суда, противоположных позиции стороны, в случае непредставления ею потенциально неблагоприятного документа (ст. 10).

тензий налогового органа в течение трех лет и т.п.); разумно предположить, что прежний собственник соответствующей информацией и документами располагать не будет, поскольку контроль ранее перешел к новому собственнику. Другой пример – строительные споры, когда у подрядчика хранится большой объем проектной, исполнительской или иной документации, которая необходима для расчета стоимости произведенных работ и которая заказчику по тем или иным причинам ранее не передавалась. Ради достижения баланса интересов и соблюдения прав спорящих сторон третейский суд не должен отказывать в истребовании у стороны документов, оценка которых является ключевой для разрешения дела.

Стадия представления документов обычно следует за обменом сторонами первыми процессуальными заявлениями по существу (исковым заявлением и возражениями на него). В этот момент обеим сторонам становятся известны обстоятельства спора и соответствующие доказательства¹. Несмотря на это общее правило, особенности дела могут диктовать иной подход, состоящий в более раннем представлении сторонами документов. Иногда данная стадия выделяется в процедурных графиках и в рамках общей стадии рассмотрения вопроса о компетенции третейского суда, в особенности при разрешении инвестиционных споров². Например, государство оспаривает факт своего правопреемства из соглашения о защите капиталовложений, заключенного его правопродшественником, однако у инвестора объективно отсутствует доступ к дипломатической переписке государств, важной для разрешения вопроса о правопреемстве³.

В первом процессуальном приказе или ином равнозначном документе редко подробно описываются правила и особенности представ-

¹ *Пильков К.Н.* Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже: Научно-практическое пособие. Киев: Освита України, 2016. С. 460–461.

² Впрочем, инвестиционный арбитраж сейчас серьезно критикуется в том числе и за чрезмерно растянутую во времени стадию представления документов (см.: Возможная работа по реформированию системы урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ): Записка Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.149) (5 сентября 2018 г.) (<https://undocs.org/ru/A/CN.9/WG.III/WP.149>). С. 5 (п. 16)).

³ Вопрос о представлении документов, безусловно, может быть поставлен и после утверждения процессуального графика, когда по обстоятельствам рассмотрения спора разумно предположить наличие иных важных документов, отсутствующих в материалах дела. Например, в описанном случае стало очевидным, что государство приложило к своим возражениям по компетенции не все документы – раскрыло свою ответную ноту, но не представило первичную ноту другого государства.

ления документов, часто делается отсылка к Правилам МАЮ или иным аналогичным регламентам как обязательным либо рекомендованным к применению¹.

Для упрощения и стандартизации данной процедуры используется так называемая таблица Редферна, названная так в честь ее создателя, известного английского арбитражного специалиста Алана Редферна (Alan Redfern)². В инвестиционных арбитражах, и в особенности если в состав трибунала входит французский профессор Бриджит Штерн (Brigitte Stern), применяются и так называемые таблицы Штерн³.

Вместе с тем стоит помнить, что стороны могут обращаться к третейскому суду с ходатайствами о принудительном представлении документов оппонентом и вне рамок утвержденного процедурного графика. Такие ходатайства часто вызваны обнаружением важной информации в недавно поданных противной стороной процессуальных заявлениях, письменных свидетельских показаниях, отчетах экспертов или приложенных к ним документах. Например, из переписки с государственным органом истцом подан только один документ, а иные остались нераскрытыми.

Альтернативой такого рода ходатайствам может быть предварительное обращение с запросом напрямую к процессуальному оппоненту, а равно приглашение к раскрытию, включенное в ближайшее по времени процессуальное заявление. Последний способ запроса документов целесообразно использовать в случае нескольких раундов обмена про-

¹ Далее описан процесс представления документов, как он обычно применяется на практике. Безусловно, процедура может отличаться, порой значительно, от арбитража к арбитражу.

² По горизонтали запрашивающая сторона заполняет колонки, именуя испрашиваемый документ (категорию документов), обосновывая его относимость и существенность для разрешения дела; далее следует очередь противной стороны снабдить ту же строку возражениями (комментариями), далее — ответ запрашивающей стороны и, наконец, решение трибунала. В некоторых случаях предусматривается дополнительный раунд заполнения таблицы сторонами с целью включения новых пояснений. По вертикали запрашивающая сторона располагает и нумерует отдельные запросы различных документов (их категорий).

³ Запрос каждого документа (их категории) — это отдельная таблица, в которой столбцы, описанные в предшествующем сноске, являются здесь строками, т.е. расположены горизонтально, а не вертикально, как в таблице Редферна. Таблицы Штерн удобнее в использовании в случае обширных объяснений сторон: за счет горизонтального расположения исключается необходимость сужения размера столбцов, дабы поместить последующие объяснения сторон и решение трибунала в узкую по размерам ячейку (столбец).

цессуальными заявлениями, когда оппонент совместно с очередным письменным заявлением имеет возможность представить затребованные материалы, а запрашивающая сторона — прокомментировать их в своем процессуальном заявлении. Выбор наиболее приемлемой формы запроса, конечно, зависит от конкретных обстоятельств спора и самого разбирательства, стратегии и тактики ведения дела, а равно личностных и профессиональных характеристик представителей оппонентов и их предшествующего поведения. Вне сомнений, способы получения документов, не предполагающие вовлечения трибунала, ведут к меньшим временным и денежным затратам на проведение арбитража.

На данной стадии роль третейского суда является ограниченной и сводится к разрешению возражений в части объема и перечня запрошенных документов, а равно иных сопутствующих процессуальных вопросов. Если таких возражений не возникает (хотя подобный сценарий — редкий случай), третейский суд вообще фактически не участвует в данной стадии. Трибунал непосредственно не вовлечен и в анализ документов, которыми обмениваются стороны, поскольку они не предоставляют ему доступ к ним (не копируют в электронной переписке¹), и такие документы не становятся материалами дела в момент их представления другой стороне. По факту изучения стороной полученных документов она отбирает те из них, которые считает важными, и прикладывает их к своей очередной письменной позиции. В этот момент такие документы приобретают статус материалов третейского разбирательства, подлежащих в конечном итоге оценке трибуналом.

По факту разрешения поступивших возражений выносится процессуальный приказ, не подлежащий отдельному оспариванию в государственных судах. В нем приводятся краткие доводы в пользу принятия того или иного решения. Третейский суд может сузить объем раскрытия, например, уточнив категорию искомых документов, указав ограничительный временной период и т.п.

Далее стороны раскрывают друг другу документы к установленному моменту. Независимо от языка арбитражного разбирательства, документы представляются на языке оригинала без перевода², обычно

¹ В случае, когда члены третейского суда все-таки получают доступ к раскрываемым документам, им следует воздержаться от их анализа. В большинстве случаев в процессуальном приказе специально указывается на то, что членам третейского суда документы не направляются.

² К раскрываемым документам не подлежат применению и иные правила, установленные для оформления фактических и юридических приложений к процессуальным заявлениям сторонам (особая нумерация, распознаваемость слов в тексте и т.п.).

посредством выгрузки их электронных версий в виртуальное хранилище данных¹. В части привилегий и юридических запретов в тот же момент раскрывается список документов, которые сторона отказывается представить (*privilege log*), с указанием их основных исходных данных². Также документы порой раскрываются не полностью, с удаленными фрагментами³, на что получающей стороной тоже могут быть поданы возражения.

Романо-германской модели судопроизводства известен аналогичный, но не тождественный институт истребования доказательств⁴. Так, согласно ч. 4 ст. 66 АПК РФ сторона, которая не может самостоятельно получить доказательство от лица, у которого оно находится, вправе обратиться с соответствующим ходатайством в арбитражный суд (аналогичные положения содержатся в ч. 1 и 2 ст. 57 ГПК РФ). Правда, в российской судебной практике вопрос о том, применяется ли данная норма в отношении другой стороны, не разрешен окончательно. Имеются примеры, когда арбитражный суд истребует документы от ответчика по ходатайству истца (и наоборот), но существует и обратная судебная практика, ограничивающая круг лиц, которым может быть адресован запрос суда, только третьими лицами, *не* участвующими в деле. Российский законодатель также требует, чтобы запрашивающая сторона показала, что самостоятельно получить искомый документ она ранее не смогла или не может⁵. Стоит

¹ Если иное специально не установлено в процессуальных приказах, обычно электронные документы выгружаются с удалением метаданных, а сообщения электронной почты — в их оригинальном виде или в распечатанной и затем отсканированной форме. Юристы раскрывающей стороны часто идут на различные технические уловки, усложняющие процесс обработки: запреты на поиск слов по тексту документа, на копирование слов и фраз из документа и т.п.

² *Bishop R.D., Stevens M.* Document Exchanges and the Collision of Ethical Duties of Counsel from Different Legal Systems // *Players Interaction in International Arbitration* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 9*) / B. Hanotiau, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 737E). ICC Pub., 2012. P. 29.

³ В частности, нередко персональные данные физических лиц не подлежат раскрытию без их согласия в соответствии с нормами национального законодательства, например Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных».

⁴ См. подробнее: *El Ahdab J., Bouchenaki A.* Op. cit. P. 80–85.

⁵ В такой ситуации потребуются доказать факт обращения к определенному лицу без посредничества российского суда и факт отказа (игнорирования) в добровольном удовлетворении обращения, а равно указать на иные причины, препятствующие представлению документа.

признать, что современная романо-германская процедура истребования доказательств имеет больше сходств, чем различий, с моделью представления документов в международном арбитраже. Отличия разнятся от государства к государству и носят скорее «технический», уточняющий саму процедуру характер.

4. Критерии удовлетворения требования о представлении документов

Не все запросы о представлении документов удовлетворяются третейскими судами. В практике выработано несколько ключевых критериев, которым должен отвечать запрос. Они закреплены и в Правилах МАЮ.

4.1. Относимость

Запрашиваемый документ должен быть релевантным по отношению к обстоятельствам спора; как следствие, сложно сформулировать более четкое правило без индивидуальных характеристик дела. Так, в споре, где истец требует дать определенное толкование условию договора на основании норм применимого английского права, промежуточные версии договора не являются относимыми доказательствами, поскольку английский правопорядок исходит из общего правила, что содержание письменных договорных условий не может устанавливаться на основании указанных доказательств¹.

4.2. Существенность для разрешения спора

Документ должен быть значимым и важным для вынесения арбитражного решения. В литературе высказано мнение, что критерий относимости в конечном итоге поглощается существенностью², поскольку сама по себе относимость не имеет самостоятельного значения. По приведенному выше примеру очевидна правдивость данного аргумента: промежуточные версии договора несущественны для установления содержания условия договора (о чем просит истец и что требуется разрешить третейскому суду) с точки зрения английского права.

¹ *Beale H.G.* in: Chitty on Contracts / H.G. Beale (ed.). 32th ed. Sweet & Maxwell, 2015. P. 1084–1086.

² *Born G.B.* Op. cit. P. 2362; *Marghitola R.* Document Production: New Findings on an Old Issue // ASA Bulletin. 2016. Vol. 34. Issue 1. P. 80–81.

При формулировании запросов стоит обсудить их с привлеченным экспертом, который может оказать серьезную помощь в этом направлении¹.

4.3. Достаточность описания документа, а равно подробность описания конкретной узкой категории документов

В отличие от Правил МАЮ, Пражские правила запрещают запросы категорий документов, пусть даже и узко сформулированных, в чем составители последних видят их преимущество². Однако объективно встречаются ситуации, когда запрашивающая сторона не может идентифицировать документ (несколько документов) с достаточной точностью, и тогда на помощь приходит подход, воспринятый в Правилах МАЮ. Безусловно, грань между обоснованным запросом категории документов и тактикой *fishing expeditions* очень тонка³, и ее установление ложится дополнительным бременем на третейский суд. Тем не менее безоговорочный отказ от запроса категорий документов как общее правило вряд ли уместен — по крайней мере для сложных фактологических споров, в отношении которых оправданно использование Пражских правил⁴. При согласовании условия о применении тех или иных дополнительных правил сторонам необходимо учитывать такое принципиальное различие и на данном этапе изначально договориться о том, каким образом это правило будет работать в конкретном деле.

Как Правила МАЮ, так и Пражские правила необязательно применять в их текущей редакции, на что прямо указано их составителями. Иными словами, стороны или третейский суд вправе внести в них изменения, в том числе исключить право запрашивать категории документов или конкретные виды документов (например, внутреннюю переписку стороны).

В связи с активным использованием электронной переписки и электронных версий документов составители Правил МАЮ предусмотрели необходимость указать конкретные файлы, критерии поиска,

¹ *Haberman Ph.* 9. The Role of the Expert in Advocacy // The Guide to Advocacy / St. Jagusch, Ph. Pinsolle, A.G. Leventhal (eds.). 3rd ed. P. 131.

² Аналогичные предложения высказывались и ранее (см., например: *Elgueta G.R.* Op. cit. P. 189–190).

³ *Kekenadze G.* Op. cit. P. 33–34.

⁴ Are the Prague Rules the Answer? (7 January 2019) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1178803/are-the-prague-rules-the-answer>).

конкретных лиц или другие методы идентификации электронных документов эффективным и экономичным способом. Предложения по более детальному регламентированию в конечном итоге не были поддержаны¹. Проблемы, связанные с *e-disclosure*, разнообразны и масштабны², поэтому в рамках настоящего исследования остановимся на них кратко.

Как правило, именно с *e-disclosure* связаны основные затраты сторон на данной стадии: требуется приобрести и применить специальные программы поиска, задействовать десятки сотрудников (юристов и специалистов в области информационных технологий) или нанять провайдера, предоставляющего соответствующие услуги. Расходы в конечном счете могут превысить несколько миллионов рублей. В связи с этим *e-disclosure* часто используется как стратегический способ заставить другую сторону заключить мировое соглашение³.

4.4. Нахождение документов в распоряжении, ведении или под контролем оппонента

Как правило, этот факт явствует из описания запрашиваемого документа (например, он был создан или получен оппонентом), и запрашивающая сторона ограничивается общим заявлением об отсутствии в ее распоряжении соответствующего документа, которое она включает в текст запроса.

Важно отметить, что запрошен может быть именно уже существующий документ. В рамках данной стадии нельзя обязать сторону составить и представить некий новый документ, например, суммирующий сведения о закупках товаров за 10 лет⁴.

¹ Segesser G. von. Op. cit. P. 746.

² См., например: Пильков К.Н. Указ. соч. С. 464—470; Гребельский А.В. Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2017. С. 108—110.

³ Dimitrov D.M., Black D.U. Electronic Discovery in International Arbitration // International Arbitration in the United States / L. Shore, T.-H. Chend, J.E. La Chiusa, L. Schaner, M.V.J. Senn, L.-Y. Tan (eds.). Kluwer Law International, 2018. P. 364. О стратегии поведения сторон в процедуре *discovery* и экономическом подходе см. подробнее: Elgueita G.R. Op. cit. P. 176—181.

⁴ Стоит оговориться, что вне рамок указанной стадии, обычно ближе к слушаниям, третейские суды могут затребовать у сторон различного рода таблицы, суммирующие обширные данные (выкладки), представленные в ходе разбирательства в различных процессуальных заявлениях. Кроме того, принципиально нельзя исключать,

Указанный критерий является достаточно широким по объему. На практике часто возникает вопрос о его соблюдении в случае, если документ находится не непосредственно у процессуального оппонента, а у его аффилированного лица. В отношении документов дочернего общества вопрос стоит признать разрешенным на практике: требование контроля соблюдено¹. Сложнее обстоит дело с документами, находящимися в распоряжении или ведении контролирующего лица (материнской компании) или сестринской компании. В таком случае ответ на этот вопрос не столь очевиден и подлежит разрешению в зависимости от конкретных обстоятельств дела². С одной стороны, формально критерий контроля прямо не соблюдается. С другой стороны, внутригрупповые корпоративные отношения могут быть выстроены таким образом, что возражения по данному основанию по сути являются лишь тактической уловкой стороны, отказывающейся раскрывать документы (в особенности это касается непубличных компаний, контролируемых в конечном итоге одним бенефициарным владельцем)³. Дочерняя (сестринская) компания, к которой адресован запрос, как минимум должна показать, что она вела себя добросовестно и в рамках собственной группы предприняла меры, направленные на получение запрошенного документа, но они не увенчались успехом.

Необходимо помнить, что компетенция третейского суда по кругу лиц ограничена лицами, заключившими арбитражное соглашение. Однако данное фундаментальное правило в настоящее время претерпевает эволюционные изменения, прежде всего в свете доктрины «снятия корпоративной вуали» (*piercing the corporate veil*).

В части процедуры получения доказательств национальные законодательства предоставляют третейским судам право при посред-

что такие суммирующие таблицы, а равно иные документы, аналогичные американским *interrogatories*, могут быть запрошены и на данной стадии, однако такое право следует специально предусмотреть.

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 2366.

² *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 864; *Gritsch A., Riegler St., Zollner A.* The Taking of Evidence // The Guide to M&A Arbitration / A.C. Kläsener (ed.). Law Business Research Ltd., 2018. P. 47.

³ Бывают случаи, когда переговоры о покупке (продаже) активов ведутся менеджерами материнской компании, а под конец переговоров появляется иная компания из группы, которая выступает формальной стороной сделки. Апелляции такой стороны к критерию контроля в случае необходимости получения документов от материнской компании вряд ли по общему правилу стоит признать обоснованными.

ничестве государственных судов получать документы у лиц, не являющихся сторонами разбирательства¹. В США² и Великобритании национальные суды окажут поддержку третейским судам с местом рассмотрения споров за их пределами. В то же время в Швейцарии, как и в большинстве других государств, местные суды откажут трибуналам, рассматривающим споры вне ее территории, в предоставлении такой помощи³.

Российский законодатель пошел по швейцарскому пути, закрепив в ст. 74.1 АПК РФ⁴ право третейского суда, но только с местом арбитража на территории РФ (за исключением третейских судов *ad hoc*), обратиться в арбитражный суд с соответствующим запросом. В ст. 27 Закона о МКА и ст. 30 Федерального закона об арбитраже право обратиться с запросом в государственный суд предоставлено также стороне с согласия третейского суда. Упущением законодателя и несовершенством юридической техники стоит объяснять различия в правовом регулировании субъектного состава в перечисленных положениях федерального законодательства. В связи с этим правом на обращение в арбитражный суд стоит считать наделенной и сторону при наличии согласия третейского суда.

Вряд ли оправданно наделять сторону правом обращаться в государственный суд за содействием в получении доказательств, если такое поведение не санкционировано третейским судом. В противном случае (в отсутствие согласия третейского суда) государственный суд вторгается в его компетенцию. Также велик риск того, что рассмотрение соответствующего запроса может привести к задержкам в проведении третейского разбирательства. Тем не менее при наличии исключи-

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 2343.

² Удовлетворение запроса поставлено в зависимость от федерального округа, в суд которого будет обращаться третейский суд (см. подробнее: *Swerdloff N., Elul H., Baum A.* Arbitrators' Power to Sanction Non-Compliance in Discovery in International Commercial Arbitration // *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 18) / A.J. van den Berg (ed.). 2015. P. 238–240; *Commission J., Moloo R.* Procedural Issues in International Investment Arbitration. Oxford University Press, 2018. P. 129–130).

³ Такое правило воспринято в национальных законодательствах многих государств вслед за ст. 27 Типового закона. Правда, в данной статье прямо не говорится, что только государственные суды по месту нахождения третейского суда вправе рассмотреть соответствующий запрос, но считается, что авторы закона имели в виду такое ограничительное толкование. См.: *Born G.B.* Op. cit. P. 2420.

⁴ В ст. 63.1 ГПК РФ предусмотрено практически идентичное регулирование.

тельных обстоятельств американские суды могут удовлетворить такой запрос стороны и без санкции трибунала¹.

Встречаются случаи, когда документ может быть получен запрашивающей стороной, но действия, сопряженные с его получением, для нее необоснованно обременительны. С другой стороны, тот же аргумент может быть использован и стороной, у которой запрошен документ. В такой ситуации трибуналы руководствуются прежде всего принципами пропорциональности и справедливости²; безусловно, степень усмотрения третейского суда здесь достаточно высока.

5. Привилегии и юридические запреты

Другим нередко заявляемым возражением выступают юридический запрет или привилегия вследствие правовых или этических норм национального права: врачебная тайна, тайна переговоров о мирном урегулировании текущего спора, государственная (военная) тайна³ и др. Но в первую очередь речь идет, конечно, об адвокатской тайне и ее вариациях.

Так, согласно подп. 5 п. 4 ст. 6, ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» и ст. 6, подп. 4 п. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката (принят Первым Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г.) адвокаты обязаны хранить (не разглашать) адвокатскую тайну, за исключением случая освобождения от данной обязанности доверителем.

Аналогичные положения содержатся в национальных законодательствах иных государств, однако все они имеют те или иные особенности. Так, в США коммуникации между внутренним юристом компании и иными сотрудниками компании, содержащие юридическую консультацию, охраняются законом наравне с консультацией, полученной от внешнего юриста.

В международном арбитраже участвуют лица, относящиеся к разным юрисдикциям; нередко их юристы — как внешние, так и внутрен-

¹ *Lew J.D.M.* 1. Document Disclosure, Evidentiary Value of Documents and Burden of Evidence // *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 6*) / T. Giovannini, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 698). P. 24.

² *Marghitola R.* *Op. cit.* P. 84.

³ См. подробнее: *Commission J., Moloo R.* *Op. cit.* P. 123—125.

ние — подчиняются правовым режимам различных государств; подчас они осуществляют свою деятельность из офисов, расположенных не по месту нахождения их работодателя (доверителя). В таком случае возникает вопрос о том, каким правом регулируется режим охраны адвокатской тайны¹.

Принципиальным в этой связи видится ответ на вопрос, является ли право на привилегию материальным или процессуальным². Большинство исследователей сходятся во мнении, что оно имеет больше материально-правовых характеристик, нежели процессуальных³. Вследствие этого применение *lex arbitri* (права места арбитража) вряд ли оправданно⁴.

К регулированию режима привилегий и адвокатской тайны поэтому преимущественно применяется право государства, с которым наиболее тесно связано правоотношение, коим, как правило, признается право государства, в котором юрист вправе осуществлять свою деятельность⁵. Правила МАЮ также предлагают учитывать ожидания сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии, которые преимущественно указывают на право места деятельности юридического консультанта.

Однако установление третейским судом такого национально-го права как единственно применимого может нарушить принцип равенства сторон в международном арбитраже⁶. Предположим, что

¹ В отличие от Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (Гаага, 18 марта 1970 г.) либо Принципов трансграничного гражданского процесса 2004 г., которые ограничиваются простым перечислением основных видов привилегий, современные Правила МАЮ предлагают варианты разрешения связанных с ними проблем.

² *El Ahdab J., Bouchenaki A.* Op. cit. P. 104.

³ *Born G.B.* Op. cit. P. 2379; *Veeder V.V.* Are the IBA Rules “Perfectible”? // *Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 6*) / T. Giovannini, A. Mourre (eds.) (ICC Publication No. 698). P. 324–325.

⁴ *Veeder V.V.* Op. cit. P. 325–326.

⁵ В литературе рассматривается как минимум девять потенциальных вариантов определения применимого права (см.: *Niemelä H.* Legal Privilege in International Arbitration: Master’s Thesis. University of Helsinki, 2014. P. 16–18 (доступно в Интернете по адресу: <https://helda.helsinki.fi/bitstream/handle/10138/45284/Legal%20privilege%20in%20international%20arbitration%20NIEMELA.pdf?sequence=1>)).

⁶ *Park W.W.* Arbitration of International Business Disputes. Oxford University Press, 2006. P. 60–62; *Niemelä H.* Op. cit. P. 25, 70–73

истец — компания из Техаса (США), возражающая против раскрытия переписки между своим внутренним юристом и финансовым директором¹, а ответчик — компания из России, в отношении которой согласно законодательству РФ нет прямых запретов на раскрытие аналогичной переписки. Для разрешения данной проблемы в литературе и на практике альтернативно предлагается режим наибольшего благоприятствования, производный от принципа равенства и предполагающий, что в отношении всех сторон подлежит применению право государства, которое предоставляет наивысший стандарт защиты привилегии². В указанном примере — это право штата Техас. Правда, возникает вопрос, насколько такой вариант оправдан с точки зрения ожиданий сторон (их консультантов) в соответствующий момент времени в прошлом³. Большинство трибуналов будет скорее склонно применить наивысший стандарт — и в первую очередь в свете проблемы *due process paranoia*⁴.

Следует также проверить, отказалась ли сторона от привилегии ранее посредством согласия, раскрытия в прошлом, сознательного использования запрошенного документа. В случае установления такого намеренного поведения трибунал вправе в порядке исключения обязать представить запрошенный документ. Впрочем, встречаются ситуации, когда в ходе крупномасштабного раскрытия юрист раскрывающей стороны допускает ошибку и по неосторожности выгружает документ, содержащий охраняемую законом адвокатскую тайну. Вряд ли такое непреднамеренное поведение, замеченное другой стороной арбитражного разбирательства, следует рассматривать как

¹ В отличие от редакции 1983 г., действующие Правила МАЮ прямо не исключают внутренние документы из периметра представления документов.

² В литературе также выделен режим наименьшего благоприятствования, но автору никогда не приходилось встречаться с ним на практике. Скорее это больше теоретическая концепция, несовместимая с ожиданиями сторон и их консультантов на момент возникновения юридического запрета или привилегии.

³ *Shaughnessy P. Dealing with Privileges in International Commercial Arbitration // Scandinavian Studies in Law. Vol. 51: Procedural Law. Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2007. P. 466–467* (доступно в Интернете по адресу: <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/51-21.pdf>); *Born G. Op. cit. P. 2386–2387.*

⁴ Одним из ее аспектов является страх перед тем, что третейское решение не устоит при его оспаривании или приведении в исполнение вследствие нарушения фундаментальных основ правопорядка (публичного порядка) согласно ст. V(2)(b) Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

отказ (waiver), влекущий обязанность представить и иные подобные документы¹.

Другим нередко встречающимся возражением является конфиденциальность информации, содержащейся в документе. Хотя заседания третейского суда проводятся преимущественно в закрытом режиме, в случае с инвестиционным арбитражем нередки случаи открытых слушаний. Кроме того, выигравшая сторона может обратиться за принудительным исполнением третейского решения в государственный суд, и вследствие этого оно может стать общедоступным. Данные риски оцениваются сторонами при раскрытии конфиденциальных документов, и в случае их представления трибуналу могут быть предложены специальные механизмы сохранения в тайне такого рода информации. В то же время раскрытие конфиденциальной информации может нанести непоправимый урон стороне в случае ее представления процессуальному оппоненту — конкуренту на том же товарном рынке. В такой ситуации трибуналом может быть предоставлено право изучить документ в определенном месте только юридическим представителям другой стороны без права делать копии.

В случае наличия сомнений у третейского суда и по согласованию со сторонами может быть назначен рефери (независимый и беспристрастный специалист в соответствующей области), который выскажет мнение о наличии признаков соответствующего исключения, дающего права не раскрывать документ². Однако решение всегда остается за трибуналом³. Изучение самим третейским судом таких документов, в то время как запрашивающей стороне данная возможность не предоставлена, вряд ли оправданно⁴, поскольку получение не раскрытой другой стороне информации как минимум может подспудно повлиять на выводы трибунала в решении.

Во многих больших арбитражах стороны апеллируют к форс-мажорным обстоятельствам (пожару, затоплению и т.п.), а равно к правилам

¹ В рамках масштабного *e-disclosure* стороны порой заключают соглашения, позволяющие изъять у стороны документ, который был опротестован раскрыт другой стороной, в связи, например, с той же адвокатской тайной.

² *Marossi A.Z.* The Necessity for Discovery of Evidence in the Fact-Finding Process of International Tribunals // *Journal of International Arbitration*. 2009. Vol. 26. Issue 4. P. 526.

³ *Гребельский А.В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. С. 90–92.

⁴ Например, в Швеции следование такому порядку может потенциально привести к отмене третейского решения (см.: *Niemelä H.* Op. cit. P. 53).

хранения документов, в том числе сообщений электронной почты, как к основаниям непредумышленного уничтожения (утраты) документа. В части обстоятельств непреодолимой силы при наличии сомнений в правдивости такого рода объяснений запрашивающая сторона вправе потребовать представления более подробных объяснений и подтверждающих документов.

К правилам хранения документов относятся как локальные нормативные акты конкретной организации, так и нормативные правовые акты (законы и подзаконные акты), регламентирующие сроки хранения документов, периодической чистки ящиков электронной почты, удаления аккаунтов электронной почты выбывших сотрудников и т.п. В случае уничтожения документа в ситуации, когда арбитраж видится неизбежным, или в период разбирательства поведение стороны вряд ли можно признать добросовестным.

6. Негативные последствия уклонения от представления документов

В случае уклонения стороны от представления документов могут последовать неблагоприятные последствия: трибунал вправе наложить штраф, сделать негативный вывод в решении и (или) распределить арбитражные расходы против уклоняющейся стороны. Помимо этого, с психологической точки зрения у арбитров могут зародиться сомнения в достоверности и иных представленных ею доказательств, что в конечном итоге может оказать негативное влияние на общую оценку позиции данной стороны разбирательства.

Наименее применяемой формой реагирования является штраф, поскольку он редко закреплен в национальных законах. Яркими примерами являются Бельгия¹ и Франция²: третейский суд специально уполномочен оштрафовать виновную сторону.

Трибунал вправе сделать вывод о том, что нераскрытый документ был бы неблагоприятен для интересов этой стороны (*adverse inference*). Например, займодавец предъявил иск к заемщику о взыскании задолженности и процентов из договора займа; заемщик оспаривает, что он подписал договор займа и получил по нему денежные средства. Займодавец уклоняется от представления оригинала договора для проведения

¹ *Born G.B.* Op. cit. P. 2390.

² *Rizzo Amaral G.* Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart // *Journal of International Arbitration*. 2018. Vol. 35. Issue 1. P. 7.

экспертизы подлинности подписи, одновременно в материалах дела отсутствуют доказательства реальности сделки, а равно исполнения заемщиком иных условий договора займа (выплаты ежемесячных процентов и т.п.). При таких обстоятельствах у третейского суда есть все основания прийти к выводу о том, что договор не подписывался заемщиком.

Негативный вывод трибунал сможет сделать по ходатайству другой стороны; при этом следует также параллельно предложить конкретное последствие непредставления документа с точки зрения доказывания. В доктрине по данному вопросу предлагается применять так называемый тест Шарпа, названный в честь его автора, американского юриста Джереми Шарпа (Jeremy Sharpe), который включает в себя пять элементов. Так, запрос стороны, требующей сделать негативный вывод, должен отвечать следующим требованиям: 1) такой стороной представлены все доказательства, подкрепляющие негативный вывод; 2) у другой стороны есть доступ к данным доказательствам; 3) негативный вывод должен быть обоснованным, не противоречить фактическим обстоятельствам дела и потенциально логически следовать из типа (природы) удерживаемого документа; 4) такой стороной представлены доказательства *prima facie*; 5) вероятностное знание уклоняющейся стороны о том, что на ней лежит обязанность представить доказательства, опровергающие негативный вывод¹.

В литературе отмечается, что по своей сути неблагоприятные выводы не влекут перехода бремени доказывания на другую сторону и не снижают стандарт доказывания². Трибуналу не следует злоупотреблять данным правом³, но и не стоит потворствовать недобросовестному поведению стороны⁴. При рассмотрении вопроса о неблагоприятном для такой стороны выводе необходимо всесторонне и полно оценить все доказательства по спору, аргументы сторон и принять сбалансированное решение⁵.

Сторона, уклонившаяся от представления документа, может быть присуждена к возмещению части арбитражных расходов, про-

¹ Rizzo Amaral G. Op. cit. P. 11–27; Greenberg S. Adverse Inferences in International Arbitral Practice // ICC International Court of Arbitration Bulletin. 2011. Vol. 22. No. 2. P. 49 (доступно в Интернете по адресу: <https://uba.ua/documents/presentation/Greenberg.pdf>).

² Rizzo Amaral G. Op. cit. P. 12.

³ Marossi A.Z. Op. cit. P. 527.

⁴ Born G.B. Op. cit. P. 2393.

⁵ Marossi A.Z. Op. cit. P. 529.

порциональной, по мнению трибунала, такому недобросовестному поведению.

7. Заключение

Как и применительно к большинству вопросов, возникающих в арбитраже, решение в отношении представления документов как отдельной стадии зависит прежде всего от обстоятельств дела. Вряд ли обоснованно сразу и безоговорочно исключать данную стадию (в том числе и ограниченное *e-disclosure*), несмотря на то что это повлечет дополнительные трудозатраты и сопутствующие финансовые издержки. Соответственно, институциональные регламенты не должны заранее устанавливать одну из рассмотренных моделей представления доказательств как единственно правильную.

В проект процессуального приказа, рассылаемого для комментариев сторонам, можно включить несколько вариантов регулирования процесса доказывания, например, альтернативно предложив применять в качестве обязательных или рекомендательных Правила МАЮ либо Пражские правила. С учетом мнений и ожиданий сторон третейскому суду будет проще подойти к решению данного вопроса на самых ранних этапах арбитражного разбирательства. В случае взаимоисключающих позиций сторон следует использовать в качестве рекомендательных Правила МАЮ, поскольку заложенный в них подход к представлению доказательств является более гибким, а само регулирование данной стадии — более детальным и охватывающим более широкий круг вопросов, нежели иные известные автору аналоги. Нельзя исключать и вариант, при котором в первом процессуальном приказе будут воспроизведены нормы Правил МАЮ в части представления доказательств и нормы Пражских правил по остальным вопросам (свидетели, эксперты и др.), хотя такой сценарий маловероятен.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВАНИЯ ПРИМЕНЕНИЯ ПРАВИЛА О ПРЕЮДИЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

А.А. Костин*,
LL.M., кандидат юридических наук,
юрист юридической компании «Хренов и партнеры»

В статье исследуется применение правила о преюдиции в международном коммерческом арбитраже. Автором аргументируется, что п. 1 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе», а также ст. 69 АПК РФ и ст. 61 ГПК РФ непосредственно не распространяются на разбирательство в международном коммерческом арбитраже. Вместе с тем применение правил о преюдиции составом арбитров в отношении решений российских судов обусловлено необходимостью избежать нарушения публичного порядка и тем самым вынести исполнимое арбитражное решение. В статье также указывается, что состав арбитров вправе наделить преюдициальной силой решение иностранного суда, а также ранее вынесенное арбитражное (третейское) решение в силу полномочий по определению порядка рассмотрения дела (п. 2 ст. 19 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»).

Ключевые слова: преюдиция; доказывание; международный коммерческий арбитраж.



* Автор выражает свою самую глубокую признательность А.Н. Жильцову за редактирование финального текста настоящей статьи, Д.Л. Давыденко и Д.А. Андрееву — за ценные комментарии и важные советы, Д.С. Баяндину и А.В. Шалбановой — за предоставление литературы по французскому и белорусскому праву соответственно.

LEGAL GROUNDS FOR APPLICATION OF THE CONCLUSIVE EFFECT IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

ALEXANDER KOSTIN,
LL.M., Ph.D. in Law,
Associate at *Khrenov & Partners* Law Firm

The article analyzes the application of the issue preclusion rule with regard to various judicial acts in international commercial arbitration. The author argues that the provisions of Art. 6(1) of the Federal Constitutional Law No. 1-FKZ dated 31 December 1996 “On the Judicial System” as well as Art. 69 of the Arbitrazh [Commercial] Procedure Code and Art. 61 of the Civil Procedure Code do not apply to international commercial arbitration. However, application of the conclusive effect of the Russian court judgments is based on the necessity to avoid violation of the public policy and thus ensure rendering an enforceable award. The author further suggests that the arbitral tribunal may grant conclusive effect to a foreign judgment and / or to prior arbitral award due to the powers to conduct arbitration in the manner it considers appropriate (Art. 19(2) of the Law of the Russian Federation No. 5338-I dated 7 July 1993 “On International Commercial Arbitration”).

Keywords: conclusive effect; proof of facts; international commercial arbitration.



1. Введение

Со времен Древнего Рима к числу основных принципов, определяющих регулирование в сфере разрешения гражданских и коммерческих дел, относится необходимость обеспечения *финального характера* судебного разбирательства (*interest rei publicae ut sit finis litium*). Как отмечалось по данному поводу одним из выдающихся английских юристов — сэром Э. Коком (Sir Edward Coke) (1552–1634), отсутствие необходимых процессуальных правил привело бы к тому, что состоятельный, но недобросовестный истец мог бы постоянно предъявлять новые иски, вынуждая ответчика отказаться от принадлежащего ему субъективного права¹. Соответственно, финальный характер судебного решения обеспечивает стабильность гражданского оборота, а также процессуальную экономию².

В целях достижения задач, описанных выше, законодательством большинства государств предписывается, что факты, ранее установленные судебным решением, вынесенным по делу между теми же сторонами, не подлежат повторному доказыванию (*преюдиция (преюдициальная сила)* судебного решения)³. Так, согласно ст. 69 АПК РФ (ст. 61 ГПК РФ) сторона освобождается от доказывания соответствующих обстоятельств в следующих случаях: 1) когда они установлены вступившим в законную силу актом государственного арбитражного суда по ранее рассмотренному делу, в котором участвовали те же лица; 2) постановлением суда общей юрисдикции⁴ по вопросам об обстоя-

¹ *Ferrer's Case*, (1599) 6 Co. Rep. 7a, 9a, 77 ER 263, 266 (цит. по: *Campbell E. Res Judicata and Decisions of Foreign Tribunals* // *Sydney Law Review*. 1994. Vol. 16. No. 3. P. 311 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLawRw/1994/22.pdf>). Во французской доктрине указывается, что окончательный характер судебного процесса обеспечивает «покой семей и всего общества в целом» («*la paix des familles et de la société toute entière*») (см.: *Bléry C. L'efficacité substantielle des jugements civils* (= *Bibliothèque de droit privé*. T. 328) / Sous la dir de J. Héron. LGDJ, 2000. P. 121).

² *Завадская Л.Н.* Реализация судебных решений: теоретические аспекты / Отв. ред. М.С. Шакарян. М.: Наука, 1982. С. 27; см. также: *Yaffe N. Transnational Arbitral Res Judicata* // *Journal of International Arbitration*. 2017. Vol. 34. Issue 5. P. 795–834.

³ *Березий А.Е., Мусин В.А.* О преюдиции судебных актов // *Вестник ВАС РФ*. 2001. № 6 (СПС «КонсультантПлюс»); см. также: *Чечина Н.А.* Норма права и судебное решение / Ленингр. ордена Ленина гос. ун-т им. А.А. Жданова. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1961. С. 56.

⁴ «Под судебным постановлением, указанным в части 2 статьи 61 ГПК РФ, понимается любое судебное постановление, которое согласно части 1 статьи 13 ГПК РФ при-

тельствах, имеющих отношение к лицам, участвующим в деле; 3) приговором суда по уголовному делу по вопросам о том, имели ли место определенные действия и совершены ли они определенным лицом.

В силу того, что международный коммерческий арбитраж прочно занял свое место в качестве предпочтительного средства разрешения внешнеторговых споров, возникает ряд сложных вопросов, связанных с влиянием фактов, ранее установленных государственным судом (национальным или иностранным) или третейским сулом на текущее арбитражное разбирательство¹. В частности, в силу каких положений закона и (или) арбитражного регламента (*правовые основания*) допускается применение правила о *преюдиции*? Какие последствия влечет за собой неприменение (неправильное применение) данного правила в международном коммерческом арбитраже?²

В свете острой полемики, которая идет вокруг предмета настоящего исследования³, в настоящей статье мы рассмотрим влияние следующих категорий юрисдикционных актов на установление фактов составом арбитров: 1) решение российского суда; 2) решение

нимает суд (судебный приказ, решение суда, определение суда)...» (абзац третий п. 9 постановления Пленума ВС РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»).

¹ Под термином «факты» здесь и далее мы будем понимать фактические обстоятельства дела. Вопрос о влиянии выводов государственных судов (как национальных, так и иностранных) на действительность арбитражного соглашения выходит за рамки предмета настоящего исследования (см. подробнее по данному вопросу: *Асосков А.В.* Параллельные разбирательства в государственном суде и международном коммерческом арбитраже: связан ли проводимый в России международный коммерческий арбитраж актами иностранных государственных судов стран, с которыми Россия имеет договоры о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений? // *Международный коммерческий арбитраж.* 2007. № 4. С. 7–28).

² Отметим, что проблема применения правил о преюдиции в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже значительно шире и среди прочего включает в себя следующие вопросы: 1) конфиденциальность арбитражных решений, вынесенных по схожим делам; 2) состязательность процесса; 3) допустимость инициативы арбитров в установлении существования вынесенного ранее арбитражного решения, связанного с конкретным разбирательством; 4) иные связанные вопросы. Ввиду ограниченного объема данной статьи указанные вопросы будут освещены в последующих работах.

³ «Многосторонний арбитраж и параллельные разбирательства» — профессиональная дискуссия ведущих экспертов по международному арбитражу / Подготовили Д.С. Жуков, Ю.В. Попов // *Вестник международного коммерческого арбитража.* 2010. № 2(2). С. 310–311; см. также решение МКАС при ТПП РФ от 10 марта 2016 г. (дело № 163/2015) (СПС «КонсультантПлюс») («По мнению Ответчика, понятие преюдиции в международном коммерческом арбитраже не предусмотрено»).

иностранный суд; 3) решение международного коммерческого арбитражного суда¹.

2. Преюдициальный характер судебных и арбитражных решений в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже

2.1. Преюдициальный характер решений национальных судов в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже

В качестве вводного замечания отметим, что *преюдициальная сила (преюдициальность)* судебного решения (ст. 69 АПК РФ, ст. 61 ГПК РФ) представляет собой исключение из общего правила, согласно которому *сторона должна доказать обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений*. В доктрине отмечается, что данное правило проистекает из положений п. 1 ст. 6 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе» (далее — ФКЗ о судебной системе), согласно которому судебные решения, а также иные судебные акты являются *общеобязательными для всех без исключения* государственных органов, должностных и физических лиц (*общеобязательность судебного решения*). При этом нарушение правил о преюдиции влечет за собой отмену судебного решения в апелляционном порядке (п. 1—3 ч. 1 ст. 330 ГПК РФ, п. 2 и 3 ч. 1 ст. 270 АПК РФ).

В отличие от ГПК РФ и АПК РФ, правила о *преюдиции* не предусматриваются Законом РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» (далее — Закон о МКА), а также Федеральным законом от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (применительно к «внутренним» третейским судам). Вместе с тем в доктрине высказывается точка зрения, согласно которой факты, установленные национальным судом, являются обязательными для состава арбитров в силу п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе, а также корреспондирующих положений ч. 2 ст. 13 ГПК РФ и абзаца первого ч. 1 ст. 16 АПК РФ. Так, по мнению Н.Г. Елисеева, судебные решения, вступившие в законную силу, а также решения третейских судов, подлежащие принудительному исполнению, составляют часть национального правопорядка, которому подчиняется третейский суд (международный коммерческий

¹ Для целей настоящей статьи, если из контекста не следует иное, местом проведения арбитража является РФ.

арбитражный суд), в том числе в аспекте придания данным решениям преюдициальной силы¹. Отдельно в доктрине указывается, что отсутствие преюдициальной силы у российских судебных решений в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже равноценно умалению авторитета судебной власти².

Со своей стороны мы не можем полностью поддержать изложенный выше подход к действию судебного решения в рамках доказывания в международном коммерческом арбитраже. Так, при толковании п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе (ч. 2 ст. 13 ГПК РФ, абзац первый ч. 1 ст. 16 АПК РФ) надлежит учитывать, что согласно ст. 5 Закона о МКА «никакое судебное вмешательство не должно иметь места, кроме как в случаях, когда оно предусмотрено в настоящем Законе». Также п. 2 ст. 34 и п. 1 36 Закона о МКА устанавливается ограниченный перечень оснований отмены (отказа в признании или приведении в исполнение) арбитражного решения. В этой связи отметим, что теоретически неприменение (неправильное применение) правил о *преюдиции* в отношении решения российского суда может рассматриваться как: 1) несоответствие арбитражной процедуры соглашению сторон или федеральному закону; 2) нарушение публичного порядка. Далее надлежит подробнее рассмотреть содержание понятия «федеральный закон» (определяющий процедуру арбитража) для целей применения п. 2 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона о МКА.

В доктрине указывается, что понятие «*федеральный закон*» (п. 2 ст. 34 и п. 1 ст. 36 Закона о МКА), охватывает собой исключительно положения Закона о МКА³. Как отмечалось В.С. Поздняковым, нормы национального процессуального законодательства не распространяются на разбирательство в международном коммерческом арбитраже,

¹ Елисеев Н.Г. Доказывание в судебном производстве и арбитражном разбирательстве // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2(2). С. 41.

² Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 493; см. также: Безруков А.М. Преюдициальная связь судебных актов. М.: Волтерс Клувер, 2007 (СПС «КонсультантПлюс»).

³ Бардина М.П. Источники регулирования ведения разбирательства международным коммерческим арбитражем // Труды института государства и права РАН. 2017. № 1(59). С. 47–48 (доступно в Интернете по адресу: <https://cyberleninka.ru/article/n/istochniki-regulirovaniya-vedeniya-razbiratelstva-mezhdunarodnym-kommercheskim-arbitrazhem.pdf>); см. также: Бланке Г. Применение национальных гражданско-процессуальных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 3. С. 42.

которое регулируется исключительно положениями Закона о МКА¹. Из данного тезиса, на наш взгляд, следует, что указание в договоре на то, что он регулируется *материальным и процессуальным правом РФ*, не свидетельствует о намерении сторон субсидиарно применить к разбирательству в международном коммерческом арбитраже положения АПК РФ или ГПК РФ, включая нормы о преюдиции².

В практике арбитражных институций также поддерживается тезис о том, что положения российских процессуальных кодексов о преюдиции непосредственно не применяются в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже (решение МКАС при ТПП РФ от 5 ноября 1997 г. (дело № 2/1995)³). В указанном деле истец ссылаясь на то, что обстоятельства, установленные в рамках приговора по уголовному делу, являются обязательными для состава арбитров в силу ст. 55 ГПК РСФСР 1964 г. (аналог — ст. 61 ГПК РФ 2002 г.). Однако арбитрами было указано, что положения процессуальных кодексов о доказательствах касаются порядка установления обстоятельств по делу в государственных судах и не имеют прямого отношения к международному коммерческому арбитражу, где «ведение разбирательства определяется нормами третейского законодательства, не предусматривающего связанности третейского суда положениями ГПК и АПК».

В развитие нашего тезиса подчеркнем, что преюдициальный характер решений российских судов для разбирательства в международном коммерческом арбитраже также непосредственно не проистекает из п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе, которым устанавливается *обязательность* судебного акта для всех без исключения органов власти, а также юридических и физических лиц. В этой связи надлежит учи-

¹ Поздняков В.С. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации: Закон. Регламент. Комментарий / Всероссийская академия внешней торговли; Торгово-промышленная палата Российской Федерации. Секция права. М.: МЦФЭР, 1996. С. 14, 16; см. также: Turner P., Mohtashami R. A Guide to the LCIA Arbitration Rules. Oxford University Press, 2009. Para. 5.25 (“Art. 14.2 [LCIA Arbitration Rules 1998] does not mandate the tribunal to apply the civil procedure rules applicable at the place of arbitration or the civil procedure rules of any other jurisdiction”).

² В свете изложенного выше мы не можем согласиться с тезисом о том, что в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже на территории РФ субсидиарно применяются нормы АПК РФ или ГПК РФ (Каримуллин Р.И. Арбитраж корпоративных споров // Вестник международного коммерческого арбитража. 2016. № 2(13). С. 23).

³ СПС «КонсультантПлюс».

тивать, что согласно абзацу шестому п. 3.1 Постановления КС РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П¹ закрепление института преюдиции требует от федерального законодателя «соблюдения баланса между такими конституционно защищаемыми ценностями, как общеобязательность и непротиворечивость судебных решений, с одной стороны, и независимость суда и состязательность судопроизводства — с другой» (курсив мой. — А.К.). Из данного положения, на наш взгляд, следует, что высший орган конституционного контроля разграничивает понятия *общеобязательности* судебного решения (п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе) и его *преюдициальной силы*.

Отметим, что в доктрине также отмечается, что если бы преюдициальный характер судебных решений непосредственно проистекал из п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе, то у федерального законодателя отсутствовала бы необходимость устанавливать пределы законной силы судебного решения положениями АПК РФ и ГПК РФ². Подобный подход к толкованию правил о преюдиции также содержится в решении МАК при ТПП РФ от 20 апреля 2010 г. (дело № 7/2009)³. В указанном деле страхователь обратился с иском о взыскании страхового возмещения в связи с гибелью морского судна. В обоснование своих требований истец ссылался на то, что мореходное состояние судна подтверждается решениями судов общей юрисдикции о взыскании страхового возмещения по искам семей погибших членов экипажа со страховщика (т.е. ответчика по иску в МАК при ТПП РФ). По мнению истца, выводы судов общей юрисдикции относительно мореходного состояния судна являются обязательными для состава арбитров в силу п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе. Данный тезис был отклонен составом арбитров со ссылкой на то, что «принцип обязательности вступивших в силу судебных постановлений... направлен на обеспечение неукоснительного исполнения таких постановлений, но не на придание им какого-либо особенного доказательственного значения в рамках разбирательства

¹ Постановление КС РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 90 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобой граждан В.Д. Власенко и Е.А. Власенко» (СПС «КонсультантПлюс»).

² См.: Попов М.В. Проблема преюдиции решений и тождественности исков применительно к третейским судам // Третейский суд. 2001. № 2. С. 36–44; см. также: Абова Т.Е. Еще раз о третейском суде // Третейский суд. 2013. № 3. С. 147–156.

³ Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 2005–2010 годы / Сост. А.И. Лобода, Д.Б. Филимонов; Под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. М.: Статут, 2011. С. 174–186.

в международном коммерческом арбитраже»¹. Таким образом, анализ судебно-арбитражной практики подтверждает тезис о том, что выводы государственного суда не обладают преюдициальным характером в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже.

Отсутствие правил о преюдиции в Законе о МКА не препятствует составу арбитров освободить сторону от доказывания фактических обстоятельств, установленных решением российского суда. Подобное правомочие, на наш взгляд, следует из п. 2 ст. 19 Закона о МКА, согласно которому в отсутствие соглашения сторон об ином состав арбитров вправе осуществлять разбирательство таким образом, *какой он сочтет надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости любого доказательства*². Применительно к данному правомочию отмечается, что состав арбитров в рамках усмотрения, предоставленного ему законом, вправе разрешать споры по соответствующим вопросам, используя общие процессуальные подходы, нашедшие, в частности, отражение в АПК РФ и ГПК РФ (в том числе в аспекте преюдициальной силы)³. Аналогично в решении МКАС при ТПП РФ от 5 ноября 1997 г. (дело № 2/1995)⁴ указывается, что «[в] рамках предоставленного им процессуального усмотрения арбитры могут... разрешать соответствующие вопросы и сообразно общим процессуальным положениям» (курсив мой. — А.К.), т.е. в том числе положениям АПК РФ и ГПК РФ, касающимся преюдициальной силы.

Применение правил о преюдиции в первую очередь призвано обеспечить *исполнимость арбитражного решения* (так как *состав арбитров должен приложить максимальные усилия к тому, чтобы государственный суд не отменил арбитражное решение и (или) не отказал в его признании или приведении в исполнение*)⁵, а также существенно сократить процес-

¹ Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 2005—2010 годы. С. 185.

² См. о праве состава арбитров изменить стандарт доказывания: *Шемелин Д.А.* Изменение стандарта доказывания в международном арбитраже // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 1: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, Н.Г. Вилковой, Р.М. Ходыкина. М.: Инфотропик Медиа, 2013. С. 190—219.

³ Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации: науч.-практ. коммент. / Под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 117—118 (комментарий к § 26).

⁴ СПС «КонсультантПлюс».

⁵ См. подробнее о данной обязанности применительно к российской доктрине: *Плеханов В.В., Усоскин С.В.* Автономия международного коммерческого арбитража: к вопросу о координации между различными юрисдикциями в процессе признания

суальные издержки сторон¹. В этой связи отметим, что к числу основополагающих принципов российского права относится недопустимость параллельного существования юрисдикционных актов, обладающих равной юридической силой. Так, постановлением АС Московского округа от 18 мая 2017 г. № Ф05-5391/2017 по делу № А40-238930/2016² решение третейского суда было отменено со ссылкой на нарушение *принципа правовой определенности и обязательности вступившего в законную силу судебного акта* (т.е. нарушение публичного порядка), поскольку арбитрами не были учтены фактические обстоятельства, ранее установленные решением государственного арбитражного суда, вынесенного между теми же лицами.

На наш взгляд, нарушение принципа правовой определенности имеет место лишь в том случае, если состав третейского суда игнорирует выводы, содержащиеся в решении государственного суда, вынесенного между теми же сторонами. В этой связи мы не можем поддерживать правовую позицию, сформулированную в постановлении АС Московского округа от 19 ноября 2018 г. № Ф05-19328/2018 по делу № А40-82369/2018³ относительно отмены решения МАК при ТПП РФ от 20 февраля 2018 г. (дело № 17/2015). В рассматриваемом деле состав арбитров пришел к иным выводам относительно поломки двигателя морского судна, чем государственный арбитражный суд в постановлении АС Московского округа от 20 июля 2017 г. № Ф05-6744/2017 по делу № А40-76295/2017⁴. Однако надлежит учитывать, что разбирательство в МАК при ТПП РФ касалось спора между страхователем (Геологический институт РАН) и страховщиком (ОАО «ВСК»), в то время как процесс в государственном арбитражном суде касался взыскания убытков исполнителем (Геологический институт РАН) с за-

и приведения в исполнение решений международного коммерческого арбитража // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1(5). С. 31–60; см. также: *Чупрунов И.С.* Допустимость взыскания убытков из нарушения арбитражного или пророгационного соглашений // Вестник гражданского права. 2011. Т. 11. № 6. С. 62–101.

¹ См. подробнее: *Гребельский А.В.* Доказательства в международном коммерческом арбитраже: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. С. 1211 (доступно в Интернете по адресу: http://www.igpran.ru/prepare/a.persons/GrebelskiiAV/GrebelskiiAB_Dissertatsiya.pdf); см. также: *Yaffe N.* Op. cit.

² СПС «КонсультантПлюс».

³ СПС «Консультант Плюс».

⁴ СПС «Консультант Плюс».

казчика морских исследований (ООО «Моргеослужба»). В свете того, что субъектный состав и предмет исковых требований в рамках разбирательства в МАК при ТПП РФ и государственном арбитражном суде различался, мы полагаем, что состав арбитров был вправе дать иную оценку фактическим обстоятельствам дела. Другой подход означал бы, что решение государственного арбитражного суда обладает большим действием, чем это предусмотрено процессуальным законодательством (ст. 69 АПК РФ, ст. 61 ГПК РФ).

Отметим, что сходный подход к преюдициальной силе решений национальных судов в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже находит существенную поддержку в иностранной доктрине и судебной практике. Так, французским ученым Д. Ашером отмечается, что неприменение *императивных норм, действующих в государстве проведения арбитража*¹, может повлечь за собой отмену арбитражного решения по причине нарушения публичного порядка. Однако данные нормы непосредственно не регулируют процедуру арбитража². Равным образом в решении Апелляционного суда г. Парижа от 14 марта 2017 г. по делу № 15/19525 указывается, что неприменение (неправильное применение) составом арбитров правил о преюдиции в отношении решения государственного суда по общему правилу не может служить основанием отмены арбитражного решения, за исключением тех случаев, когда это приводит к возникновению двух юридических актов, содержащих взаимоисключающие выводы³.

¹ На наш взгляд, к подобным императивным нормам государства проведения арбитража относится п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе.

² *Hascher D. Principes et pratique de procedure dans l'arbitrage commercial international // Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 279. Martinus Nijhoff Pub., 2000. P. 80–81. http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrde_ej.9789041113979.051_193*

³ CA Paris, 14 mars 2017, n° 15/19525 (<https://www.doctrine.fr/d/CA/Paris/2017/C001BA27E86E55140C236>) (“Considérant que l'autorité de chose jugée n'est pas d'ordre public sauf au cours d'une même instance quand il est statué sur les suites d'une précédente décision irrévocable”); см. также: *Zajdela B. L'autorité de la chose jugée n'est pas d'ordre public sauf ..., note sous Paris, Pôle 1 – Ch. 1, 14 mars 2017 // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2017. N° 4. P. 1220* (“Ainsi, en principe, l'arbitre est fondamentalement libre face à la chose jugée (A) tant qu'il s'assure, comme le rappelle la Cour d'appel, de ne pas rendre une sentence inconciliable avec une décision déjà existante (B)”); *Seraglini Chr. Le droit applicable à l'autorité de la chose jugée dans l'arbitrage // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2016. N° 1. P. 51–75.*

В свете вышеизложенного полагаем, что в исключительных случаях состав арбитров, действуя в рамках полномочий, предоставленных ему п. 2 ст. 19 Закона о МКА, вправе не придавать преюдициального значения решению российского суда. В данном случае мы имеем в виду различные процессуальные злоупотребления, связанные с обращением в государственный суд в целях создания «фиктивной преюдиции»¹. Несмотря на высокую вероятность отмены подобного арбитражного решения, у стороны сохранится возможность его признания или приведения в исполнение в иных государствах на основании подп. «д» п. 1 ст. V Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)².

2.2. Преюдициальный характер решений иностранных судов в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже

Как было отмечено ранее, применение составом арбитров правил о преюдиции в отношении решения российского суда проистекает из необходимости обеспечить его *исполнимость* (duty to render enforceable award), а также связано с достижением *процессуальной экономии*.

Применительно к решениям иностранных судов отметим, что они сами по себе (de plano) не обладают действием в российской правовой системе. В данном случае требуется согласие РФ как государства местонахождения должника (его имущества) с наделением решения иностранного суда свойствами *законной силы* решения национального суда (*признание* иностранного судебного решения). Как отмечалось Л.А. Лунцем и Н.И. Марышевой, «[п]ризнать иностранное судебное решение — значит допустить, чтобы оно явилось подтверждением гражданских прав и обязанностей в том же смысле, как и решение национального суда»³. В судебно-арбитражной практике *признание* ино-

¹ См. подробнее о необходимости состава арбитров противодействовать процессуальным злоупотреблениям: *Reed L. Abuse of Due Process: Sword vs Shield // Arbitration International*. 2017. Vol. 33. Issue 3. P. 361–377 <https://doi.org/10.1093/arbitint/aix022>; см. также: *Gaillard E. Abuse of Process in International Arbitration // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. 2017. Vol. 32. Issue 1. P. 1–21. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw036>

² См. подробнее о праве суда игнорировать отмену арбитражного решения в государстве его вынесения: *Гольский Д.Г. Может или должен суд признать и привести в исполнение отмененное арбитражное решение в соответствии со ст. V Нью-Йоркской конвенции? // Закон*. 2017. № 10. С. 167–175.

³ *Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права. Т. 3: Международный гражданский процесс. М.: Юрид. лит., 1976. С. 168.*

странного судебного решения также характеризуется как «признание за ним свойств обязательности, неизменяемости, обеспеченной недопустимостью его обжалования (т.е. неопровержимостью) и недопустимостью нового решения по тому же иску (т.е. исключительностью), и одновременно введение его в действие на территории России»¹.

Важно учитывать, что действующим российским законодательством не предусматривается освобождение стороны от доказывания фактических обстоятельств, установленных иностранным судом (ст. 69 АПК РФ, ст. 61 ГПК РФ), даже в том случае, если оно подлежит *признанию* на территории РФ. Однако российские суды последовательно наделяют иностранные судебные решения *преюдициальной силой*, основываясь на том, что *признание* такого решения заключается в его полном приравнивании к решению национального суда. В частности, в Постановлении Президиума ВАС РФ от 15 октября 2013 г. № 8094/13 по делу № А40-55913/12-47-518² рассматривался вопрос о правовых последствиях решения суда г. Алматы (Казахстан) о признании недействительным соглашения о расторжении договора ипотеки недвижимого имущества на территории России. При новом рассмотрении дела Девятый арбитражный апелляционный суд указал, что данное иностранное судебное решение подлежит *признанию* на территории Российской Федерации в силу п. 1 ст. 52 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.). Таким образом, вывод казахстанского суда о недействительности договора ипотеки послужил основанием погашения записи в ЕГРН о расторжении договора аренды (т.е. иностранное судебное решение приобрело *преюдициальное значение* в российской правовой системе)³.

В силу того, что признание иностранного судебного решения характеризуется как его полное *приравнивание* к решению российского

¹ Постановление ФАС Московского округа от 24 июня 2010 г. № КГ-А40/5328-10 по делу № А40-24334/10-25-170 (СПС «КонсультантПлюс»).

² СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 31 марта 2015 г. № 09АП-5345/2015-ГК по делу № А40-55913/2012 (СПС «КонсультантПлюс»); см. также постановление АС Московского округа от 15 декабря 2017 г. № Ф05-17971/2017 по делу № А40-166745/16 (СПС «КонсультантПлюс») («Также суд указал, что в силу нематериального характера спора, а также положений статьи 6 вышеуказанного Соглашения от 20.03.1992 для признания преюдиции данного судебного акта приведение его в исполнение в рамках отдельного судебного процесса не требуется» (курсив мой. — А.К.)).

суда, оно становится в такой же степени обязательным для российских государственных органов, юридических и физических лиц. Применительно к международному коммерческому арбитражу это означает, что игнорирование выводов, содержащихся в решении иностранного суда (признанного в порядке ст. 409 ГПК РФ, ст. 241 АПК РФ или подлежащего признанию в порядке ст. 413 ГПК РФ, ст. 245.1 АПК РФ), с высокой долей вероятности повлечет его отмену по причине нарушения *публичного порядка*. Полагаем, что в таком случае российский суд будет ссылаться на то, что существование двух юрисдикционных актов равной юридической силы несовместимо с основами российского права (публичным порядком РФ)¹. В обоснование данного подхода сошлемся на практику иностранных судов. Так, в решении Федерального суда Швейцарии от 27 мая 2014 г. № 4A_508/2013 указывается, что нарушение публичного порядка имеет место в тех случаях, когда третейский суд выносит решение без учета фактических обстоятельств, установленных иностранным судебным решением, *подлежащим признанию в Швейцарии*².

В развитие указанного тезиса отметим, что состав арбитров, основываясь на полномочиях, предоставленных п. 2 ст. 19 Закона о МКА, вправе наделить решение иностранного суда преюдициальной силой в тех случаях, когда отсутствует договор о взаимном признании и исполнении иностранных решений, а также определение российского суда о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения (ст. 409 ГПК РФ, ст. 241 АПК РФ). Так, в деле № 24/2007³ МКАС при ТПП РФ рассматривался спор о взыскании задолженности по договору аренды недвижимого имущества (местонахождение — Финляндия), заключенного между российской и финской организациями. Одновременно с этим в суд первой инстанции г. Хельсинки (Финляндия) поступил иск о выселении ответчика из занимаемого помещения.

¹ По состоянию на 1 ноября 2018 г. случаи отмены арбитражного решения / отказа в выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение по данному основанию в российской правовой системе отсутствуют.

² BGer 4A_508/2013 vom 27.05.2014 E. 3.1 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/140527_4A_508-2013.html) (“Un tribunal arbitral viole l’ordre public procédural s’il statue sans tenir compte de l’autorité de la chose jugée d’une décision antérieure ou s’il s’écarte, dans sa sentence finale, de l’opinion qu’il a émise dans une sentence préjudicielle tranchant une question préalable de fond...”).

³ Дело № 27 (решение от 19.02.08) // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007–2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2010. С. 259–268; см. также: *Белякова Ю.В., Бахин С.В.* Государственные суды и международные коммерческие арбитражи: вопросы преюдиции (российская доктрина и практика) // Журнал международного частного права. 2015. № 2 (88). С. 13.

В рамках разбирательства в МКАС при ТПП РФ состав арбитров указал, что им *принимается во внимание решение суда первой инстанции г. Хельсинки в части установления факта неполной оплаты арендных платежей, а также исполнения обязанности по ремонту помещения*¹.

Изложенное выше, однако, не касается тех случаев, когда в признании или приведении в исполнение иностранного судебного решения было отказано на основании ст. 412 ГПК РФ или ст. 244 АПК РФ. В данном случае надлежит учитывать, что, согласно правовой позиции Европейского суда по правам человека, сформулированной в Постановлении по делу «Пеллегрини (Pellegrini) против Италии» (жалоба № 30882/96)², на государство возлагается обязанность не допускать признания иностранных судебных решений, нарушающих права и свободы, гарантированные Конвенцией о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)³. Из этого следует, что наделение преюдициальной силой иностранного судебного решения, в признании или приведении в исполнение которого было отказано на основании ст. 412 ГПК РФ или ст. 244 АПК РФ, может послужить причиной отмены соответствующего арбитражного решения в связи с *нарушением публичного порядка*.

В судебной-арбитражной практике зачастую возникает вопрос о необходимости приостановления арбитражного разбирательства в связи с тем, что в иностранном суде рассматривается дело, выводы которого могут повлиять на установление фактов составом арбитров (*lis alibi pendens*)⁴. Так, в деле № 48/2015⁵ МКАС при ТПП РФ рассматривался

¹ Дело № 27 (решение от 19.02.08). С. 264–265. Следует учитывать, что Договором между СССР и Финляндской Республикой о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (Хельсинки, 11 августа 1978 г.) допускается признание решений исключительно по семейным делам.

² http://www.rroi.narod.ru/echr/another_3/pellegrini.htm

³ См. подробнее: *Крохалев С.В.* Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. СПб.: Изд. дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. ф-та С.-Петерб. государственного ун-та, 2006 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁴ *Асосков А.В.* Параллельные разбирательства в государственном суде и международном коммерческом арбитраже: связан ли проводимый в России международный коммерческий арбитраж актами иностранных государственных судов стран, с которыми Россия имеет договоры о взаимном признании и приведении в исполнение судебных решений?; см. также: *Ануров В.Н.* Конфликт юрисдикций при оспаривании арбитражного соглашения. М.: Инфотропик Медиа, 2013 (СПС «КонсультантПлюс»).

⁵ Решение МКАС при ТПП РФ от 5 июля 2016 г. (дело № 48/2015) (СПС «КонсультантПлюс»).

спор из дистрибьюторского договора, заключенного между российской и немецкой организациями. В рамках арбитражного разбирательства немецкая организация (ответчик) ссылалась на то, что в Земельном суде г. Берлина (первая инстанция) рассматривается спор о правах на товарный знак, который имеет непосредственное отношение к предмету дистрибьюторского договора. Из данного обстоятельства, по мнению ответчика, следовало, что рассмотрение дела МКАС при ТПП РФ должно быть приостановлено до того момента, пока не будет вынесено решение указанного суда. Однако состав арбитров пришел к выводу о том, что спор между сторонами о правах на товарный знак не связан и не имеет значения для настоящего дела, в силу чего разбирательство в МКАС при ТПП РФ не подлежит приостановлению.

В иностранной судебной практике вопрос о применении концепции *lis alibi pendens* в связи с разбирательством в международном коммерческом арбитраже возник в деле *SCM Financial Overseas Ltd. v. Raga Establishment Ltd.*, рассмотренным Высоким судом Англии и Уэльса¹. В указанном деле компания “Raga Establishment Ltd.” (Кипр) инициировала разбирательство в Лондонском международном третейском суде (London Court of International Arbitration (LCIA)) (далее — ЛМТС) против компании “SCM Financial Overseas Ltd.” (Кипр) в связи с неполной оплатой покупной стоимости акций украинского оператора телефонной связи. Обосновывая неполную оплату акций, “SCM Financial Overseas Ltd.” ссылалась на результаты расследования, проведенного специальной комиссией правительства Украины, из которых следовало, что приватизация украинского оператора была проведена с серьезными нарушениями. Отдельно ответчиком (“SCM Financial Overseas Ltd.”) указывалось, что в Хозяйственном суде г. Киева рассматривается иск (представление) Генерального прокурора Украины о признании недействительной приватизации акций украинского оператора. Исходя из того, что разрешение спора о действительности приватизации имело прямое отношение к делу, рассматриваемому ЛМТС, “SCM Financial Overseas Ltd.” ходатайствовала о приостановлении арбитражного разбирательства до момента вынесения решения Хозяйственным судом г. Киева. В то же время состав арбитров указал, что в данном случае приостановление разбирательства привело бы к продолжительной неопределенности относительно его исхода. В свою очередь, возник-

¹ *SCM Financial Overseas Ltd. v. Raga Establishment Ltd.*, [2018] EWHC 1008 (Comm.) (доступно в Интернете по адресу: [https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2018/1008.html&query=\(raga\)\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Comm/2018/1008.html&query=(raga)))).

новение подобной неопределенности несовместимо с обязанностью арбитров обеспечить процедуру разрешения спора, позволяющую избежать возникновения ненужных временных и финансовых издержек (*duty to avoid unnecessary delay or expense*) (ст. 33(1)(b) Закона об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г.¹).

Впоследствии “SCM Financial Overseas Ltd.” оспорила решение ЛМТС в Высоком суде Англии и Уэльса со ссылкой на то, что отказ состава арбитров приостановить разбирательство до момента вынесения решения Хозяйственного суда г. Киева представляет собой существенное процессуальное нарушение (*serious irregularity*) согласно ст. 68 Закона об арбитраже 1996 г. В этой связи заявителем указывалось, что выводы украинского суда относительно соблюдения порядка приватизации оператора телефонной связи оказали бы непосредственное влияние на исход разбирательства в ЛМТС применительно к соблюдению условий договора купли-продажи акций. В качестве отдельного довода заявителем указывалось, что решение Хозяйственного суда г. Киева о признании недействительным порядка приватизации было вынесено спустя всего три месяца после завершения разбирательства в ЛМТС.

Применительно к наличию (отсутствию) обязанности арбитров приостановить разбирательство до момента вынесения решения иностранным судом Высокий суд указал, что решение Хозяйственного суда г. Киева, безусловно, являлось значимым, хотя и не определяющим доказательством в рамках разбирательства в ЛМТС. Однако на момент заявления ходатайства “SCM Financial Overseas Ltd.” о приостановлении арбитражного разбирательства у арбитров отсутствовала информация относительно сроков рассмотрения дела в украинском суде. В этой связи отказ состава арбитров в удовлетворении ходатайства о приостановлении арбитражного разбирательства является оправданным с точки зрения обязанности разработать процедуру разрешения спора, позволяющую избежать возникновения ненужных временных и финансовых издержек (ст. 33(1)(b) Закона об арбитраже 1996 г.).

Таким образом, анализ отечественной и иностранной судебной практики свидетельствует о том, что вопрос о приостановлении (отказе в приостановлении) арбитражного разбирательства в связи с рассмотрением дела в иностранном суде целиком остается на усмотрение состава арбитров, реализуемое в соответствии с п. 2 ст. 19 Закона о МКА, который наделяет третейский суд правом «осуществлять арбитраж таким образом, какой он считает надлежащим».

¹ <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

2.3. Преюдициальный характер арбитражных (третейских) решений в рамках разбирательства в международном коммерческом арбитраже

Вопрос о преюдициальной силе ранее вынесенных арбитражных решений неразрывно связан с подходом к правовой природе международного коммерческого арбитража, существующим в соответствующем государстве.

В этой связи отметим, что в ряде государств арбитражное решение с момента своего вынесения обладает теми же свойствами законной силы, что и решение национального суда (за исключением случаев его отмены национальным судом). Так, в соответствии с § 607 ГПК (Zivilprozessordnung (ZPO)) Австрии «[а]рбитражное решение имеет между сторонами силу судебного решения, вступившего в законную силу»¹.

Аналогичные правила устанавливаются абзацем первым ст. 1484 ГПК (Code de procédure civile (CPC)) Франции, в силу которой арбитражное решение обладает свойствами законной силы решения государственного суда в отношении разрешенного спора². Применительно к данной процессуальной норме в решении Международного арбитражного суда Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)) (далее — МАС МТП) от 2006 г. по делу № 13509 (место арбитража — Франция) указывается, что состав арбитров непосредственно не связан соответствующими положениями французского права, однако он вправе применять правовые концепции, непосредственно вытекающие из него, включая *правила о преюдиции*³. Таким образом, применение правил о преюдиции в отношении предшествующих арбитражных решений основывается на тех

¹ Гражданский процессуальный кодекс Австрии. Раздел четвертый. Арбитражное разбирательство (в ред. Закона об изменении арбитражного законодательства 2006 г., §§ 615, 616, 617, 618 в ред. Закона об изменении арбитражного законодательства 2013 г.) (СПС «КонсультантПлюс»); см. также: *Хегер С.* Комментарий к австрийскому арбитражному законодательству. 2-е изд. М.: Инфотропик Медиа, 2017 (комментарий к § 607 ГПК Австрии) (СПС «КонсультантПлюс»).

2 “La sentence arbitrale a, dès qu’elle est rendue, l’autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu’elle tranche” (https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?jsessionid=AF3971FCE8C1C62A73D6BBE6FDBBDAF7.tplgfr29s_1?idSectionTA=LEGISCTA000023421462&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180918); см. подробнее: *Jarrosson Ch.* L’autorité de chose jugée des sentences arbitrales // *Procédures*. 2007. Août. N° 8-9. Étude 17.

³ *Arnaldez J.-J., Derains Y., Hascher D.* Collection of ICC Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales de la CCI. Vol. VI: 2008–2011 (ICC Publication No. 748EF). Kluwer Law International; ICC Pub., 2013. P. 739.

же правовых принципах, что и в отношении решений национальных судов (см. подробнее выше, п. 2.1).

Однако в ряде государств статус арбитражных решений в национальной правовой системе и их влияние на текущее арбитражное разбирательство непосредственно не урегулированы. Применительно к данным государствам К. Содерлундом отмечается, что у состава арбитров отсутствует обязанность принимать во внимание предшествующее арбитражное решение *ex officio* в силу частноправовой (договорной) природы международного коммерческого арбитража¹. Равным образом английскими учеными А. Редферном, М. Хантером, Н. Блэкаби и К. Партасидесом указывается, что арбитражное решение само по себе не является *обязательным* (*binding*) в отношении последующих арбитражных разбирательств с участием сторон спора².

Вместе с тем анализ судебно-арбитражной практики свидетельствует о том, что состав арбитров вправе наделить предшествующее арбитражное решение преюдициальной силой, действуя в рамках полномочий, предоставленных п. 2 ст. 19 Закона о МКА. Применительно к Российской Федерации подобный вывод сформулирован в Определении ВС РФ от 24 июля 2017 г. № 305-ЭС17-8839 по делу № А40-203595/16³. В рассматриваемом деле⁴ состав арбитров МКАС при ТПП РФ признал преюдициальный характер выводов, содержащихся в решении МКАС при ТПП РФ от 18 августа 2015 г. (дело № 202/2014). Указанное обстоятельство послужило основанием для обращения в Арбитражный суд г. Москвы с требованием об отмене решения третейского суда по делу № 243/2015 по причине нарушения составом арбитров *принципа состязательности* как основополагающего принципа российского права (т.е. нарушения публичного порядка). Однако в удовлетворении данного ходатайства было отказано в связи с запретом (невозможностью) пересмотра выводов состава арбитров

¹ Söderlund Chr. *Lis Pendens, Res Judicata* and the Issue of Parallel Judicial Proceedings // Journal of International Arbitration. 2005. Vol. 22. Issue 4. P. 304 (“If a prior award exists, however, the subsequent tribunal would not have to take note of this *ex officio*”).

² В то же время рассматриваемыми авторами указывается, что факты, ранее установленные иным составом арбитров, оказывают существенное «косвенное воздействие» (“indirect effect”) на текущее арбитражное разбирательство (*Redfern A., Hunter M., Blackaby N., Partasides C. Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th ed. Sweet & Maxwell, 2004. P. 388).

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Решение МКАС при ТПП РФ от 13 июля 2016 г. (дело № 243/2015) (СПС «КонсультантПлюс»).

по существу, а также отсутствием иных оснований отмены арбитражного решения (ст. 34 Закона о МКА).

В рамках реализации полномочий, предоставленных п. 2 ст. 19 Закона о МКА, арбитры зачастую ссылаются на Рекомендации Ассоциации международного права в отношении доктрины *res judicata* и арбитража¹. Так, в п. 1 данных Рекомендаций указывается: «Для того чтобы способствовать эффективности и окончательности решений международного коммерческого арбитража, арбитражные решения должны обладать свойствами преюдициальности и исключительности (*conclusive and preclusive effects*) для дальнейших арбитражных разбирательств»². Применение указанных Рекомендаций имело место и в практике МКАС ТПП РФ. Так, в решении от 2 сентября 2013 г. (дело № 225/2012)³ состав арбитров признал преюдициальный характер решения МКАС при ТПП Украины в части определения порядка расчета штрафа по договору купли-продажи.

Последствия неприменения (неправильного применения) правил о преюдиции в отношении предшествующих арбитражных решений различаются в зависимости от правопорядка.

Так, в белорусской литературе описывается случай, когда в рамках разбирательства в МАС при БелТПП ответчик заявил встречный иск из договора подряда⁴. Однако в связи с финансовыми затруднениями

¹ Резолюция № 1/2006 «Международный коммерческий арбитраж» Ассоциации международного права. Приложение II Рекомендации в отношении доктрины *res judicata* и арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2. С. 104–106; см. также: *Асосков А.В.* Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике. С. 75–90; *Ly F. de, Sheppard A.* ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration // Arbitration International. 2009. Vol. 25. Issue 1. P. 67–82. <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.1.67>

² Резолюция № 1/2006 «Международный коммерческий арбитраж» Ассоциации международного права. Приложение II Рекомендации в отношении доктрины *res judicata* и арбитража // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2. С. 104; см. также: *Асосков А.В.* Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике; *Seraglini Chr.* Brèves remarques sur les Recommandations de l'Association de droit international sur la litispendance et l'autorité de la chose jugée en arbitrage // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2006. N° 4. P. 919–920.

³ СПС «КонсультантПлюс».

⁴ *Вабищевич Н.В., Кулаковский С.Л.* Преюдиция в решениях международного арбитражного суда (<https://normativka.by/lib/document/58816>).

по оплате арбитражного сбора встречный иск был заявлен на меньшую сумму, чем общий объем претензий. По результатам рассмотрения дела решение было вынесено в пользу ответчика (решение МАС при БелТПП № 1). Впоследствии ответчик по первоначальному иску заявил в МАС при БелТПП требование в пределах оставшейся суммы, не заявленной в рамках первоначального разбирательства. Однако в рамках второго разбирательства третейский суд по-иному оценил фактические обстоятельства дела, и в удовлетворении данного требования ответчика было отказано (решение МАС при БелТПП № 2). По результатам рассмотрения дела об отмене решения МАС при БелТПП № 2 Верховный суд Республики Беларусь пришел к выводу о нарушении составом арбитров принципов законности, обязательности и окончательности, вступившего законную силу решения международного арбитражного суда. Соответственно, решение МАС при БелТПП № 2 было отменено.

В российской правовой системе вопрос о *преюдициальном характере* арбитражного решения в отношении последующих разбирательств в международном коммерческом арбитраже был рассмотрен в Определении ВС РФ от 13 июля 2018 г. № 305-ЭС18-476 по делу № А40-118786/2017¹. В рассматриваемом деле между латвийским и российским акционерными обществами были заключены генеральное соглашение о поставке лекарственных средств, а также договор поставки, подписанный на его основании. В связи с наличием разногласий в отношении определения цены товара и порядка применения скидок латвийская компания обратилась с иском в МКАС при ТПП РФ о взыскании задолженности *по договору поставки* за 2015 г. По результатам рассмотрения дела требования латвийской компании были удовлетворены (решение МКАС при ТПП РФ от 19 октября 2016 г. (дело № 42/2016)²). В рассматриваемом арбитражном решении, в частности, указывалось, что общая сумма задолженности составляет 45 406 276 руб. 52 коп. *с учетом всех скидок*. Впоследствии российское акционерное общество обратилось с иском в МКАС при ТПП РФ о применении кредит-ноты (скидки) в размере 17,4%, *предусмотренной генеральным соглашением, в отношении покупной цены лекарственных средств за 2015 г.* Данное требование российской компании было удовлетворено составом арбитров (решение МКАС при ТПП РФ от 17 мая 2017 г. (дело № 176/2016)³).

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² СПС «КонсультантПлюс».

³ СПС «КонсультантПлюс».

В связи с тем, что решение МКАС при ТПП РФ от 17 мая 2017 г. (дело № 176/2016) не было добровольно исполнено, российское акционерное общество обратилось с заявлением о выдаче исполнительного листа, а латвийская компания — со встречным ходатайством о его отмене. Арбитражный суд г. Москвы, а также АС Московского округа в удовлетворении данного ходатайства отказали. Однако Судебной коллегией по экономическим спорам ВС РФ было указано, что нижестоящими судами не был проверен довод заявителя о нарушении составом арбитров принципов справедливости и соразмерности имущественного взыскания, а также *принципа законной силы судебного акта в части его окончательности и неопровержимости*. При новом рассмотрении дела Арбитражным судом г. Москвы было, в частности, указано, что *рассмотрением дела № 176/2016 после исчерпания конфликта третейским судом был нарушен принцип недопустимости повторного рассмотрения уже разрешенного дела*¹. Отдельно судом было отмечено, что повторное применение скидок (взыскание суммы по кредит-нотам) нарушает *принцип обязательности вступивших в силу судебных актов и принцип правовой определенности*. В этой связи в выдаче исполнительного листа в отношении решения МКАС при ТПП РФ от 17 мая 2017 г. (дело № 176/2016) было отказано по причине нарушения *публичного порядка*. На основании постановления АС Московского округа от 17 декабря 2018 г. № Ф05-16755/2017 по делу № А40-118786/2017² определение Арбитражного суда г. Москвы по данному делу было оставлено без изменений.

Со своей стороны мы не можем поддержать подход к толкованию понятия «публичный порядок» применительно к правилам о преюдиции в международном коммерческом арбитраже согласно Определению ВС РФ от 13 июля 2018 г. № 305-ЭС18-476 по делу № А40-118786/2017 и актам нижестоящих судов. В первую очередь обращает на себя внимание указание в определении Арбитражного суда г. Москвы от 25 сентября 2018 г. по делу № А40-118786/17-141-1102 на то, что рассмотрение дела № 176/2016 *после исчерпания конфликта третейским судом* нарушает принцип недопустимости повторного рассмотрения уже разрешенного дела. Из данной формулировки

¹ Определение Арбитражного суда г. Москвы от 25 сентября 2018 г. по делу № А40-118786/17-141-1102 (http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2c666580-b420-4687-9d9d-0ba1ebd3e49f/902ff5eb-5543-4e8c-b1cd-996efd4a7c2b/A40-118786-2017_20180925_Opreделение.pdf).

² СПС «КонсультантПлюс».

можно заключить, что любое решение международного коммерческого арбитражного суда, вынесенное по спору, вытекающему из того же правоотношения, что и предшествующее арбитражное решение, автоматически будет признано не соответствующим российскому публичному порядку. На наш взгляд, подобный подход государственных судов *нарушает право каждого на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом* (ч. 1 ст. 47 Конституции РФ). В этой связи отметим, что ни Закон о МКА, ни российские процессуальные кодексы не возлагают на стороны обязанность разрешить все споры в рамках одного разбирательства в международном коммерческом арбитраже (государственном суде)¹, тем более что предмет исковых требований в рамках указанных разбирательств в МКАС при ТПП РФ различался: если в деле № 42/2016 рассматривалось применение скидки по договору поставки, то в деле № 176/2016 — применение скидки по *рамочному договору*. В свете того, что разбирательство по делу № 176/2016 касалось соотношения рамочного договора и договора поставки, наличие решения по делу № 42/2016 само по себе не могло препятствовать рассмотрению дела № 176/2016 составом арбитров. Таким образом, концепция «исчерпания конфликта [между сторонами]» никак не может рассматриваться как элемент российского публичного порядка.

Теоретически решение по делу № 176/2016 могло бы быть отменено, если бы состав арбитров сознательно проигнорировал выводы, содержащиеся в решении по делу № 42/2016. Однако важно учитывать, что в рамках разбирательства по делу № 176/2016 представители ответчика (латвийской компании) никак не ссылались на существование решения по делу № 42/2016 и выводы, содержащиеся в нем. Равным образом в рамках производства по выдаче исполнительного

¹ В данном аспекте российское законодательство существенно отличается от английского (прецедентного) права, которым устанавливается, что сторона лишается права на инициирование нового судебного разбирательства в отношении тех требований, которые не были заявлены ею по причине ее небрежности, недосмотра, а также случайности (правило *issue estoppel*) (см.: *Henderson v. Henderson*, (1843) 3 Hare 100, 67 ER 313 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1843/845.pdf>); касательно применения данного правила в международном коммерческом арбитраже см.: *Williams D.A.R., Tushingham M. The Application of the Henderson v. Henderson Rule in International Arbitration* // Singapore Academy of Law Journal. 2014. Vol. 26. P. 1048–1049 (доступно в Интернете по адресу: <https://journalonline.academyPublishing.org.sg/Journals/Singapore-Academy-of-Law-Journal-Special-Issue/e-Archive/ctl/eFirstSALPDFJournalView/mid/513/ArticleId/327/Citation/JournalsOnlinePDF>)).

листа (дело № А40-118786/2017) представители ответчика не ссылались на то, что вынесение решения по делу № 176/2016 привело к возникновению двух юрисдикционных актов равной юридической силы, содержащих взаимоисключающие выводы. В этой связи мы не можем поддержать отмену решения МКАС при ТПП РФ от 17 мая 2017 (дело № 176/2016).

На наш взгляд, заслуживает внимания подход к преюдициальной связи арбитражных решений, сформулированный в решении Федерального суда Швейцарии от 29 мая 2015 г. № 4А_633/2014¹. В рассматриваемом деле возник спор из соглашения об ассоциации, заключенного между юридической фирмой (США) и присоединившимся партнером (гражданство — ФРГ). В соответствии с данным соглашением партнер приобретал право на получение годового бонуса при условии выполнения определенного объема клиентской работы, а также иного вклада в деятельность фирмы.

В связи с наличием разногласий относительно уплаты бонуса за 2009—2010 гг. партнер обратился с иском в МАС МТП (место арбитража — Франкфурт-на-Майне). По результатам рассмотрения этого дела состав арбитров пришел к выводу о том, что партнером не были соблюдены условия соглашения об ассоциации, и в удовлетворении данного требования было отказано (решение МАС МТП № 1).

Впоследствии партнером было инициировано новое разбирательство в МАС МТП о взыскании бонуса за 2011—2012 гг. (место арбитража — Цюрих). В рамках этого разбирательства юридическая фирма ссылалась на то, что в силу принципа *res judicata* третейский суд обязан следовать толкованию соглашения об ассоциации, ранее сформулированному в решении МАС МТП № 1. Однако состав арбитров отметил, что решение МАС МТП № 1 касалось взыскания бонуса за 2009—2010 гг., в то время как предметом данного разбирательства является взыскание бонуса за 2010—2011 гг. На этом основании третейский суд указал, что толкование соглашения об ассоциации, содержащееся в решении МАС МТП № 1, не является для него обязательным, и вынес решение в пользу истца (решение МАС МТП № 2).

В свою очередь американская компания (ответчик) обратилась с заявлением об отмене решения МАС МТП № 2 в Федеральный суд Швейцарии. В данном заявлении утверждалось, что в рамках разби-

¹ BGer 4A_633/2014 vom 29.05.2015 (http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/150529_4A_633-2014.html; перевод на английский язык: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/29%20mai%202015%204A%20633%202014.pdf>).

рательства МАС МТП № 2 состав арбитров должен был применить *автономную концепцию преюдициальной силы (international concept of res judicata)* арбитражного решения (т.е. концепцию преюдициальной силы, которая не связана ни с одним национальным правовым порядком). Согласно указанной концепции, арбитры должны учитывать не только фактические обстоятельства, но и их юридическую квалификацию, сформулированную в предшествующих арбитражных решениях. Как следствие, игнорирование юридической квалификации, содержащейся в решении МАС МТП № 1, по мнению ответчика, должно было служить основанием отмены решения МАС МТП № 2 в связи с нарушением *международного процессуального публичного порядка*.

Применительно к доводам заявителя Федеральный суд Швейцарии указал, что концепция *международного процессуального публичного порядка* охватывает основополагающие и общепризнанные процессуальные принципы, игнорирование которых влечет за собой последствия, несовместимые с концепцией правосудия. В частности, к случаям нарушения публичного порядка относится игнорирование *преюдициальной силы* предшествующего арбитражного или судебного решения. Вместе с тем действие иностранного арбитражного решения в пределах Швейцарии определяется швейцарским правом (*lex fori*), и в том числе практикой Федерального суда, согласно которой преюдициальным характером обладает только резолютивная, а не мотивировочная часть арбитражного решения. В свете того, что предмет исковых требований в рамках разбирательства МАС МТП № 1 и МАС МТП № 2 различался, Федеральный суд Швейцарии пришел к выводу, что решение МАС МТП № 2 не нарушает международный публичный порядок.

Со своей стороны отметим, что правовая позиция, сформулированная в решении Федерального суда Швейцарии от 29 мая 2015 г. № 4A_633/2014, заслуживает всецелой поддержки. Отказывая в применении «международной концепции» преюдициальной силы предшествующего арбитражного решения, высшая судебная инстанция тем самым обеспечила право арбитров на реализацию усмотрения в сфере оценки доказательств¹. При этом вынесение решения МАС МТП № 2 не привело к возникновению двух юрисдикционных актов, содержащих взаимоисключающие выводы. Остается надеяться, что анало-

¹ Mayer P. L'autorité de chose jugée des sentences entre les parties // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2016. N° 1. P. 105; см. также: Seraglini Chr. Ibid. P. 51–75.

гичный подход будет воспринят российскими судами и применение концепции «исчерпания конфликта третейским судом» в конечном итоге сойдет на нет в отечественной системе права.

3. Основные выводы

В завершение настоящей статьи сформулируем следующие из нее основные выводы.

Положения п. 1 ст. 6 ФКЗ о судебной системе, а также ст. 69 АПК РФ и ст. 61 ГПК РФ непосредственно не распространяются на разбирательство в международном коммерческом арбитраже на территории России. Как следует из анализа доктрины и правоприменительной практики, порядок разбирательства в международном коммерческом арбитраже урегулирован исключительно нормами Закона о МКА¹. Таким образом, по мнению автора, неприменение (неправильное применение) составом арбитров норм о преюдиции в отношении решения государственного суда не может служить основанием отмены арбитражного решения по причине его *несоответствия закону, определяющему процедуру арбитражного разбирательства* (абзац пятый подп. 1 п. 2 ст. 34 Закона о МКА).

На основании изложенного выше автор приходит к выводу о том, что применение правила о *преюдиции* представляет собой право третейского суда, проистекающее из общих полномочий по определению *допустимости, относимости и значимости любого доказательства* (п. 2 ст. 19 Закона о МКА). Реализация данного правомочия не должна приводить к нарушению обязанности арбитров по вынесению исполнимого арбитражного решения. Поскольку одновременное существование юрисдикционных актов равной юридической силы не соответствует российскому публичному порядку, составу арбитров надлежит придавать преюдициальное значение фактам, установленным решением государственного суда.

Применительно к решениям иностранных судов автором отмечается, что их действие в российской правовой системе обусловлено *признанием* в порядке ст. 409–415 ГПК РФ или ст. 241–245.1 АПК РФ. Вместе с тем отсутствие международного договора с государством, судом которого было принято соответствующее решение, или определения российского суда, вынесенного в порядке ст. 411 ГПК РФ или ст. 245 АПК РФ, не препятствует составу арбитров придать преюди-

¹ См., например, решение МКАС при ТПП РФ от 5 ноября 1997 г. (дело № 2/1997).

циальное значение фактам, установленным иностранным судом¹. Тем самым обеспечивается достижение процессуальной экономии, а также исполнимость арбитражного решения в иностранном государстве.

Наконец, анализ судебной практики свидетельствует о том, что третейский суд вправе освободить сторону от доказывания фактических обстоятельств, установленных иным арбитражным решением. Как отмечается в Определении ВС РФ от 24 июля 2017 г. № 305-ЭС17-8839 по делу № А40-203595/16, признание преюдициального характера ранее вынесенного решения третейского суда (международного арбитражного суда) не может рассматриваться как нарушение основополагающего принципа российского права — принципа состязательности.

В свою очередь игнорирование фактов, установленных иным составом арбитров, может служить основанием отмены соответствующего арбитражного решения по причине нарушения российского публичного порядка. Подобный вывод содержится в Определении ВС РФ от 13 июля 2018 г. № 305-ЭС18-476 по делу № А40-118786/2017, в котором указывается, что рассмотрение дела после исчерпания конфликта третейским судом нарушает принцип недопустимости повторного рассмотрения уже разрешенного дела. Применительно к обстоятельствам данного разбирательства подход ВС РФ вызывает определенную критику в связи с тем, что вынесение решения МКАС при ТПП РФ от 17 мая 2017 г. (дело № 176/2016) не привело к возникновению на территории РФ двух юрисдикционных актов равной юридической силы.

¹ См., например, решение МКАС при ТПП РФ от 19 февраля 2009 г. (дело № 24/2007).

НЕРЕШЕННЫЕ ВОПРОСЫ РЕФОРМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО НАЛОГОВОГО АРБИТРАЖА

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

На протяжении последних нескольких лет механизм урегулирования международных налоговых споров по договорам об избежании двойного налогообложения путем взаимосогласительной процедуры, включая налоговый арбитраж, подвергается существенному реформированию. Вместе с тем целый ряд вопросов международного налогового арбитража в ходе осуществляемой реформы пока не нашли своего окончательного разрешения. В статье представлен общий обзор проводимой реформы, включая объяснение ее причин и описание ее нынешнего состояния. Автор подвергает анализу нерешенные вопросы проходящей реформы: 1) степень участия налогоплательщика в процессе арбитражного разбирательства; 2) определение места проведения арбитража; 3) независимость арбитров; 4) окончательность и обязательность выносимых арбитражных решений; и 5) порядок приведения решений в исполнение. Предлагаемый анализ проводится с точки зрения возможностей эффективной защиты налогоплательщиками своих прав и законных интересов на основании соглашений об избежании двойного налогообложения и их сравнения с возможностями, предоставляемыми им при возникновении аналогичных споров соглашениями о поощрении и взаимной защите капиталовложений.

Ключевые слова: международный налоговый арбитраж; договоры об избежании двойного налогообложения; взаимосогласительная процедура; место проведения арбитража; независимость арбитров; Нью-Йоркская конвенция 1958 г.; соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений; Договор к Энергетической Хартии; Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС).

UNRESOLVED QUESTIONS OF INTERNATIONAL TAX ARBITRATION REFORM

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

Over the past several years, the mechanism for resolving international tax disputes under double tax treaties by means of a mutual agreement procedure, including tax arbitration, has undergone significant reform. At the same time, a number of issues of international tax arbitration in the course of the ongoing reform have not yet found their final resolution. The article provides a general overview of the ongoing reform, including an explanation of its causes and a description of its current state. The author analyzes the unresolved questions of the ongoing reform: 1) the degree of taxpayer participation in the arbitration process; 2) the determination of the seat of arbitration; 3) the independence of arbitrators; 4) the finality and binding nature of arbitral awards; and 5) the procedure for enforcing decisions. The proposed analysis is carried out from the point of view of the possibilities of effective protection by taxpayers of their rights and legitimate interests on the basis of agreements for the avoidance of double taxation, and comparing these possibilities with the opportunities provided to them in case of similar disputes by agreements for the promotion and reciprocal protection of investments.

Keywords: international tax arbitration; treaties for the avoidance of double taxation; mutual agreement procedure; seat of arbitration; independence of arbitrators; New York Convention of 1958; agreements for the promotion and reciprocal protection of investments; Energy Charter Treaty; International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).



1. Введение

Международный налоговый арбитраж можно определить как способ разрешения международных налоговых споров во внесудебном порядке лицами, назначаемыми сторонами соответствующего спора. Этот механизм традиционно используется на заключительном этапе так называемой взаимосогласительной процедуры между государствами – сторонами соглашения об избежании двойного налогообложения¹, основанной на ст. 25 Модельной конвенции Организации экономического сотрудничества и развития (Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) (далее – ОЭСР) в отношении налогов на доходы и капитал² (далее – Модельная налоговая конвенция ОЭСР) или ст. 25 Типовой конвенции ООН об избежании двойного налогообложения в отношениях между развитыми и развивающимися странами³ (далее – Типовая налоговая конвенция ООН). Помимо этого, возможность разрешения налоговых споров в порядке арбитража в Европейском Союзе прямо предусмотрена Конвенцией об устранении двойного налогообложения в связи с корректировкой прибыли ассоциированных предприятий⁴ (далее – Арбитражная кон-

¹ Инициатором взаимосогласительной процедуры является налогоплательщик, считающий, что действия одного или обоих государств – сторон соглашения приведут или приведут к его налогообложению не в соответствии с положениями применимого соглашения (см., например: *Farah E. Mandatory Arbitration of International Tax Disputes: A Solution in Search of a Problem* // *Florida Tax Review*. 2009. Vol. 9. No. 8. P. 707–708 (доступно в Интернете по адресу: https://papers.ssrn.com/abstract_id=1115178); *Kollmann J., Turcan L. Chapter 2: Overview of the Existing Mechanisms to Resolve Disputes and Their Challenges* // *International Arbitration in Tax Matters* (= *European and International Tax Law and Policy Series* / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). IBFD, 2015. P. 15–20 (доступно в Интернете по адресу: https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/WU_Global_Tax_Policy_Center/Ch2_Kollmann_Turcan.pdf); *Park W.W. Income Tax Treaty Arbitration* // *George Mason Law Review*. 2002. Vol. 10. No. 4. P. 808–809).

² Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version (at it read on 21 November 2017). OECD Pub., 2017. Art. 25 (p. 44–45). https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

³ Типовая конвенция Организации Объединенных Наций об избежании двойного налогообложения в отношениях между развитыми и развивающимися странами. Пересмотренное издание 2011 года. Нью-Йорк: ООН, 2013. Ст. 25 (с. 33–35) (https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateRu.pdf).

⁴ Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (90/436/EEC) // OJ. 1990. L 225. P. 10–24 (доступно в Ин-

венция ЕС), а также Директивой 2017/1852 Совета ЕС от 10 октября 2017 г. о механизмах разрешения налоговых споров в Европейском Союзе¹ (далее — Директива 2017/1852). Наконец, налоговые споры между иностранными инвесторами и государствами, в которых они осуществили свои инвестиции, могут рассматриваться в рамках инвестиционного арбитража на основании соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений².

На протяжении последних нескольких лет механизм урегулирования международных налоговых споров по договорам об избежании двойного налогообложения путем взаимосогласительной процедуры, включая налоговый арбитраж, подвергается существенному реформированию. В ходе данной реформы, начало которой было положено публикацией ОЭСР в 2013 г. Плана действий по борьбе с минимизацией налогообложения и выводением прибыли³ (далее — План действий ОЭСР), в нормативную базу международного налогового арбитража были внесены значительные изменения. Так, 1 июля 2018 г. вступила в силу Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения от 24 ноября 2016 г.⁴ (далее — Многосторонняя конвенция), включающая в себя часть VI «Арбитраж», специально посвященную международному налоговому арбитражу. Со своей стороны Совет ЕС 10 октября 2017 г. принял Директиву 2017/1852, призванную среди прочего устранить недостатки Арбитражной конвенции ЕС.

Можно ожидать, что в результате принятия Плана действий ОЭСР, отражающего стремление стран — участников ОЭСР увеличить налоговые поступления в свои бюджеты, число споров в данной области

тернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:41990A0436&from=EN>).

¹ Council Directive (EU) 2017/1852 of 10 October 2017 on tax dispute resolution mechanisms in the European Union // OJ. 2017. L 265. P. 1–14 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2017/1852/oj>).

² *Chaisse J.* Chapter 17: Arbitration in Tax Treaty Law and Arbitration under Bilateral Investment Treaties // *International Arbitration in Tax Matters* (= European and International Tax Law and Policy Series / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). P. 389–392.

³ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Pub., 2013. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>

⁴ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>).

между государствами и налогоплательщиками будет увеличиваться¹. В то же время анализ текста Многосторонней конвенции и Директивы 2017/1852 показывает, что целый ряд вопросов международного налогового арбитража в ходе осуществляемой реформы пока не нашли своего окончательного разрешения. В качестве наиболее важных среди них следует выделить: 1) степень участия налогоплательщика в процессе арбитражного разбирательства; 2) определение места проведения арбитража; 3) независимость арбитров; 4) окончательность и обязательность выносимых арбитражных решений; и (5) порядок приведения решений в исполнение. Соответственно, целью настоящей статьи являются анализ нерешенных вопросов указанной реформы с точки зрения возможностей эффективной защиты налогоплательщиками своих прав и законных интересов на основании соглашений об избежании двойного налогообложения и их сравнение с возможностями, предоставляемыми им при возникновении аналогичных споров соглашениями о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Этому анализу предшествует общий обзор проводимой реформы, включая объяснение ее причин и описание ее нынешнего состояния.

2. Реформа международного налогового арбитража: общий обзор

2.1. Причины реформы

Необходимость реформы арбитража в рамках соглашений об избежании двойного налогообложения объясняется наличием у существующей системы разрешения международных налоговых споров целого ряда существенных недостатков². Во-первых, эти соглашения не накладывают на компетентный орган государства, в который обратился налогоплательщик, какой-либо конкретной обязанности решить возникший спор или хотя бы начать взаимосогласительную процедуру, а лишь указывают на необходимость стремиться к нахождению решения³. Во-вторых, даже если такая процедура была начата

¹ Kollmann J., Turcan L. Op. cit. P. 20.

² Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. OECD Pub., 2015. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>

³ Типичным примером подобного подхода является ст. 25(2) Конвенции между Соединенными Штатами Америки и Швейцарской Конфедерацией об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на прибыль (Convention between the United

по требованию налогоплательщика, ее сторонами становятся только компетентные органы договаривающихся государств, в то время как он сам не принимает в ней какого-либо дальнейшего участия¹. В то же время по своей экономической природе спор, являющийся предметом взаимосогласительной процедуры, является «трехсторонним», поскольку его исход напрямую затрагивает не только размер суммы поступлений в бюджеты обоих государств, но и «карман» самого налогоплательщика².

В-третьих, большинство налоговых соглашений не устанавливают какого-либо предельного срока, в течение которого компетентные органы должны стремиться разрешить спор³. В-четвертых, далеко не все подобные соглашения содержат норму, аналогичную ст. 25(5) Модельной налоговой конвенции ОЭСР или ст. 25(5) (вариант В) Типовой налоговой конвенции ООН, которая предусматривала бы передачу возникшего спора на рассмотрение в арбитраж, если взаимосогласительная процедура не увенчалась успехом⁴. В-пятых, даже те налоговые соглашения, которые прямо предусматривают данную возможность, устанавливают, что спор может быть передан на рассмотрение в арбитраж только с согласия компетентных органов обоих государств, а также всех налогоплательщиков, права которых

States of America and the Swiss Confederation for the Avoidance of Double Taxation with Respect to Taxes on Income (signed at Washington, October 2, 1996, together with a Protocol to the Convention) (<https://www.irs.gov/pub/irs-trty/swiss.pdf>) (далее – Налоговая конвенция США – Швейцария)). Она предусматривает, что компетентный орган *будет стремиться, если он сочтет возражения обоснованными и если он сам не сможет прийти к удовлетворительному решению*, решить вопрос по взаимному согласию с компетентным органом другого договаривающегося государства с целью избежания налогообложения, не соответствующего положениям Конвенции.

¹ См., например: *Brown P.A.* Chapter 4: Enhancing the Mutual Agreement Procedure by Adopting Appropriate Arbitration Provisions // *International Arbitration in Tax Matters* (= *European and International Tax Law and Policy Series* / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). P. 89–90.

² *Tillinghast D.* Arbitration of Disputes under Income Tax Treaties // *Proceedings of the 97th Annual Meeting* (April 2–5, 2003) / *American Society of International Law*. Cambridge University Press, 2003. P. 107–108.

³ *Ibidem.*

⁴ Соглашение между Российской Федерацией и Швейцарской Конфедерацией об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал (Москва, 15 ноября 1995 г.) (в ред. Протокола о внесении изменений (Вашингтон, 24 сентября 2011 г.)) (https://www.nalog.ru/html/docs/conv/Switzerland_2.doc) (далее – Налоговое соглашение Россия – Швейцария), ст. 25.

затронуты¹. Без наличия такого согласия процедура досрочно прекращается, даже не доходя до своего заключительного этапа.

Отмеченные недостатки арбитража по двусторонним налоговым соглашениям во многом также присущи арбитражу в соответствии с Арбитражной конвенцией ЕС. Во-первых, в соответствии с ней компетентный орган обязан начать взаимосогласительную процедуру по обращению налогоплательщика, только если это обращение представляется ему достаточно обоснованным, и сам он не в состоянии прийти к удовлетворительному решению². Во-вторых, хотя Арбитражная конвенция ЕС устанавливает обязанность компетентных органов сформировать аналог арбитражного трибунала — совещательную комиссию, если взаимосогласительная процедура не увенчалась успехом в течение двух лет с момента обращения налогоплательщика, она не предусматривает какого-либо срока, в течение которого созданная комиссия должна высказать свое мнение по вопросу об устранении двойного налогообложения³.

Дополнительным недостатком налогового арбитража в рамках Арбитражной конвенции ЕС по сравнению с арбитражем в рамках налоговых конвенций является более ограниченная сфера его возможного применения. Так, Арбитражная конвенция ЕС может использоваться только при разрешении споров, связанных с возможным двойным налогообложением доходов ассоциированных предприятий⁴ (т.е. споров о трансфертном ценообразовании), а также с отнесением доходов к постоянному представительству⁵. Соответственно, она не охватывает целый ряд категорий наиболее типичных налоговых споров, связанных с двойным налогообложением⁶. К числу таких споров, остающихся за рамками Арбитражной конвенции ЕС, относятся, например, случаи применения законодательства о «тонкой капитализации»⁷, а также ситуации, когда отсутствие информации о действительном положении

¹ Налоговая конвенция США — Швейцария, ст. 25(6).

² Арбитражная конвенция ЕС, ст. 6(2).

³ Там же, ст. 7(1).

⁴ Там же, ст. 4(1).

⁵ Там же, ст. 4(2).

⁶ Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version (at it read on 21 November 2017). Commentary on Article 25 concerning the mutual agreement procedure. P. 431–432 (¶ 9).

⁷ Модельная налоговая конвенция ОЭСР, ст. 9 и 11(6).

налогоплательщика привело к неправильному применению соглашения, в частности, в том, что касается определения «постоянного местопребывания»¹, существования «постоянного представительства»² или временного характера работы по найму³.

2.1. *Нынешнее состояние реформы*

2.1.1. *Нововведения Многосторонней конвенции*

Несомненным достоинством Многосторонней конвенции является то, что она напрямую вносит изменения в налоговые соглашения соответствующего государства, которые будут указаны им при ее ратификации⁴. Подобный подход позволяет избежать необходимости ведения отдельных переговоров по каждому из них на двусторонней основе⁵. Вместе с тем отсутствие консенсуса между странами ОЭСР и Большой двадцатки (G20) по вопросу об использовании принудительного арбитража в качестве механизма разрешения споров в рамках взаимосогласительной процедуры привело к тому, что часть VI «Арбитраж» Многосторонней конвенции не является обязательной⁶. Соответственно, она будет действовать в отношении того или иного государства, если оно при ратификации Многосторонней конвенции направит уведомление о применении ее части VI к тем заключенным им налоговым соглашениям, на которые это государство согласно распространить действие Многосторонней конвенции, и если другая сторона соответствующего соглашения также сделает аналогичное уведомление⁷.

Часть VI Многосторонней конвенции вносит в арбитраж по налоговым соглашениям два принципиальных нововведения. Во-первых,

¹ Модельная налоговая конвенция ОЭСР, ст. 4(2).

² Там же, ст. 5.

³ Там же, ст. 15(2).

⁴ Многосторонняя конвенция, ст. 2(1)(a)(ii).

⁵ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. P. 24.

⁶ Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 – 2015 Final Report: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. P. 41 (¶ 62, 63).

⁷ При ратификации Многосторонней конвенции Российская Федерация не заявила о применении части VI (см.: Russian Federation: Status of List of Reservations and Notifications at the Time of Signature (<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-russia.pdf>)).

если компетентные органы договаривающихся государств не смогли разрешить возникший спор в течение двух лет с момента начала процедуры, определяемого в соответствии со ст. 19 Многосторонней конвенции¹, налогоплательщик имеет право требовать передачи спора на рассмотрение в арбитраж². В результате из факультативного этапа взаимосогласительной процедуры налоговый арбитраж превращается в ее обязательный этап. Во-вторых, Многосторонняя конвенция предусматривает возможность использования в процессе разрешения налоговых споров так называемого «арбитража окончательного предложения» (“final / last (best) / high-low offer arbitration”), также именуемого «бейсбольным арбитражем» (“baseball arbitration”)³, который заключается в выборе одного из двух предложений, представленных сторонами спора⁴. Поскольку арбитры не обязаны мотивировать свой выбор, можно ожидать, что использование данного метода приведет к сокращению времени рассмотрения споров и уменьшению стоимости проведения процедуры⁵.

2.1.2. Нововведения Директивы 2017/1852

К числу наиболее заметных нововведений Директивы 2017/1852 можно отнести, во-первых, значительное расширение сферы действия налогового арбитража в Европейском Союзе, охватывающего теперь любые споры между государствами — членами ЕС, возникающие из толкования и применения соглашений и конвенций об избежании двойного налогообложения⁶. Во-вторых, для разрешения споров Директива 2017/1852 предусматривает возможность создания двух типов комиссий, а именно Консультативной комиссии (Advisory Commis-

¹ Многосторонняя конвенция, ст. 19(8) и 19(9).

² Там же, ст. 19(1).

³ Там же ст. 23(1).

⁴ Petruzzi R., Koch P., Turcan L. Chapter 6: Baseball Arbitration in Comparison to Other Types of Arbitration // International Arbitration in Tax Matters (= European and International Tax Law and Policy Series / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). P. 139–142; Mitrovic L. L'arbitrage baseball: arbitrage ou mode alternatif de règlement? // Revue de l'arbitrage: Bulletin du Comité français de l'arbitrage. 2003. N° 4. P. 1167–1168.

⁵ См., например: Tulis B.A. Final-Offer “Baseball” Arbitration: Contexts, Mechanics & Applications // Seton Hall Journal of Sports and Entertainment Law. 2000. Vol. 20. No. 1. P. 86, 89 (доступно в Интернете по адресу: https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=sports_entertainment).

⁶ Директива 2017/1852, ст. 1.

sion) и Комиссии по альтернативному разрешению споров (Alternative Dispute Resolution Commission), формулирующих «мнение» (“opinion”) по предмету спора для его сторон¹. В отличие от Консультативной комиссии, которая может формулировать только мотивированные мнения, эта Комиссия свободна в выборе процедуры разрешения спора, включая возможность выбора «арбитража окончательного предложения»². В-третьих, Директива 2017/1852 устанавливает перечень критериев, используемых при решении вопроса о независимости членов комиссий³. В-четвертых, Директива 2017/1852 заметно расширяет возможности налогоплательщика по участию в арбитражном рассмотрении спора, предоставляя ему, в частности, право представлять Консультативной комиссии или Комиссии по альтернативному разрешению споров любую информацию, доказательства или документы, которые могут иметь отношение к выносимому решению, при условии согласия на это компетентных органов государств – сторон процедуры⁴. При наличии аналогичного согласия налогоплательщики также получают право выступать или быть представленными перед этими комиссиями⁵.

3. Реформа международного налогового арбитража: нерешенные вопросы

3.1. Степень участия налогоплательщика в процессе арбитражного разбирательства

Несмотря на то что экономические интересы налогоплательщика напрямую затрагиваются исходом арбитража, его возможности по участию в самой процедуре разбирательства, предусмотренные частью VI Многосторонней конвенции, по-прежнему остаются крайне ограниченными. Хотя именно налогоплательщик выступает инициатором передачи спора в арбитраж в том случае, если двум государствам не удалось урегулировать его по взаимному согласию⁶, он не становится стороной процедуры. Соответственно, налогоплательщик не получает прав,

¹ Директива 2017/1852, ст. 10(1).

² Там же, ст. 10(2).

³ Там же, ст. 8(4).

⁴ Там же, ст. 13(1).

⁵ Там же, ст. 13(2).

⁶ Многосторонняя конвенция, ст. 19(1).

обычно ассоциирующихся со статусом стороны в рамках арбитражного разбирательства, включая право участвовать в формировании состава третейского суда, право представлять свою позицию и право принимать участие в слушаниях дела¹. Притом что до начала арбитража налогоплательщик может предоставлять дополнительную информацию, если того потребуют компетентные органы государств — участников процедуры², Многосторонняя конвенция не предусматривает его права предоставлять такую информацию по своему усмотрению в процессе самого разбирательства. Наконец, согласно Многосторонней конвенции налогоплательщик вообще не имеет каких-либо возможностей обжаловать вынесенное арбитражное решение. Он может только отказаться признать соглашение между двумя государствами, направленное на исполнение решения, что, однако, повлечет за собой невозможность дальнейшего рассмотрения спора компетентными органами³. Кроме того, если в течение 60 дней с момента направления ему уведомления о достижении соглашения налогоплательщик не прекратит все продолжающиеся по данному вопросу судебные и административные процедуры в национальных судах, он будет считаться отказавшимся от его признания⁴.

Хотя Директива 2017/1852 также не рассматривает налогоплательщика в качестве стороны арбитражного разбирательства, по сравнению с Многосторонней конвенцией она наделяет его более широкими процессуальными возможностями, которые, впрочем, также являются весьма ограниченными. Так, хотя согласно Директиве 2017/1852 налогоплательщик имеет право представлять в процессе рассмотрения дела любую информацию, доказательства или документы, могущие иметь отношение к выносимому решению, он может осуществить его только с согласия компетентных органов сторон процедуры⁵. Аналогичным образом право налогоплательщика выступать или быть представленным на слушаниях тоже может быть осуществлено им только при наличии такого согласия⁶. Наконец, как и в случае с исполне-

¹ См., например: *Born G.B. International Arbitration: Law and Practice*. Kluwer Law International, 2012. P. 158–173.

² Многосторонняя конвенция, ст. 19(7).

³ Там же, ст. 19(4)(b)(i).

⁴ Там же, ст. 19(4)(b)(i).

⁵ Директива 2017/1852, ст. 13(1).

⁶ Там же, ст. 13(2).

нием решений по Многосторонней конвенции, согласно Директиве 2017/1852 для приведения окончательного решения в исполнение налогоплательщик должен в течение 60 дней с момента уведомления отказаться от всех способов правовой защиты, предоставляемых ему национальным законодательством¹.

Ограниченный характер прав налогоплательщика в рамках налогового арбитража уже неоднократно становился объектом критических замечаний, а также весьма разнообразных предложений, направленных на изменение сложившейся ситуации. Эти предложения включали в себя наделение налогоплательщика правом участия в арбитражном разбирательстве, однако без возможности назначать арбитра², предоставление ему более широких процессуальных прав³ и даже признание его стороной арбитражного разбирательства⁴. Тем не менее по состоянию на сегодняшний день ни одно из этих предложений не получило своего воплощения ни в тексте Многосторонней конвенции, ни в тексте Директивы 2017/1852.

3.2. Определение места проведения арбитража

Понятие «место проведения арбитража» (“seat of arbitration”) используется для обозначения привязки арбитража к определенной стране⁵. Следствием такой привязки является применение к разбирательству законодательства данной страны, в частности, в том, что касается процессуальных вопросов, не урегулированных его сторонами или используемым ими арбитражным регламентом, возможности обжалования вынесенного решения⁶. Кроме того, данное понятие используется для определения места вынесения решения для целей Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных

¹ Директива 2017/1852, ст. 15(4).

² *Park W.W.* Income Tax Treaty Arbitration. P. 831–833.

³ *Schmid P.* Tax Arbitration under the BEPS Convention: An Overview and Potential Pitfalls from a Swiss Perspective // *ASA Bulletin*. 2018. Vol. 36. Issue 2. P. 326–328.

⁴ *Perrou K.* Chapter 11: Participation of the Taxpayer in MAP and Arbitration: Handicaps and Prospects // *International Arbitration in Tax Matters* (= European and International Tax Law and Policy Series / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). P. 298–299.

⁵ См., например: *Born G.B.* Op. cit. P. 105–106; *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Comparative International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 2003. P. 172–173.

⁶ *Ibidem*.

арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.)¹ (далее — Нью-Йоркская конвенция).

Ни Многосторонняя конвенция, ни Директива 2017/1852, не содержат положений, определяющих место проведения налогового арбитража. Наличие данного пробела способно создать сторонам практические сложности в ходе разбирательства, удлиняя тем самым сроки рассмотрения спора. Возможность возникновения подобных проблем связана с тем, что в соответствии с Многосторонней конвенцией стороны арбитража по своему согласию определяют процедурные и операционные детали будущего процесса². Соответственно, при возникновении в процессе разбирательства вопроса, не урегулированного предшествующим соглашением сторон, арбитры не смогут найти на него ответ на основании законодательства страны места арбитража до того, как само это место будет определено. Возможным способом предотвращения указанных проблем могло бы стать включение места арбитража в перечень вопросов, подлежащих согласованию сторонами при обсуждении процедуры будущего разбирательства.

3.3. Независимость и беспристрастность арбитров

Независимость и беспристрастность лиц, рассматривающих спор, является одним из фундаментальных принципов рассмотрения любых споров, вне зависимости от их категории³. Являющееся прямым отражением этого принципа требование о независимости и беспристрастности арбитров прямо закреплено в тексте Многосторонней конвенции⁴, согласно которой каждое лицо, назначенное в арбитражную комиссию, должно быть беспристрастным и независимым

¹ Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Вена: ООН, 2016. Ст. V(1)(e) (с. 10) (доступно в Интернете по адресу: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-R.pdf>).

² Многосторонняя конвенция, ст. 19(10); Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (<https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>) (далее — Пояснительный доклад к Многосторонней конвенции). Р. 58 (¶ 230).

³ См., например: *Flick G.A.* Natural Justice: Principles and Practical Application. 2nd ed. Butterworths, 1984. Р. 147; *Escobar R.* Chapter 12: Arbitrators, Qualifications and Features // *International Arbitration in Tax Matters* (= European and International Tax Law and Policy Series / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). Р. 307.

⁴ Многосторонняя конвенция, ст. 20(2)(с).

от компетентных органов, налоговых администраций и министерств финансов договаривающихся юрисдикций, а также всех лиц, прямо затрагиваемых делом (равно как и их советников), во время принятия назначения, сохранять его (ее) беспристрастность и независимость на протяжении всего процесса и избегать любых действий в течение разумного периода времени после его окончания, которые могли бы поставить под сомнение беспристрастность и независимость арбитров в отношении процедуры разбирательства¹.

По сравнению с требованиями Многосторонней конвенции требования к независимости и беспристрастности членов Консультативной комиссии, предусмотренные Директивой 2017/1852, носят более ограниченный характер. Согласно Директиве 2017/1852 Консультативная комиссия должна состоять из председателя, одного или двух представителей от каждого компетентного органа государства — стороны спора, а также одного или двух авторитетных независимых лиц². Такие лица назначаются компетентным органом каждой из сторон или судом (другим уполномоченным органом или лицом) по требованию налогоплательщика, если Комиссия не была сформирована в течение 120-дневного срока с момента его обращения³. При этом кандидатуры должны выбираться из списка, составленного государствами-членами, каждое из которых назначает по крайней мере трех независимых лиц⁴.

За исключением случаев, когда назначение осуществляется судом или уполномоченным национальным органом, компетентный орган государства — стороны спора может возражать против назначения конкретного независимого лица по любому основанию, заранее согласованному компетентными органами, или по любому из следующих четырех оснований: а) такое лицо является сотрудником или работает от имени одной из вовлеченных в спор налоговых администраций либо находилось в подобной ситуации в любое время в течение последних трех лет; б) такое лицо имеет или имело имущественный вклад или права голоса либо же является или являлось работником или советником в любое время в течение последних пяти лет, предшествующих дате его назначения, применительно к любому затронутому спором лицу;

¹ Многосторонняя конвенция, ст. 20(2)(с).

² Директива 2017/1852, ст. 8(1).

³ Там же, ст. 6(1) и 7(1).

⁴ Там же, ст. 9.

с) такое лицо не предоставляет достаточной гарантии объективности при рассмотрении спора или споров, подлежащих разрешению; d) такое лицо является работником предприятия, которое предоставляет налоговые консультации или иным образом дает налоговые консультации на профессиональной основе либо находилось в подобной ситуации в любое время в течение по меньшей мере трех лет, предшествующих дате его назначения¹.

Как следует из данной формулировки, перечисленные основания для возражений против назначения независимых лиц к назначению представителей компетентных органов не применяются. Таким образом, Директива 2017/1852 прямо предусматривает вхождение в состав Консультативной комиссии лиц, являющихся представителями сторон спора. С точки зрения Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже² подобная ситуация однозначно представляет собой конфликт интересов, и она не может допускаться даже по соглашению сторон соответствующего спора³.

С другой стороны, в отношении Комиссии по альтернативному разрешению споров Директива 2017/1852 допускает, что по своему составу и порядку формирования она может отличаться от Консультативной комиссии, «за исключением правил, касающихся независимости ее членов», установленных в ст. 8(4) и 8(5) Директивы 2017/1852⁴. Из данной оговорки можно заключить, что ни один из членов Комиссии по альтернативному разрешению споров не должен являться представителем компетентного органа, ибо в противном случае он не сможет рассматриваться в качестве «независимого» в значении Директивы 2017/1852. Вместе с тем, поскольку окончательный выбор между двумя возможными типами комиссий осуществляется компетентными органами государств, налогоплательщик лишен возможности обеспечить рассмотрение возникшего спора органом, являющимся действительно независимым от его сторон.

¹ Директива 2017/1852, ст. 8(4).

² IBA Guidelines on Conflicts of Interests in International Arbitration (adopted by resolution of IBA Council on Thursday 23 October 2014). IBA, 2014 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=E2FE5E72-EB14-4BBA-B10D-D33DAFEE8918>).

³ Ibid. Part II: Practical Application of the General Standards. 1. Non-Waivable Red List. ¶ 1.1 (p. 20).

⁴ Директива 2017/1852, ст. 10(2).

Наконец, общей потенциальной проблемой для арбитражной комиссии, предусмотренной Многосторонней конвенцией, а также для обоих типов комиссий, предусмотренных Директивой 2017/1852, является отсутствие норм о порядке отвода члена комиссии при возникновении сомнений в его независимости и беспристрастности в ходе последующего рассмотрения дела¹. Соответственно, во избежание практических сложностей сторонам спора также следует урегулировать данный вопрос в процессе согласования деталей будущего разбирательства.

3.4. Окончателъность и обязательность выносимых решений

Одной из основных причин, по которой стороны соглашаются на рассмотрение возникающих между ними споров в порядке арбитража, а не в государственных судах, является их стремление к получению окончательного и обязательного решения, подлежащего обжалованию только в ограниченном числе случаев². С этой точки зрения положения Многосторонней конвенции, касающиеся характера выносимых решений, носят половинчатый характер. Подобный подход отражает отсутствие консенсуса между государствами — членами ОЭСР по вопросу необходимости обязательного налогового арбитража в качестве заключительного этапа взаимосогласительной процедуры. С одной стороны, согласно закреплению в Многосторонней конвенции общему правилу арбитражные решения являются окончательными и обязательными³. С другой стороны, при ратификации государство может сделать выбор в пользу применения ст. 24(2) Конвенции⁴. В соответствии с данной нормой арбитражное решение не является обязательным и не подлежит исполнению, если компетентные органы договаривающихся юрисдикций придут к соглашению об ином решении всех неурегулированных вопросов

¹ *Schmid P.* Op. cit. P. 326—328.

² *Moses M.L.* The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. 3rd ed. Cambridge University Press, 2017. P. 2—3; *Park W.W.* Why Courts Review Arbitral Awards? // Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century / Recht der Internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel / R. Briner, L.Y. Fortier, K.P. Berger, J. Bredow (eds.). Heymanns, 2001. P. 595—596 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.williamwpark.com/documents/Why%20Courts%20Review%20Awards.pdf>).

³ Многосторонняя конвенция, ст. 19(4).

⁴ Там же, ст. 24(1).

в течение трех календарных месяцев после получения арбитражного решения¹.

Со своей стороны Директива 2017/1852 прямо предусматривает право компетентных органов принять решение, которое будет отличаться от мнения (*opinion*) Консультативной комиссии или Комиссии по альтернативному разрешению споров. При этом если компетентным органам не удастся урегулировать спор, такое мнение становится обязательным для его сторон².

Подобная возможность отказаться от обязательного характера решений, предоставляемая государствам Многосторонней конвенцией, и отсутствие обязательного характера мнений обеих комиссий согласно Директиве 2017/1852 могут представлять собой существенный недостаток существующей процедуры налогового арбитража с точки зрения интересов налогоплательщика. Не являясь стороной разбирательства, он не связан выносимым решением и может отказаться от его признания³. Вместе с тем, иницилируя разбирательство и принимая в нем участие, хотя и в весьма ограниченной степени, налогоплательщик не может быть уверенным в том, что вынесенное в его пользу решение не будет подлежать последующему пересмотру. Таким образом, в своем нынешнем виде налоговый арбитраж не позволяет в полной мере удовлетворить ожидания налогоплательщиков, касающиеся окончательности и обязательности принимаемых решений.

3.5. Порядок приведения решений в исполнение

Согласно Многосторонней конвенции, после того как арбитражное решение вынесено, компетентные органы сторон спора должны заключить взаимное соглашение о порядке его исполнения, за исключением случаев, когда при ратификации Многосторонней конвенции государства отказались от обязательного характера выносимых решений⁴. При этом Многосторонняя конвенция не предоставляет налогоплательщику, по инициативе которого было начато арбитражное

¹ Многосторонняя конвенция, ст. 24(2).

² Директива 2017/1852, ст. 15(2).

³ Rust A. Chapter 16: How Final Are Arbitration Decisions? // *International Arbitration in Tax Matters* (= *European and International Tax Law and Policy Series* / M. Lang (ed.). Vol. 2) / M. Lang, J. Owens (eds.). P. 377–378.

⁴ Многосторонняя конвенция, ст. 19(4)(а) и 24; Пояснительный доклад к Многосторонней конвенции, ¶ 220.

разбирательство, права требовать исполнения решения. Соответственно, если государства не заключают взаимного соглашения о порядке исполнения решения или уклоняются от осуществления этого соглашения, налогоплательщик не имеет возможности обеспечить защиту своих интересов.

Иной подход к решению данного вопроса закреплен в Директиве 2017/1852. Поскольку полномочия Консультативной комиссии и Комиссии по альтернативному разрешению споров ограничиваются лишь формулированием «мнений»¹, по общему правилу не являющихся обязательными², под «окончательным решением» (“final decision”) Директива 2017/1852 понимает решения, принимаемые двумя компетентными органами уже после окончания процедуры налогового арбитража³. Согласно Директиве 2017/1852, если такое решение не было исполнено, лицо, права которого затрагиваются, может обратиться в компетентный суд государства, не исполнившего это решение, и потребовать его принудительного исполнения⁴. Таким образом, хотя «окончательное решение» не может рассматриваться в качестве «арбитражного», позиция налогоплательщика в отношении его исполнения согласно Директиве 2017/1852 выгодно отличается от его позиции в отношении исполнения арбитражных решений, выносимых в соответствии с Многосторонней конвенцией.

С целью повышения эффективности налогового арбитража в литературе уже многие годы обсуждается вопрос о возможности исполнения его решений на основании Нью-Йоркской конвенции. Высказанные по данному вопросу мнения значительно разделились — от обоснования возможности и целесообразности применения Нью-Йоркской конвенции в области налогового арбитража⁵ до выражения сомнений в отношении ее применимости⁶ и даже прямых возражений против этого⁷. Вместе с тем невозможность такого применения обычно

¹ Директива ЕС 2017/1852, ст. 14.

² Там же, ст. 15(2).

³ Там же, ст. 15(3).

⁴ Там же, абзац второй ст. 15(4).

⁵ *Park W.W.* Income Tax Treaty Arbitration. P. 867; *Tillinghast D.* Op. cit. P. 108–109.

⁶ *Altman Z.D.* Dispute Resolution under Tax Treaties (= Doctoral Series. Vol. 11). IBFD, 2005. P. 333.

⁷ *Schmid P.* Op. cit. P. 329–330.

обосновывается ссылкой на то, что в процессе реализации налоговых соглашений государства, обладая иммунитетом от юрисдикции и обращения взыскания, действуют в рамках осуществления своих суверенных полномочий (*iure imperii*)¹. Однако, как уже справедливо отмечалось в литературе, фактом своего согласия на рассмотрение налогового спора в порядке арбитража государство отказывается от данного иммунитета².

Другим возможным аргументом против применения Нью-Йоркской конвенции в области налогового арбитража является то, что, в отличие от коммерческого или инвестиционного арбитража, решения налогового арбитража подлежат исполнению только в государствах, являющихся сторонами соответствующего спора, но не по всему миру³. Вместе с тем практике известны случаи, когда государства в силу несогласия с вынесенным решением или иных причин отказываются от его добровольного исполнения. В подобной ситуации возможность обращения взыскания на имущество, принадлежащее данному государству, но находящееся за его пределами, способствовала бы повышению эффективности исполнения соответствующих решений и тем самым обеспечению интересов налогоплательщика.

Наконец, по своей природе споры по налоговым соглашениям могут являться предметом арбитражного рассмотрения в значении Нью-Йоркской конвенции⁴. С этой точки зрения принципиальные возражения против применимости Нью-Йоркской конвенции в данной области также отсутствуют. Вместе с тем ввиду наличия в Многосторонней конвенции прямого указания на исполнение арбитражного решения по взаимному согласию сторон без какого-либо упоминания Нью-Йоркской конвенции по состоянию на сегодняшний день ее применение в рассматриваемой сфере не предусматривается. Тем не менее это не лишает государства возможности согласиться на применимость Нью-Йоркской конвенции в процессе согласования деталей будущего разбирательства.

¹ Schmid P. Op. cit. P. 329–330.

² Park W.W. Op. cit. P. 850.

³ Tillinghast D. Op. cit. P. 108.

⁴ Park W.W. Chapter 10: Arbitrability and Tax // Arbitrability: International and Comparative Perspectives / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (eds.). Kluwer Law International, 2009. P. 179–206.

4. Выбор налогоплательщика между налоговым и инвестиционным арбитражем

4.1. Применение соглашений о поощрении и защите капиталовложений в сфере налогообложения

Наряду с защитой своих прав на основании соглашений об избежании двойного налогообложения при определенных условиях налогоплательщики могут использовать для этого двусторонние соглашения о поощрении и защите капиталовложений, а также многосторонние инвестиционные соглашения, в частности Договор к Энергетической Хартии¹ (далее — ДЭХ). Эти соглашения предусматривают защиту капиталовложений инвестора из одной договаривающейся страны в другой договаривающейся стране². Обычно такая защита включает в себя предоставление гарантий справедливого и равноправного режима капиталовложений³, а также полной защиты и безопасности⁴, запрет на экспроприацию, за исключением случаев, когда она осуществляется в общественных целях, на недискриминационной основе, в соответствии с надлежащей процедурой, установленной законодательством, и с выплатой незамедлительной, адекватной и эффективной компенсации⁵, требование о предоставлении ино-

¹ Договор к Энергетической Хартии и связанные с ним документы: правовая основа для международного энергетического сотрудничества. Брюссель: Секретариат Энергетической Хартии, 2004 (доступно в Интернете по адресу: <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-ru.pdf>).

² *Dolzer R., Schreuer Chr.* Principles of International Investment Law. 2nd ed. Oxford University Press, 2012. P. 13.

³ *McLachlan C., Shore L., Weiniger M.* International Investment Arbitration: Substantive Principles. 2nd ed. Oxford University Press, 2017. P. 296–297; Соглашение между Правительством Союза Советских Социалистических Республик и Швейцарским Федеральным Советом о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 1 декабря 1990 г.), ст. 4(1) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2228>); ДЭХ, ст. 10(1).

⁴ *Dolzer R., Schreuer Chr.* Op. cit. P. 160–166; Соглашение между Правительством СССР и Правительством Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Лондон, 6 апреля 1989 г.) (<http://docs.cntd.ru/document/1900078>) (далее — Инвестиционное соглашение СССР — Великобритания), ст. 2(2); ДЭХ, ст. 10(1).

⁵ *Reinisch A.* 11. Expropriation // The Oxford Handbook of International Investment Law / P. Muchlinski, F. Ortino, Chr. Schreuer (eds.). Oxford University Press, 2008. P. 410–417; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Сингапур о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Сингапур,

странным инвесторам национального режима¹ и обязательство принимающего государства соблюдать любые обязанности, которые оно приняло на себя в отношении капиталовложений инвесторов другой договаривающейся стороны (так называемая «зонтичная оговорка» (“umbrella clause”))².

Возможность использования налогоплательщиком двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений для защиты своих прав напрямую зависит от того, применяется ли конкретное соглашение к деятельности государства в области налогообложения³. С этой точки зрения, в зависимости от используемых ими формулировок, инвестиционные соглашения могут быть подразделены на три группы: соглашения первой группы прямо исключают вопросы налогообложения из сферы своего действия⁴; соглашения второй группы прямо предусматривают их применение в области налогообложения, но с некоторыми оговорками, которые могут касаться характера налоговых мер⁵, или изъятиями, связанными с определенными гарантиями, например национальным режимом⁶; наконец, соглашения третьей группы

27 сентября 2010 г.) (<http://docs.cntd.ru/document/902254046>) (далее — Инвестиционное соглашение РФ — Сингапур), ст. 5; ДЭХ, ст. 13(1).

¹ Bjorklund A.K. 21. The National Treatment Obligation // *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* / K. Yannaca-Small (ed.). 2nd ed. Oxford University Press, 2018. P. 532–533; Соглашение между Союзом Советских Социалистических Республик и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (Мадрид, 26 октября 1990 г.), ст. 5(4) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3448>); ДЭХ, ст. 10(7).

² Sinclair A.C. The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection // *Arbitration International*. 2004. Vol. 20. Issue 4. P. 411–413 <https://doi.org/10.1093/arbitration/20.4.411>; Yannaca-Small K. 16. The Umbrella Clause: Is the Umbrella Closing? // *Arbitration under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues* / K. Yannaca-Small (ed.). 2nd ed. P. 395–396; Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Дания о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Копенгаген, 4 ноября 1993 г.) (<http://mddoc.mid.ru/api/ia/download/?uuid=a9559ed6-eced-4b73-ae46-6b5b58cb610f>) (далее — Инвестиционное соглашение РФ — Дания), ст. 2(4).

³ Davie M. Taxation-Based Investment Treaty Claims // *Journal of International Dispute Settlement*. 2015. Vol. 6. Issue 1. P. 202–227. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idv005>

⁴ Инвестиционное соглашение РФ — Дания, ст. 11(3).

⁵ ДЭХ, ст. 21 («Налогообложение»).

⁶ Инвестиционное соглашение СССР — Великобритания, ст. 7(b).

прямо предусматривают их применение в сфере налогообложения без каких-либо оговорок и изъятий¹.

Как показывает практика, из числа гарантий, предусмотренных инвестиционными соглашениями, для защиты своих прав налогоплательщиком обычно используются запрет на экспроприацию², гарантии предоставления справедливого и равноправного режима капиталовложений³, а также гарантии предоставления национально-го режима⁴. Хотя по общему правилу налогообложение не является экспроприацией, согласно позиции арбитражного трибунала в деле *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, оно может признаваться косвенной экспроприацией, если соответствующий налоговый закон является чрезвычайным, карательным по размеру или произвольным по сфере своего действия⁵. В свою очередь справедливый и равноправный режим капиталовложений требует обеспечения стабильности правовой и коммерческой базы для инвестиций⁶. Нарушением такого режима в деле *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* трибунал признал изменения законодательства о налоге на добавленную стоимость при отсутствии какой-либо ясности в отношении их значения и масштабов, а также несовместимость практики и правил с данными измене-

¹ Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Republic of Kazakhstan and the Kingdom of the Netherlands (Hague, 27 November 2002), Art. 4 (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1784>).

² *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (21 November 2007), ¶ 250 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0037_0.pdf); *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, UNCITRAL, Award (3 February 2006), ¶ 177 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf); *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3467, Final Award (1 July 2004), ¶ 89 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf>); *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova*, UNCITRAL, Final Award (18 April 2002), ¶ 64 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0468_0.pdf).

³ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, Award, ¶ 205–213.

⁴ *Ibidem*; *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Final Award, ¶ 184.

⁵ *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, Award, ¶ 177.

⁶ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Final Award, ¶ 183.

ниями¹. Наконец, в соответствии с гарантией национального режима в отношении иностранных инвестиций не должен устанавливаться менее благоприятный режим, т.е. не должно быть дискриминации иностранных инвестиций по сравнению с национальными, когда они находятся в одинаковых ситуациях². В деле *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States* арбитражный трибунал признал нарушением этой гарантии установление в Мексике в 2002 г. 20%-го налога на прохладительные напитки и сиропы, использующие любые подсластители, кроме тростникового сахара. Следствием такой меры стало создание для сахарной отрасли Мексики налоговых преимуществ по сравнению с иностранными инвесторами, занятыми производством кукурузного сиропа с высоким содержанием фруктозы (high fructose corn syrup (HFCS))³.

4.2. Возможности налогоплательщиков в налоговом и инвестиционном арбитраже: сравнительный анализ

С точки зрения возможностей налогоплательщиков защитить свои интересы инвестиционный арбитраж предоставляет им целый ряд преимуществ по сравнению с налоговым арбитражем. Во-первых, поскольку сфера применения налоговых соглашений ограничивается прямо названными в них налогами, предметом рассмотрения в налоговом арбитраже могут являться только налоги на доходы и капитал⁴. Напротив, если инвестиционное соглашение не содержит каких-либо оговорок в отношении его применения в области налогообложения,

¹ *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, Final Award, ¶ 184; *Park W.W.* 12. Tax Arbitration and Investment Protection // *The Future of Investment Arbitration* / C.A. Rogers, R.P. Alford (eds.). Oxford University Press, 2009. P. 240–242.

² *Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award (27 October 2006), ¶ 128 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0148.pdf>); *Chaisse J.* Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution // *Virginia Tax Review*. 2016. Vol. 35. P. 202 (доступно в Интернете по адресу: https://works.bepress.com/julien_chaisse/75/download/).

³ *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States*, Award, ¶ 211.

⁴ Модельная налоговая конвенция ОЭСР, ст. 2(1). Согласно ее ст. 2(2) налогами на доход и капитал считаются все налоги, взимаемые с общей суммы дохода, общей суммы капитала или с отдельных элементов дохода или капитала, включая налоги на доходы от отчуждения движимого имущества, а также налоги на прирост стоимости капитала.

предметом арбитражного разбирательства по данному соглашению могут потенциально являться действия государства, касающиеся любых налогов. Более того, если в рамках налогового арбитража налогоплательщик может оспаривать лишь правильность применения действующих нормативных актов, в рамках инвестиционного арбитража он также может оспаривать изменения законодательства с точки зрения возможного нарушения стандартов защиты капиталовложений¹.

Во-вторых, в отличие от налогового арбитража, являющегося заключительным этапом взаимосогласительной процедуры разрешения споров между двумя государствами, инвестиционный арбитраж по соглашениям о защите капиталовложений носит самостоятельный характер. В зависимости от содержания конкретного соглашения, инвестиционные, включая налоговые, споры могут передаваться на рассмотрение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) (далее – МЦУИС) в соответствии с Конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.)² (далее – Вашингтонская конвенция) или, если спор не охватывается юрисдикцией МЦУИС, в соответствии с Дополнительными правилами 1978 г.³, Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ТПС) (Stockholm Chamber of Commerce (SCC))⁴,

¹ *Cavazos J.A.M.* Chapter 27: Arbitration of Tax Matters based on Bilateral Investment Agreements // OECD Arbitration in Tax Treaty Law (= Series on International Tax Law / M. Lang (ed.). Vol. 111) / A. Majdanska, L. Turcan (eds.). Linde, 2018. P. 622–623 (со ссылкой на: *Vodafone International Holding B.V. v. India*, PCA Case No. 2016-35 (<https://investment-policyhub.unctad.org/ISDS/Details/581>)).

² Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: ООН, 1973. С. 54–77 (доступно в Интернете по адресу: https://www.uncitral.org/pdf/russian/publications/sales_publications/Register_texts_vol_II.pdf).

³ ICSID Additional Facility Rules (ICSID/11) (April 2006) (https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/AFR_2006%20English-final.pdf). См., например: Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Объединенных Арабских Эмиратов о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Москва, 28 июня 2010 г.) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3440>), ст. 9(3); Инвестиционное соглашение РФ – Сингапур, ст. 9(2)(с).

⁴ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Каракас, 7 ноября 2008 г.), ст. 9(2) (<http://docs.cntd.ru/document/902168888>); Инвестиционное соглашение СССР – Испания, ст. 10(2).

международного арбитра или третейского суда *ad hoc*, назначаемого по специальной договоренности или создаваемого в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ¹.

В-третьих, в отличие от налогового арбитража, в инвестиционном арбитраже налогоплательщик является стороной спора, обладая всеми связанными с таким статусом правами и процессуальными возможностями, включая право на формирование состава третейского суда², а также право на непосредственное участие в разбирательстве³. В-четвертых, в отличие от решений налогового арбитража, решения инвестиционного арбитража носят окончательный характер и могут быть пересмотрены лишь при наличии определенных обстоятельств. В-пятых, решения налогового арбитража исполняются на основании индивидуального соглашения между государствами — сторонами спора, в то время как решения инвестиционного арбитража — на основании Нью-Йоркской конвенции или в случае арбитражных решений МЦУИС — на основании Вашингтонской конвенции⁴.

Вместе с тем по сравнению с налоговым арбитражем использование налогоплательщиком для защиты своих прав инвестиционного арбитража может представлять для него целый ряд существенных недостатков. Во-первых, рассматривая налоговые споры в рамках инвестиционного арбитража, трибуналы не заменяют собой суды или административные органы, контролирующие правильность применения национального налогового законодательства. Они заняты установлением того, имело ли место нарушение государством своих международных обязательств по защите капиталовложений, предусмотренных

¹ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (с новым пунктом 4 статьи 1, принятым в 2013 году). Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров. Нью-Йорк: ООН, 2014 (доступно в Интернете по адресу: <http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/arb-rules-2013/UNCITRAL-Arbitration-Rules-2013-R.pdf>). См., например: Инвестиционное соглашение СССР — Великобритания, ст. 8(3)(b).

² Вашингтонская конвенция, ст. 37(2); Арбитражный регламент Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма ТПС (https://sccinstitute.com/media/293617/skijedomsregler_2017_ru_web.pdf) (далее — Арбитражный регламент ТПС), ст. 17; Приложение III «Инвестиционные споры» к Арбитражному регламенту ТПС, ст. 2.

³ Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), Rules 29–38 // ICSID Convention, Regulations and Rules (ICSID/15) (April 2006) (<https://icsid.worldbank.org/en/documents/icsiddocs/icsid%20convention%20english.pdf>). Р. 114–117; Арбитражный регламент ТПС, ст. 32.

⁴ Вашингтонская конвенция, ст. 53–55.

инвестиционным соглашением или договором между государством и инвестором, охватываемым зонтичной оговоркой¹. Из этого следует, что бремя доказывания, возлагаемое на налогоплательщика для успешной защиты своих прав в инвестиционном арбитраже, гораздо тяжелее того бремени, которое он несет для инициирования взаимоголасительной процедуры в рамках налоговых соглашений.

Во-вторых, как показывает недавняя практика рассмотрения в порядке инвестиционного арбитража налоговых споров, в частности требований акционеров нефтяной компании «ЮКОС» к Российской Федерации на основании ДЭХ, с учетом гонораров адвокатов расходы на проведение разбирательства могут достигать десятков миллионов долларов². Соответственно, хотя в инвестиционном арбитраже налогоплательщик в качестве стороны спора имеет возможность личного участия в процессе его рассмотрения, обратной стороной такого участия является возможность возложения на него издержек, связанных с разбирательством, в случае проигрыша³. Таким образом, в отличие от налогового арбитража, иницируя который налогоплательщик может особо не задумываться о финансовых последствиях в случае неблагоприятного исхода дела, в инвестиционном арбитраже этот фактор приобретает определяющее значение и требует тщательной предварительной критической оценки шансов на успех.

¹ *Chaisse J. Investor-State Arbitration in International Tax Dispute Resolution: A Cut above Dedicated Tax Dispute Resolution.* P. 220.

² Так, в деле *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation* арбитражный трибунал возложил на Российскую Федерацию уплату суммы в размере 3 388 197 евро в качестве компенсации арбитражных издержек истца, а также сумму в размере 47 946 190 долл. США в качестве частичной компенсации его юридических расходов (см.: *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 226, Final Award (14 July 2014), ¶ 1888 (<https://pcacases.com/web/sendAttach/418>)). Аналогичные суммы в рассмотренных совместно с ним делах *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation* и *Veteran Petroleum (Limited) v. The Russian Federation* составили 156 476 евро, 2 214 277 долл. США и 695 327 евро, 9 839 533 долл. США соответственно (см.: *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 227, Final Award (18 July 2014), ¶ 1888 (<https://pcacases.com/web/sendAttach/420>); *Veteran Petroleum (Limited) v. The Russian Federation*, PCA Case No. AA 228, Final Award (18 July 2014), ¶ 1888 (<https://pcacases.com/web/sendAttach/422>)).

³ Например, в деле *EDF (Services) Limited v. Romania* арбитражный трибунал возложил на проигравшего истца половину своих расходов и административных расходов МЦУИС, а также обязал его уплатить 6 млн долл. США в качестве частичной компенсации юридических и иных издержек ответчика (см.: *EDF (Services) Limited v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009), ¶ 330 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>)).

Ввиду наличия двух указанных недостатков использование налогоплательщиками инвестиционного арбитража для защиты своих прав ограничивается случаями нарушения государствами стандартов защиты инвестиций, предусмотренных соответствующими соглашениями о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Более того, в связи со значительными расходами на проведение процедуры инвестиционного арбитража можно ожидать, что налогоплательщики будут использовать данную процедуру лишь в случаях значительных инвестиций, составляющих по меньшей мере несколько миллионов долларов или эквивалентную сумму в другой валюте. Из этого следует, что в области рассмотрения налоговых споров инвестиционный арбитраж является не альтернативой, а дополнением к налоговому арбитражу в рамках взаимосогласительной процедуры.

5. Заключение

Несмотря на значительные изменения, внесенные в ходе осуществляемой реформы в процедуру разрешения споров по налоговым соглашениям, целый ряд вопросов налогового арбитража по-прежнему не нашли своего разрешения. Более того, невозможность налогоплательщика принимать полноценное участие в рассмотрении спора наряду с отсутствием у выносимых решений окончательного характера позволяет сделать вывод о том, что налоговый арбитраж так и не стал арбитражем в классическом смысле слова. Хотя с точки зрения государств, не желающих отказываться от своего суверенитета в области налогообложения путем согласия на передачу возникающих споров на рассмотрение в обязательный арбитраж, подобное положение дел вполне объяснимо, с точки зрения налогоплательщика оно может создавать значительные практические сложности. Вместе с тем реформа налогового арбитража значительно расширила возможности налогоплательщиков по участию во взаимосогласительной процедуре, включая арбитраж, являющийся ее заключительным этапом. Учитывая новые открывшиеся возможности, наличие отмеченных сложностей не является непреодолимым препятствием при использовании налогоплательщиками данной процедуры для защиты своих прав.

АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ МАТРИМОНИАЛЬНЫХ СПОРОВ

О.Д. ПЕТРОЛЬ,
LL.M., преподаватель Московской высшей школы
социальных и экономических наук (МВШСЭН),
член Совета по совершенствованию третейского
разбирательства при Министерстве юстиции РФ,
партнер-основатель юридической фирмы “Petrof Chilikov”

Автор анализирует правила ст. 22.1 ГПК РФ в части арбитрабельности споров, возникающих из семейных правоотношений. На основе опыта ряда зарубежных стран, включая Англию, Германию, Францию, США, Канаду, исследуются предпосылки для расширения сферы применения арбитража семейных споров в российском правовом порядке. Автор приходит к выводу о необходимости дифференцирования споров, возникающих из семейных правоотношений, и установления различных стандартов контроля в отношении разных категорий споров (споров о разделе имущества, о содержании, о порядке общения с детьми).

Ключевые слова: арбитраж семейных споров; арбитрабельность; споры о детях; раздел имущества супругов; публичный порядок.



ARBITRABILITY OF MATROMONIAL DISPUTES

OLESYA PETROL,
LL.M., Lecturer at the Moscow School
of Social and Economic Sciences (MSSES),
Member of the Council for Development of Arbitration
of the Ministry of Justice of the Russian Federation,
Founding Partner at *Petrol Chilikov* Law Firm

The author considers Art. 22.1 of the Russian Civil Procedure Code in light of arbitrability of matrimonial disputes. The author examines justifications for extension of the sphere of application of family arbitration in Russian law, based on analysis of approaches existing in foreign jurisdictions, including England, Germany, France, US and Canada. The author concludes that various family law disputes shall be differentiated and, correspondingly, different standards of supervision shall be applied (matrimonial property, maintenance, child disputes).

Keywords: family arbitration; arbitrability; child matters; matrimonial property disputes; public policy.



1. Постановка проблемы

Настоящая статья является продолжением мыслей автора, касающихся возможности арбитража наследственных споров, которые были высказаны в прошлом году на страницах сборника докладов «Российского арбитражного дня»¹. Как было показано ранее, арбитраж наследственных споров, несмотря на прямой запрет в ст. 22.1 ГПК РФ, может явиться вполне перспективным направлением развития теории и практики арбитража. При этом с практической точки зрения является весьма полезным сопоставление правовых режимов наследственного и семейного арбитража: большинство российских граждан состоят в браке; при этом в случаях отсутствия брачного договора и соглашения о разделе общего имущества супругов принадлежность имущества после смерти одного из супругов регулируется двумя блоками норм: семейным (в части супружеской доли пережившего супруга) и наследственным правом (если завещанием супруг не лишен наследства, в части наследственной доли пережившего супруга и в отношениях с иными наследниками, помимо супруга).

В отличие от арбитража наследственных споров, прямо запрещенного ст. 22.1 ГПК РФ без каких-либо оговорок, к арбитрабельности семейных споров законодатель подходит дифференцированно. Пункт 2 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ устанавливает правило, согласно которому не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда подведомственные судам в соответствии с настоящим Кодексом споры, возникающие из семейных отношений, в том числе споры, возникающие из отношений по распоряжению опекунами и попечителями имуществом подопечного, за исключением дел о разделе между супругами совместно нажитого имущества.

Объем понятия «семейные отношения» может быть определен с учетом признаков таких отношений, указанных в ст. 2 СК РФ. Дискуссия об объеме этого понятия выходит далеко за пределы настоящей статьи²; вместе с тем применительно к правилам ст. 22.1 ГПК РФ положения ст. 2 СК РФ порождают ряд вопросов. Например, считать ли семей-

¹ Петроль О.Д. Перспективы введения наследственного арбитража в России // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 4: Сб. ст. / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. С. 86–105.

² См., например: Пчелинцева Л.М. Семейное право России: Учебник для вузов. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2004. С. 1–12.

ными отношения по разделу имущества между бывшими супругами? С точки зрения текста ст. 38 СК РФ напрашивается положительный ответ на этот вопрос; с другой стороны, правоприменительная практика, признающая право собственности бывших супругов регулируемым ст. 253 ГК РФ и не относящимся к предмету ст. 35 СК РФ¹, приводит к мысли о том, что понятие «супруги» в разных местах СК РФ может, в зависимости от контекста, рассматриваться то как включающее, то как не включающее в себя бывших супругов. Это различие в толковании не должно иметь большого значения для разрешения вопроса об арбитрабельности споров об общем имуществе супругов: вне зависимости от того, расторгнут брак или нет, ст. 22.1 ГПК РФ, вероятнее всего, при любом разумном толковании допускает арбитрабельность споров о разделе имущества бывших супругов. Например, было бы абсурдным полагать, что заключенное супругами арбитражное соглашение о рассмотрении споров о разделе совместно нажитого имущества утрачивает силу после прекращения брака.

Однако это различие может иметь значение при решении спора об арбитрабельности спора о взыскании с трудоспособного бывшего супруга алиментов на содержание нетрудоспособного бывшего супруга: не вполне очевидно, являются ли такие отношения семейными.

Определенную почву для различного толкования может дать описание арбитрабельных споров, данное в ст. 22.1 ГПК РФ, как споров о разделе общего имущества супругов. И закон (п. 3 ст. 38 СК РФ), и правоприменительная практика исходят из того, что по результатам спора о разделе общего имущества может быть вынесено решение не только собственно о разделе имущества, но и о присуждении одного из (бывших) супругов к выплате или выдаче в натуре компенсации другому супругу. Буквальное толкование ст. 22.1 ГПК РФ может привести к выводу о том, что решение о взыскании компенсации не является результатом рассмотрения дела о разделе совместно нажитого имущества супругов.

Еще один вопрос, порождаемый ст. 22.1 ГПК РФ, — вопрос об арбитрабельности споров из брачных договоров. Брачный договор может устанавливать права и обязанности, не связанные с общим имуществом супругов, в том числе на случай прекращения брака. Наиболее типичным случаем, видимо, является условие о разовой выплате или о периодических выплатах бывшему супругу. Относятся ли споры об исполнении таких обязанностей к арбитрабельным? Текст закона явно требует толкования в этом вопросе.

¹ См., например, Определение ВС РФ от 25 апреля 2017 г. № 16-КГ17-4.

Вытекающее из ст. 22.1 ГПК РФ намерение законодателя не допустить передачу в арбитраж споров о детях, включая споры об их содержании и о порядке общения с ребенком, понятно. Вместе с тем этого нельзя сказать о мотивах, которыми он руководствовался. Так, вызывает некоторое недоумение соотношение неарбитрабельности спора об алиментах с п. 3 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», в соответствии с которым нотариально удостоверенное соглашение о выплате алиментов имеет силу исполнительного документа. Получается, что стороны, одна из которых обязана к выплате алиментов, а другая управомочена их требовать, могут заключить у нотариуса соглашение о размере таких алиментов, и это соглашение будет иметь исполнительную силу, минуя стадию судебной проверки. В то же время указанные лица, обладающие при условии нотариального удостоверения данного соглашения весьма широкими полномочиями по определению размера алиментов, если следовать ст. 22.1 ГПК РФ, лишены возможности передать вопрос об их размере на разрешение третейского суда. Такое регулирование сложно признать логичным: это, как представляется, вступает в противоречие с логикой толкования норм *argumentum a maiore ad minus* (от большего к меньшему).

Наконец, не совсем понятен мотив исключения из сферы действия арбитража споров об определении порядка общения с ребенком. Почему родители, которые не могут договориться о распределении времени пребывания ребенка с ними в каникулы или столкнулись с неразрешимым противоречием в вопросе о выборе детского садика либо школы, в которой будет обучаться ребенок, не вправе отдать этот вопрос на разрешение в арбитраж, а не в государственный суд? Очевидный мотив такого подхода законодателя не усматривается.

В настоящей статье предпринимается попытка, во-первых, установить основные элементы позитивного регулирования арбитража семейных споров в различных правовых порядках; во-вторых, выделить основные аргументы, приводимые за и против такого арбитража; в-третьих, установить, насколько опыт дискуссии и регулирования соответствующих вопросов в зарубежных правовых порядках может быть применим к российским условиям.

2. Сравнительно-правовой обзор позитивного регулирования

Как и наследственное, семейное право является весьма консервативной областью. Вследствие этого автор не предпринимает попытку

описания позитивного регулирования арбитража семейных споров в юрисдикциях, которые вследствие серьезного влияния религиозных или национальных традиций несравнимы с Россией с социологической и культурологической точек зрения. С учетом этого в настоящей работе рассматриваются основные элементы регулирования арбитража семейных споров в ряде европейских юрисдикций, а также в некоторых штатах США и провинциях Канады.

В Германии семейные споры являются арбитрабельными только в том случае, если они касаются имущественного интереса. К таким спорам относятся, во-первых, споры, возникающие из различных видов общности имущества супругов, во-вторых, споры о выплате содержания. Неарбитрабельными являются все споры, которые касаются детей (в том числе порядка общения), а также споры, в результате которых может измениться персональный статус лица (например, споры о расторжении брака). Аналогичное регулирование арбитрабельности распространяется на партнерства лиц одного пола¹.

Французский правовой порядок придерживается следующего подхода. На разрешение в арбитраж могут быть переданы лишь те споры, в отношении которых возможно внесудебное мировое соглашение; такие возможности не предусмотрены по вопросам, относящимся к статусу лица. Отсюда делается вывод о том, что семейные споры, касающиеся статуса лица, не являются арбитрабельными (в качестве примера приводится спор о разводе)². Однако признаются арбитрабельными споры о разделе общего имущества супругов³. В отношении алиментов позиция следующая: поскольку лицо не может распорядиться правом на еще не начисленные алименты, арбитражное

¹ *Trittmann R., Hanefeld I.* Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter II: Arbitration Agreement, § 1030 – Arbitrability // *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* / K.-H. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2nd ed. Kluwer Law International, 2015. P. 103; *Swennen F.* Chapter 1. Private Ordering in Family Law: A Global Perspective // *Contractualisation of Family Law – Global Perspectives* (= *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). Springer, 2015. P. 43.

² *Kennet W.* It's Arbitration, But Not As We Know It: Reflections on Family Law Dispute Resolution // *International Journal of Law, Policy and the Family*. 2016. Vol. 30. Issue 1. P. 6 (fn. 38). <https://doi.org/10.1093/lawfam/ebv017>

³ *Delvolvé J.-L., Pointon G.H., Rouche J.* French Arbitration Law and Practice: A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration. Kluwer Law International, 2009. P. 41; *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). Kluwer Law International, 1999. P. 344 (fn. 443).

соглашение по поводу их взыскания не будет действительным. Однако если сторонами достигнуто арбитражное соглашение по спору об алиментах, выплата которых просрочена, спор может быть передан в арбитраж¹.

Англия упоминается в литературе как одна из наиболее благосклонных к семейному арбитражу юрисдикций. В 2012 г. здесь был создан Институт арбитров по семейному праву (Institute of Family Law Arbitrators (далее — *IFLA*)), разработавший правила арбитража семейных споров². Господствующий взгляд состоит в том, что арбитраж семейных споров не противоречит английскому Закону об арбитраже (Arbitration Act) 1996 г. Несмотря на это, разрабатывая первые правила арбитража семейных споров, *IFLA* после консультаций с Министерством юстиции ограничился лишь спорами об имуществе. Применительно к спорам о детях, которые гипотетически также могли бы рассматриваться в арбитраже, *IFLA* на тот момент указал, что имеется множество соображений, в особенности касающихся интересов третьих лиц, публичных интересов и круга вовлеченных в рассмотрение спора участников, которые требуют более глубокой проработки³. Вместе с тем *IFLA* рассматривал возможность включения в арбитражный регламент правил об арбитраже споров о детях⁴. Нельзя не отметить, что в работах по состоянию на 2013 г. воспроизводилась идея, что арбитраж семейных споров в Англии продолжает находиться в младенческом состоянии⁵. Во многом это было связано с тем, что при рассмотрении вопросов, касающихся интересов детей, полномочия суда проверить, соответствует ли достигнутое сторонами соглашение интересам ребенка, превалируют

¹ Delvolvé J.-L., Pointon G.H., Rouche J. Op. cit. P. 47.

² См.: <http://ifla.org.uk/>; см. также: Сахно Д. В семье арбитражей пополнение! (5 сентября 2012 г.) (https://zakon.ru/blog/2012/09/05/v_seme_arbitrazhej_popolnenie).

³ Born G.B. International Commercial Arbitration. 2nd ed. Kluwer Law International, 2014. P. 1036 (автор ссылается на дело, в котором Высокий суд Лондона поддержал заключенное сторонами соглашение о рассмотрении спора о воспитании детей нью-йоркским бейт-дином, хотя был осторожен в вопросе об обязательной силе этого решения).

⁴ Kennet W. Op. cit. P. 6–7.

⁵ Barton C., Jay G. Outsourcing Justice on Family Breakdown: A Road to Consent Orders // Family Law. 2013. Jul. P. 840 (приводится по: Scherpe J.M., Sloan B. Chapter 8. Contractualisation of Family Law in England & Wales: Autonomy vs Judicial Discretion // Contractualisation of Family Law — Global Perspectives (= Ius Comparatum — Global Studies in Comparative Law. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 185).

над любыми соглашениями родителей по данному вопросу¹. В 2016 г. *IFLA* принял регламент арбитража споров о детях².

Неарбитрабельны семейные споры в Дании³. Во многих европейских правовых системах позиция, судя по имеющимся материалам, до сих пор не определена. Так, в праве Финляндии и Португалии ясно, что не допускается арбитраж в отношении неотчуждаемых элементов статуса личности (отцовства, усыновления, опеки, общения с детьми, заключения и прекращения брака, личных отношений между супругами). Однако применительно к имущественным семейным спорам авторы высказываются осторожно: хотя право не содержит прямого запрета, отсутствие правоприменительной практики касательно арбитража семейных споров не позволяет безоговорочно утверждать о том, что он допускается⁴.

В качестве примера достаточно либерального подхода к арбитражу семейных споров можно привести Нидерланды. Исходная точка, из которой исходит голландское право, похожа на приведенный выше взгляд французского правового порядка: недопустим арбитраж по вопросам, в отношении которых лицо не может заключить внесудебное мировое соглашение. Вместе с тем в литературе отмечается, что едва ли к таким вопросам можно отнести имущественные споры между супругами или бывшими супругами (как в части раздела общего имущества, так и в части содержания), содержание в пользу детей, а также определение места жительства и порядка общения с ребенком. В качестве яркого примера приводится дело 2010 г., когда суд ввиду наличия арбитражного соглашения отказался рассматривать по существу иск матери об изменении соглашения о содержании ребенка⁵.

Подход к семейным спорам в США варьируется от штата к штату. В литературе указывается, что преобладающая точка зрения состоит

¹ *Scherpe J.M., Sloan B.* Op. cit. P. 177.

² Family Law Arbitration Children Scheme Launched (18 July 2016) (<http://ifla.org.uk/news/family-law-arbitration-children-scheme/>).

³ *Lund-Andersen I.* Chapter 7. Contracts in Danish Family Law – In the Cross Field between Civil Law and Public Law // Contractualisation of Family Law – Global Perspectives (= *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 162.

⁴ *Koulu S.* Chapter 9. Towards a Negotiatory Ideal? Contractualization of Family Law in Finland // Contractualisation of Family Law – Global Perspectives (= *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 209.

⁵ *Boele-Woelki K., Jonker M.* Chapter 15. Family Law Contractualisation in the Netherlands – Changes and Trends // Contractualisation of Family Law – Global Perspectives (= *Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law*. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 325–326.

в арбитрабельности имущественных споров как по поводу приобретенного в браке имущества, так и по поводу содержания. По спорам о детях устойчивой позиции нет: они арбитрабельны в некоторых штатах, однако при этом применяется более жесткий стандарт пересмотра соответствующих решений, который, по всей видимости, сравним с приведенной выше логикой судов о приоритете интересов ребенка над соглашением родителей¹.

В различных провинциях Канады вопрос решается по-разному. Приближается к французскому решению подход Квебека². В Онтарио арбитраж семейных споров распространяется не только на имущественные требования супругов и детей, но и на вопросы их воспитания, образования, а иногда места жительства и определения порядка общения; однако заключение соглашения об арбитраже возможно только после возникновения спора³. В Британской Колумбии арбитраж споров о детях также признается допустимым⁴. При этом во избежание вынесения решений в соответствии с религиозными сводами правил в праве Онтарио установлено, что под страхом недействительности арбитражное решение должно быть вынесено в соответствии с правом Онтарио или другой канадской провинции⁵.

3. Аргументы за и против арбитража семейных споров

Даже в вопросе международных коммерческих споров мотивы, которыми руководствуются стороны в разных странах при выборе арбитража и которые приводят к признанию правопорядками арбитражных решений, различаются. В каждом отдельном правопорядке стороны стремятся перенести свой спор в арбитраж по разным причинам: кто-то из соображений экономии времени и расходов, кто-то из-за формального подхода к доказательствам и небрежной работы судей с правом, кто-то из-за риска вынесения несправедливого решения.

¹ Walker G.K. Family Law Arbitration: Legislation and Trends // Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers. 2008. Vol. 21. P. 521 et seq. (доступно в Интернете по адресу: <http://sc.aaml.org/sites/default/files/MAT211.pdf>); Kennet W. Op. cit. P. 16–17.

² Kennet W. Op. cit. P. 7.

³ Leckey R. Chapter 4. Shifting Scrutiny: Private Ordering in Family Matters in Common-Law Canada // Contractualisation of Family Law – Global Perspectives (= Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 107.

⁴ Kennet W. Op. cit. P. 7.

⁵ Leckey R. Op. cit. P. 107.

Но в конечном счете принцип частноправового самоопределения и интересы международной торговли приводят к консенсусному решению в пользу допущения — с редкими ограничениями — международного коммерческого арбитража.

Арбитраж семейных споров в этом плане выступает едва ли не противоположностью международному коммерческому арбитражу: превалирующий политико-правовой аргумент (интересы международной торговли) здесь не работает, а основной догматический аргумент, восходящий к вненациональной (или наднациональной) автономии воли¹ сторон, существенно ослаблен по той причине, что, в отличие от коммерческого арбитража, арбитраж семейных споров практически всегда затрагивает вопросы личного статуса, а по сравнению с имущественными отношениями, где широта частноправового самоопределения сторон практически общепризнанна, объем свободы распоряжения неимущественными правами от правопорядка к правопорядку значительно различается.

Вследствие этого, как следует из исследованной литературы, во многих правопорядках арбитраж семейных споров, даже там, где он разрешается, не распространен широко. Интересно, что некоторые исследователи арбитража, отмечая тенденцию осторожного расширения сферы действия арбитража семейных споров, ставят их в один ряд с едва ли поддающимися арбитражу на современном этапе уголовными делами².

В связи с этим, следуя логике некоторых из приведенных выше правопорядков, представляется правильным при рассмотрении аргументов в пользу арбитрабельности семейных споров, разделить их на две большие группы: чисто имущественные семейные споры и семейные споры, не касающиеся имущества.

Однако и имущественные споры, связанные с семейными отношениями, негомогенны. Соответственно, необходимо разделить, с одной стороны, споры между супругами, а с другой стороны, споры между родителями и детьми.

Даже в отношении имущественных споров между супругами, которые, казалось бы, являются наиболее простой из выделенных групп, возникает специфический вопрос, касающийся равного отношения арбитров к сторонам спора. Если применительно к арбитражу, не свя-

¹ Третьяков С.В. Юридическая природа автономии воли в международном частном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

² Brekoulakis S. Chapter 1. Introduction: The Evolution and Future of International Arbitration // The Evolution and Future of International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 37) / S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis (eds.). Kluwer Law International, 2016. P. 16.

занному с семейными спорами, этот вопрос в общем виде относится прежде всего к беспристрастности арбитров в типичных ситуациях (например, при рассмотрении споров между работником и работодателем), то арбитраж семейных споров добавляет к этому аргументу фактор половой принадлежности сторон. Иными словами, если в обычных ситуациях подозрения в беспристрастности арбитров могут порождаться неравенством переговорных и экономических возможностей сторон, то в случае с арбитражем семейных споров это усугубляется ставшей в последнее время остро актуальной темой равенства полов. В данном плане допущение арбитража споров между супругами может сработать в направлении усиления традиционалистских тенденций: арбитры могут или явно разрешить спор в соответствии с набором религиозных норм, отдающих предпочтение, например, имущественным интересам жены, или хотя и не выразить этого прямо, но оказать ей предпочтение при разрешении имущественного спора.

Вместе с тем едва ли приведенный тезис может быть признан в качестве убедительного аргумента против арбитража имущественных споров между супругами. Правопорядки, уже столкнувшиеся с этой проблемой, выработали технику противодействия явному «подыгрыванию» арбитров одной из сторон исходя из ее половой принадлежности. Помимо решения в канадской провинции Онтарио, исключившей разрешение семейных споров на основе свода норм, не являющихся нормами национального права того или иного государства, здесь можно привести и рекомендации по признанию арбитражных решений по имущественным спорам между супругами, изданные председателем Отделения по семейным делам Высокого суда, который указал, что они относятся лишь к спорам, разрешенным по существу согласно праву Англии и Уэльса, и ни в каком случае не могут применяться, если спор рассмотрен исходя из любых норм, предполагающих дискриминацию по половому признаку¹.

Представляется, что в отношении и российского, и других европейских правовых порядков нормы о запрете дискриминации по мотивам пола являются элементом публичного порядка. Следовательно, допущение арбитража споров о разделе имущества между супругами никак не увеличивает риск гендерной дискриминации: любое решение арбитров, в котором проявляется такая дискриминация, должно

¹ Arbitration in the Family Court: Practice Guidance Issued on 23 November 2015 by Sir James Munby, President of the Family Division. Para. 2 (https://www.familylaw.co.uk/docs/pdf-files/Arbitration_in_the_Family_Court.pdf).

быть отменено государственным судом, либо в его признании и принудительном исполнении должно быть отказано, и в этом аспекте не требуется изменение стандарта проверки арбитражных решений государственными судьями.

В том, что касается имущественных споров о содержании детей родителями, основной аргумент, который выдвигается против их арбитрабельности, состоит в том, что арбитраж семейных споров может ущемить права детей. Так, при обсуждении этого вопроса в Ирландии было высказано соображение, что арбитраж споров о содержании детей может привести к тому, что обязанность по их содержанию будет снята с родителя и переложена на государство¹. Видимо, в том же русле находятся подходы английских и американских судов (в тех случаях, когда арбитраж соответствующего вида споров допускается): суд имеет ничем не ограниченное право удостовериться, что арбитражное решение не нарушает права и законные интересы ребенка.

Представляется, что соглашение об арбитраже споров по поводу содержания детей является частным случаем распоряжения родителем имуществом ребенка. Если правопорядок допускает заключение между родителями соглашения о размере суммы, выплачиваемой на содержание детей, она может быть как выше, так и ниже предусмотренной законом суммы. Правопорядки могут по-разному реагировать на заключенные родителем соглашения, касающиеся имущества детей: мыслимо решение, согласно которому действия, ухудшающие их имущественное положение (будь то заключение арбитражного соглашения или просто продажа имущества ребенка по заниженной цене), не имеют правового эффекта; в этом случае ребенок может реализовывать свои имущественные права против всех третьих лиц (например, против родителя, получившего по соглашению об алиментах или по арбитражному решению право платить на содержание заниженную сумму, или против приобретателя имущества малолетнего). Противоположное решение может строиться на том, что совершенные родителем действия порождают юридический эффект, но создают у него обязанность по возмещению убытков.

Второе из решений страдает очевидным пороком: третье лицо, которое оказалось бы ответственным перед ребенком, может быть более платежеспособным, чем родитель, совершивший невыгодные для него

¹ Crowley L., Harding M. Chapter 10. Contractualisation of Family Law in Ireland // Contractualisation of Family Law – Global Perspectives (= Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. Vol. 4) / F. Swennen (ed.). P. 237.

действия. Признание правового эффекта за такими действиями приведет к замене платежеспособного ответчика (родителя, недоплатившего алименты, или владельца ранее принадлежавшего ребенку имущества) менее платежеспособным — родителем, допустившим нарушение.

Представляется правильной высказанная в литературе идея о том, что в вопросах о содержании детей речь идет как минимум о двух уровнях социальной заботы и, соответственно, о двух уровнях представительства интересов детей¹: интересы детей в первую очередь представляют родители, но во вторую очередь, в особенности в случаях злоупотреблений родителей, функция защиты их интересов возлагается на государство. Второй уровень социальной заботы может быть выстроен по модели контроля *ex ante* за поведением родителей со стороны соответствующих государственных органов (например, органов опеки и попечительства) либо по модели контроля *ex post*, когда суд, по существу выполняя атрибутируемую государству функцию заботы о ребенке, проверяет уже совершенные родителем действия на соответствие интересам последнего.

Есть предположение, что при таком подходе арбитрабельность споров о содержании детей не должна представлять собой какую-то особенную сложность. В зависимости от того, какая модель контроля за поведением родителя выбрана в правопорядке, арбитражная оговорка в соглашении о содержании детей, которое нарушает интересы ребенка, может быть признана недействительной или по причине отсутствия согласия государственного органа на заключение такого соглашения, или в ходе контроля *ex post*.

Судя по опыту приведенных выше правопорядков, применительно к арбитражным решениям преобладает модель контроля *ex post*, причем контроль этот осуществляется судом. Такой подход сложно подвергнуть критике: любое другое решение (действительность соглашения об арбитраже и последующий иск к родителям; действительность соглашения об арбитраже с согласия государственного органа и последующий иск к государственному органу о возмещении вреда) затрудняет реализацию прав, принадлежащих детям.

Несколько сложнее вопрос о неимущественных аспектах семейных отношений. Здесь соответствующие споры вновь распадаются на две группы: во-первых, это споры о статусе супругов; во-вторых, споры об отношениях с детьми.

¹ Михеева Л.Ю. Опека и попечительство: Теория и практика / Под ред. Н.П. Мананковой. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 31 и сл.

В отношении первой группы в литературе отмечается, что понятие брака достаточно давно узурпировано, в зависимости от исторического развития, церковью или государством¹. Это обстоятельство арбитрабельности семейных споров, разумеется, не способствует. С другой стороны, тенденция глобализации (во всяком случае, в определенной части мира) приводит к тому, что стороны, намеревающиеся создать брачные или аналогичные им отношения, устраивают что-то вроде *forum shopping*, оформляя брачный или иной аналогичный союз в том правовом порядке, в котором он имеет наибольшие шансы на признание. Данный фактор, а также нередко признаваемая применительно к брачным отношениям автономия воли (см., например, ст. 161 СК РФ) может поставить вопрос о том, что роль государства в сфере брачных отношений снижается; по-видимому, это может способствовать обоснованию того, чтобы и споры о существовании или прекращении брачного статуса также оказывались арбитрабельными.

Вместе с тем в настоящее время в большинстве государств тяга к контролю за брачным статусом не ослабевает. Например, применительно к праву Швейцарии неарбитрабельность споров о разводе среди прочего обосновывается весьма, как представляется, архаичным аргументом о необходимости записей о браке и разводе в ведущихся государственными органами книгах². Более того, во многих правовых порядках вопрос о разводе может быть разрешен только судом (в том числе и при отсутствии спора между сторонами), а в редких случаях — нотариусом³. Поэтому арбитрабельность споров о разводе, как представляется, не имеет хороших шансов стать глобальной тенденцией в ближайшем будущем.

Аналогично, видимо, может решаться вопрос о недействительности брака: хотя устоявшаяся в «обычном» арбитраже концепция автономности арбитражного соглашения от основного договора (в интересующем случае — от недействительности брака) не исключает арбитражного разбирательства на основании такой оговорки, желание государства контролировать брачный статус едва ли позволит в глобальном масштабе реализовать принцип автономности на этом новом уровне.

¹ Kennet W. Op. cit. P. 3.

² Orelli M. Chapter 2, Part II: Commentary on Chapter 12 PILS, Art. 177 // Arbitration in Switzerland: The Practitioner's Guide / M. Arroyo (ed.). Kluwer Law International, 2013. P. 49.

³ Столь привычная российскому юристу возможность внесудебного развода (*dejudicialization of a divorce*) преподносится как предпосылка к арбитрабельности споров о разводе (см.: Kennet W. Op. cit. P. 5).

Наконец, вопрос об арбитрабельности последней из выделенных групп споров — связанных с неимущественными отношениями с детьми, — видимо, тоже решается исходя из описанных выше критериев. Безусловно, роль публичного порядка при определении отношений родителей и детей выше, чем в связи с обычными коммерческими спорами. Он выражается здесь, во-первых, в безусловном праве обоих родителей общаться с ребенком и праве ребенка общаться с родителями; во-вторых, в определении места жительства ребенка исходя из его наилучших интересов. Вместе с тем в пределах границ публичного порядка мыслимо множество вариантов, о которых родители могут быть неспособны договориться. Где лучше учиться ребенку — в кадетском корпусе в одной стране или в монастыре в другой? Должен ли он видаться с отдельно проживающим отцом во вторник или в четверг? Нужно ли ему учиться верховой езде, или достаточно ограничиться изучением немецкого языка? Должен ли он надевать в школу более дорогую или более дешевую одежду?¹ Если верно, что споры о воспитании детей в принципе неарбитрабельны, то все эти вопросы также окажутся в государственном суде, хотя едва ли есть основания полагать, что государственный судья справится с ними лучше, чем выбранный сторонами арбитр.

Видимо, особняком стоят споры об установлении и оспаривании отцовства, а также об усыновлении и удочерении; такие споры столь явно затрагивают интересы ребенка как лица, не заключавшего арбитражное соглашение, что государство как его представитель «второго уровня», очевидно, не вправе давать согласие на их рассмотрение лицами, не являющимися государственными судьями.

4. Применимость опыта дискуссии и регулирования по вопросу о семейных спорах в России

Представляется, что изложенное выше позволяет прийти к следующим выводам. Решение российского права, относящее споры о разделе имущества супругов к арбитрабельным, является правильным. При этом при толковании ст. 22.1 ГПК РФ, как представляется, необходимо признавать за арбитрами возможность присуждения компенсации, поскольку правильное уравнивание имущественных положений супругов без ее выплаты может оказаться невозможным чисто арифметически.

¹ Набор вопросов навеян решением, вынесенным судьей Валент (Judge Valente) из Нью-Йорка в 1964 г. по делу *Sheets v. Sheets* (254. N.Y.S.2d 320 (App. Div. 1964); см. также: *Coulson R. Family Arbitration — An Exercise in Sensitivity* // *Family Law Quarterly*. 1969. Vol. 3. No. 1. P. 27–28).

Едва ли вызовет серьезные возражения предложение не относить к семейным спорам, арбитрабельность которых исключена, споры о разделе имущества бывших супругов. Как было показано выше, буквальный текст ст. 22.1 ГПК РФ позволяет вывести за пределы запрета арбитрабельности имущественные споры между бывшими супругами. Это дает возможность споры о содержании бывших супругов также признать способными к передаче в арбитраж.

Изложенный выше сравнительно-правовой обзор позволяет предположить, что едва ли обоснован запрет передачи в арбитраж споров, вытекающих из брачных договоров, поскольку, исходя из буквального текста СК РФ, российское право не допускает включения в него условий о личных неимущественных правах. Ограничительное толкование ст. 22.1 ГПК РФ в этом вопросе, видимо, может быть обосновано тем, что спор из брачного договора является прежде всего договорным спором, а не спором, вытекающим из семейных отношений. Данный подход может быть субсидиарно поддержан и тем аргументом, что соглашение лиц одного пола, которое может быть похоже по содержанию на брачный договор (например, двое лиц устанавливают режим общей долевой собственности всех их приобретений, что, видимо, будет квалифицировано в качестве договора простого товарищества), очевидно, может содержать в себе арбитражную оговорку. Непонятно, по какой причине разнополость сторон аналогичного соглашения может исключить арбитрабельность спора.

При этом, как было показано выше, если арбитражное решение будет нарушать публичный порядок (в частности, по причине гендерной дискриминации), такое решение не может быть принудительно исполнено.

На этом возможности толкования ст. 22.1 ГПК РФ применительно к рассматриваемой проблеме, пожалуй, заканчиваются. Представляется, что следует поставить вопрос о законодательном расширении области применения арбитража и его распространении, во-первых, на споры о содержании детей и, во-вторых, на споры о порядке общения с ними. В отношении соответствующих арбитражных решений должны применяться повышенные стандарты контроля: в частности, такое решение не может устанавливать меньший размер содержания в пользу ребенка, чем был бы установлен государственным судом; определение места жительства и порядка общения с ребенком не должно нарушать его интересы. Если указанные обстоятельства будут учтены, реальные предпосылки для исключения арбитрабельности данных споров будет сложно усмотреть.

Section 3
INVESTMENT ARBITRATION

Раздел 3
ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

**РЕШЕНИЕ СУДА ЕС ПО ДЕЛУ
SLOWAKISCHE REPUBLIK V. ACHMEA BV
И БУДУЩЕЕ ИНВЕСТИЦИОННОГО АРБИТРАЖА
В ЕВРОПЕ**

РАМУНАС АУДЗЕВИЧИУС,
соруководитель группы по разрешению споров
профессионального сообщества адвокатов
«Мотиека и Аудзевиčius» (Вильнюс, Литва),

ДЕНИС ПАРХАЕВ,
старший юрист группы по разрешению споров
профессионального сообщества адвокатов
«Мотиека и Аудзевиčius» (Вильнюс, Литва), магистр права,
аспирант Школы международного арбитража при Колледже
королевы Марии Лондонского университета

После принятия решения Суда ЕС по делу Slovakische Republik v. Achmea BV дальнейшие перспективы инвестиционного арбитража на основе «внутриевропейских» ВІТ стали весьма очевидными. Вместе с тем участь арбитражных соглашений во «внешеевропейских» ВІТ остается неопределенной. Несмотря на вызванный им громкий резонанс, по мнению авторов, названное решение таит в себе гораздо более широкие последствия, нежели первоначально ожидалось.

В статье рассматриваются причины и ключевые события, которые заставили Европейскую комиссию, прежде выступавшую в роли инициатора и движущей силы заключения двусторонних и многосторонних договоров о защите инвестиций в ЕС, изменить свою позицию и начать активную кампанию по искоренению любых подобных договоров, содержащих арбитражную оговорку о разрешении «внутриевропейских» инвестиционных споров в международном арбитраже.

Рассматривая практику Суда ЕС по соглашениям об избежании двойного налогообложения, которые считаются аналогичными ВІТ, авторы

утверждают, что в ближайшем будущем под дамоклов меч могут попасть также и «внешнеевропейские» ВИТ, которые, согласно букве решения *Achmea*, подвергают автономность, эффективность, верховенство и непосредственное действие права ЕС тем же рискам, что и «внутриевропейские» ВИТ, и поэтому также несовместимы с правом ЕС.

Ключевые слова: международное инвестиционное право; Суд ЕС; Achmea; «внешнеевропейские» ВИТ; «внутриевропейские» ВИТ; Договор к Энергетической Хартии; верховенство права ЕС.



**JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE
OF THE EUROPEAN UNION IN CASE
SLOWAKISCHE REPUBLIK V. ACHMEA BV
AND FUTURE OF INVESTMENT ARBITRATION
IN EUROPE**

RAMŪNAS AUDZEVIČIUS,
Co-Head of the Dispute Resolution Practice Group,
Professional Legal Partnership “Motieka & Audzevičius”
(Vilnius, Lithuania),

DENIS PARHAJEV,
Senior Associate at the Dispute Resolution Practice Group,
Professional Legal Partnership “Motieka & Audzevičius”,
LLM, PhD Candidate, School of International Arbitration
at Queen Mary University of London

*In the aftermath of judgment of the Court of Justice of the European Union (hereinafter — CJEU) in the case of *Slowakische Republik v. Achmea BV*, the future prospects of investment arbitration on the basis of intra-EU BITs became all but obvious. Nevertheless, the fate of arbitration agreements contained in the extra-EU BITs remains somewhat uncertain. Authors suggest that despite the widespread resonance, the said judgment hides greater repercussions than already established.*

This article discusses the causes and key events that led the European Commission, which previously acted as a driving force behind conclusion of bilateral and multilateral agreements on the protection of investments in the EU, to change its position, and begin an active campaign to phase-out any such agreements containing an arbitration clause that could serve as a basis for arbitration of the intra-EU investment disputes.

Considering the case law of the CJEU related to double taxation avoidance agreements, which are used as an analogy for the BITs, the authors argue that in the near future, the Sword of Damocles is likely to find itself hanging over the extra-EU BITs. The article argues that both intra- and extra-EU BITs equally threaten the autonomy, full effectiveness, supremacy and direct effect of the EU law, making both equally incompatible with the EU law.

Keywords: international investment law; Court of Justice of the European Union; Achmea; extra-EU BIT; intra-EU BIT; the Energy Charter Treaty; autonomy and full effectiveness of the EU law.



1. Введение

В последние годы Европейская комиссия начала атаковать инвестиционный арбитраж, что по сути привело к тому, что его дальнейшая судьба в Европейском Союзе (далее — ЕС) повисла на волоске. Любые надежды сторонников арбитража на то, что категорическая позиция Европейской комиссии не будет поддержана остальными органами ЕС, были развеяны Судом ЕС (Court of Justice of the European Union (CJEU)) в деле *Slowakische Republik v. Achmea BV*¹ (далее — *Achmea*). В данном деле Суд ЕС решил, что двусторонние инвестиционные соглашения (bilateral investment treaties (далее — *BIT*)), заключенные государствами — членами ЕС и позволяющие европейским инвесторам передавать споры, вытекающие из таких «внутриевропейских» *BIT*, на рассмотрение в международный арбитраж, являются несовместимыми с правом ЕС.

А ведь, кажется, совсем недавно именно Европейская комиссия была инициатором заключения тех самых «внутриевропейских» *BIT*,

¹ C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, ECJ, Judgment, 6 March 2018 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CJ0284>).

которые последние несколько лет пытается искоренить. Именно под ее надзором механизм двусторонней защиты инвестиций между государствами-кандидатами и государствами — членами ЕС стал важной предпосылкой для вступления центрально- и восточноевропейских государств в ЕС в начале 2000-х гг. Примечательно, что в пресс-релизе 1994 г. Европейская комиссия заявляла, что Европейское сообщество было не только координатором, но и движущей силой переговоров по подписанию Договора к Энергетической Хартии¹, предусматривающего инвестиционный арбитраж как метод разрешения «внутриевропейских» инвестиционных споров.

Изначальную предрасположенность Европейской комиссии к *BIT* легко понять. Во-первых, *BIT* являются идеальным стимулом для привлечения прямых иностранных инвестиций. Их заключение «посылает сигнал» инвесторам другой договаривающейся стороны, что новый рынок открыт и безопасен для бизнеса. Во-вторых, *BIT* обеспечивают стабильность в отношениях инвестора с принимающим государством, а самое главное — эффективную защиту прав инвесторов. Местные суды «молодых» центрально- и восточноевропейских государств во время заключения *BIT* не пользовались доверием иностранцев и воспринимались как небеспристрастные. Поэтому инвестиционный арбитраж предлагался как «безопасная гавань», гарантирующая высокую степень независимости.

Однако со вступлением указанных государств-кандидатов в ЕС «внешнеевропейские» *BIT* превратились во «внутриевропейские», и, соответственно, отношение Европейской комиссии к таким *BIT* кардинально изменилось.

Данное противоречие очень удачно резюмировано генеральным адвокатом, г-ном Мельшьбором Вателе (Melchior Wathelet) в его заключении по делу *Achmea*:

«39. Аргумент Комиссии... поразителен.

40. В течение очень долгого периода времени позиция органов ЕС, включая Комиссию, состояла в том, что *BIT* не являются несовместимыми с правом ЕС, а представляют собой средства, необходимые в целях подготовки к вступлению стран Центральной и Восточной Европы

¹ «С 1990 г., с самого начала процесса, ведущего к Договору, Европейское Сообщество сыграло важную роль. Не только как координатор, но и как движущая сила переговоров. Более 50 стран и ЕС вели переговоры по Договору. Как минимум 45 участников переговоров подпишут его в Лиссабоне. Другие заявили о своем намерении подписать его до 16 июня 1995 г.» (http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-94-75_en.htm?locale=EN).

в Союз. Кроме того, в договорах об ассоциации, подписанных между Союзом и странами-кандидатами, имелись положения, в которых было предусмотрено заключение *BIT* между странами-участницами и странами-кандидатами.

41. На заседании Комиссия пыталась пояснить... изменение своей позиции... утверждая, что эти соглашения были необходимы в целях подготовки к вступлению стран-кандидатов. Однако если данные *BIT* были оправданны только в период ассоциации и если каждая страна знала, что они станут несовместимыми с Договором о ЕС и Договором о функционировании ЕС, как только третья страна станет членом Союза, то почему договоры о вступлении не предусматривают прекращение таких соглашений, оставляя тем самым правовую неопределенность, которая в отношении нескольких стран-участниц длится более 30 лет, а в отношении большинства — уже 13 лет?»¹

Хотя исход дела *Achmea* мог казаться несколько неожиданным, в настоящей статье со ссылкой на параллели между этим делом и делами по соглашениям об избежании двойного налогообложения выдвигается предположение, что решение по нему было только верхушкой айсберга. Несмотря на то что данное решение затрагивает только «внутриевропейские» *BIT*, по мнению авторов, вскоре под прицелом органов ЕС могут оказаться также и «внешеевропейские» *BIT*, что весьма негативно скажется на интересах не только инвесторов из ЕС, но и иностранных инвесторов, включая инвесторов из РФ.

Авторы рассматривают возможные последствия дела *Achmea* именно с учетом практики Суда ЕС по соглашениям об избежании двойного налогообложения, так как, по словам генерального адвоката, г-на Вателе, данные соглашения аналогичны *BIT*². Оба типа соглашений являются международными договорами, «сфера охвата которых ограничивается физическими или юридическими лицами, указанными в них», а именно гражданами договаривающихся сторон и юридическими лицами, учрежденными в соответствии с законодательством одной из этих договаривающихся сторон³. Таким образом, толкование

¹ C-284/16, *Slowakische Republik v. Achmea BV*, Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 19 September 2017 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62016CC0284>).

² Ibid., para. 73.

³ Ibid., para. 74 (с цитатой из: Case C-376/03, *D. v Inspecteur van de Belastingdienst/Particulieren/Ondernemingen buitenland te Heerlen*, [2005] ECR I-05821, para. 54 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=ecli:EC:LI:EU:C:2005:424>)).

Суда ЕС, используемое в рамках дел по соглашениям об избежании двойного налогообложения, является отличным ориентиром для анализа формирования дальнейшей позиции органов ЕС в отношении «внешнеевропейских» *BIT*.

Актуальность рассматриваемой темы для рынка РФ заключается в том, что ЕС является главным глобальным игроком в сфере прямых иностранных инвестиций. Это крупнейший импортер и экспортер капитала на планете¹. Россия занимает четвертое место среди торговых партнеров ЕС, а ЕС является основным торговым партнером России². Несмотря на быстрый спад объемов торговли, начавшийся в 2012 г.³, рынок ЕС остается для России стратегически важным⁴. ЕС — крупнейший инвестор в РФ. Три четверти совокупного объема прямых иностранных инвестиций в Россию приходится на государства — члены ЕС⁵. Такая экономическая взаимозависимость требует надежной системы защиты инвестиций, а также прозрачного и эффективного метода разрешения инвестиционных споров. Как будет показано в настоящей статье, будущее многочисленных *BIT* между РФ и государствами — членами ЕС может быть в ближайшее время поставлено под вопрос.

¹ *Dimopoulos A.* EU Foreign Investment Law. Oxford University Press, 2011. P. 17.

² Начиная с 1997 г. основой для развития политических и экономических отношений между ЕС и Россией является Соглашение о партнерстве и сотрудничестве (далее — СПС). Одной из ключевых целей СПС является развитие торговли и привлечение инвестиций, а также построение гармоничных экономических отношений между ЕС и Россией. Предполагалось усовершенствовать этот документ путем рассмотрения и подписания нового варианта СПС, который должен был стать комплексной основой для двусторонних отношений. Новое соглашение должно было основываться на правилах ВТО и было призвано создать стабильные, предсказуемые и сбалансированные правила двусторонних торговых и инвестиционных отношений. Переговоры по этому вопросу начались в 2008 г., но в 2010 г. они были прекращены из-за отсутствия прогресса в части торговых и инвестиционных операций. См.: The European Union and the Russian Federation: EU Relations with Country (21 November 2017) (https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/35939/european-union-and-russian-federation_en).

³ Снижение на 44% в период с 2012 по 2016 гг. — с 339 млрд евро в 2012 г. до 191 млрд евро в 2016 г. (см.: Countries and Regions: Russia (<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/russia/>)).

⁴ Россия — крупнейший поставщик и импортер нефти, газа, урана и угля, важный для энергетических потребностей ЕС.

⁵ См.: The European Union and the Russian Federation: EU Relations with Country (21 November 2017).

2. Позиция Комиссии: от любви до ненависти...

2.1. История вмешательства Европейской комиссии в вопросы «внутриевропейских» ВИТ

Как указано в пояснениях генерального адвоката, г-на Вателе выше, на момент вступления новых государств-членов в ЕС Европейская комиссия не требовала расторжения ранее заключенных ВИТ и не объявляла их несовместимыми с правом ЕС. Напротив, если признать, что при вступлении в ЕС такие ВИТ утрачивают силу, это бы означало произвольное лишение инвесторов гарантий, предусмотренных указанными ВИТ, что, в свою очередь, являлось бы нарушением их положений. Многие ВИТ содержали специальные оговорки о продолжении действия гарантий инвесторов даже после прекращения действия самих ВИТ (так называемые «положения о закате солнца» (sunset clauses)).

Критика в адрес «внутриевропейских» ВИТ впервые прозвучала в конце 2006 г. в годовом отчете Экономико-финансового комитета Европейской комиссии, где было сказано, что около 150 «внутриевропейских» ВИТ являются источником правовой неопределенности и ненужных рисков для стран ЕС, в свете чего последним предлагается пересмотреть необходимость таких двусторонних соглашений и информировать Комиссию о мерах, принятых для устранения указанных рисков¹. Однако на тот момент данной критике не было придано большое значение. Как в 2007 г. указал сам Экономико-финансовый комитет, большинство государств-членов не разделяют озабоченности Европейской комиссии по поводу рисков, связанных с «внутриевропейскими» ВИТ, и предпочитают оставить их в силе².

Важным событием для изменения подхода Европейской комиссии стало расширение компетенции ЕС со вступлением в силу Лиссабонского договора, изменяющего Договор о Европейском Союзе

¹ Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments (ECFIN/CEFCPE(2006)REP/56882) (Brussels, 15 November 2006) / Economic and Financial Committee (<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%205044%202007%20INIT>). P. 7 (para. 16); см. также: *Dahlquist J., Lenk H., Rönnelid L.* The Infringement Proceedings over Intra-EU Investment Treaties – An Analysis of the Case against Sweden (Swedish Institute for European Policy Studies (SIEPS) 4epa (February 2016)) (https://papers.ssrn.com/abstract_id=2749153). P. 2.

² Annual EFC Report to the Commission and the Council on the Movement of Capital and the Freedom of Payments (ECFIN/CEFCPE(2007)REP/55240) (Brussels, 23 November 2007) / Economic and Financial Committee (<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5123-2008-INIT/en/pdf>). P. 4 (para. 15).

и Договор об учреждении Европейского Сообщества (Лиссабон, 13 декабря 2007 г.)¹ (далее — Лиссабонский договор). Хотя общая торговая политика всегда находилась в исключительной компетенции ЕС², со вступлением в силу Лиссабонского договора она стала включать в себя не только торговлю, но и сферу прямых иностранных инвестиций. Соответственно, вопросы режима их защиты попали в сферу исключительной компетенции ЕС³. Такая перемена непосредственно привела к большому вмешательству Европейской комиссии в отношения между государствами-членами.

И все же искрой в пороховой бочке оказалось дело *Ioan Micula, Viorel Micula and Others v. Romania*⁴ (далее — *Micula*). Дело касалось досрочного прекращения Румынией схемы поощрения инвестиций (налоговых льгот) в нарушение взятого на себя обязательства поддерживать ее до апреля 2009 г.⁵ Шведские граждане румынского происхождения, братья Иоан и Вьорел Микулы начали арбитражное разбирательство против Румынии, утверждая, что прекращение схемы являлось нарушением шведско-румынского *BIT*. Братья Микулы победили, им было присуждено 116 млн долл. США, а также пени⁶.

В этом деле Румыния (которая тогда только пыталась стать членом ЕС) прекратила схему поощрения инвестиций, чтобы привести свое законодательство в соответствие с требованиями Регламента Совета ЕС 659/1999 от 22 марта 1999 г. об утверждении правил применения статьи 93 Договора ЕС (касающейся государственной поддержки (State

¹ Treaty of Lisbon amending the Treaty on European Union and the Treaty establishing the European Community (2007/C 306/01) // OJ. 2007. С 306. Р. 1–271 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A12007L%2FTXT>).

² Она была включена в ст. 3(1)(е) Договора о функционировании Европейского Союза (Treaty on the Functioning of the European Union // OJ. 2012. С 326. Р. 51 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>)) (далее — ДФЕС), в которой перечислены сферы исключительной компетенции ЕС.

³ См.: *Puccio L.* CJEU Opinion on the EU-Singapore Agreement (May 2017) ([http://www.euro-parl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/603955/EPRS_ATA\(2017\)603955_EN.pdf](http://www.euro-parl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2017/603955/EPRS_ATA(2017)603955_EN.pdf)).

⁴ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20.

⁵ *Micula*, Final Award (11 December 2013), ¶ 225 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>).

⁶ См.: *Parchajev D., Daujotas R.* Can Amici Curiae Rescue the Fading EU ISDS System? // European Investment Law and Arbitration Review. 2016. Vol. 1. Issue 1. P. 116.

aid))¹. По убеждению Европейской комиссии, решение по делу *Micula* позволило инвесторам неправомерно извлечь выгоду из схемы льгот инвесторам, так как узаконило противоречащую Регламенту государственную поддержку. 1 октября 2014 г. Европейская комиссия вручила официальное письмо правительству Румынии, в котором указала, что приведение в исполнение решения по делу *Micula* от 11 декабря 2013 г. создаст незаконную «новую государственную поддержку» в нарушение императивных положений права ЕС². Иными словами, Европейская комиссия косвенно указала, что обязательства государства — члена ЕС придерживаться права ЕС превалируют над его обязательствами согласно ст. 54(1) Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 18 марта 1965 г.) исполнять арбитражное решение на тех же условиях, что и решение своих судов³. Мало того, 30 марта 2015 г. Европейская комиссия приняла решение обязать Румынию в течение четырех месяцев вернуть все средства, уже выплаченные братьям Микулам во исполнение арбитражного решения⁴, а в декабре 2018 г. начала производство против Румынии в Суде ЕС за неисполнение решения Комиссии в соответствии со ст. 108(2) ДФЕС, ссылаясь на то, что Румыния вернула только часть выплаченных братьям Микулам денег⁵.

В итоге после вынесения арбитражного решения по делу *Micula* чаша терпения Европейской комиссии переполнилась, и она начала предпри-

¹ Council Regulation (EC) No. 659/1999 of 22 March 1999 laying down detailed rules for the application of Article 93 of the EC Treaty // OJ. 1999. L 83. P. 1–9 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31999R0659&from=EN>).

² См.: State aid SA.38517(2014/C) (ex 2014/NN) — Romania: Implementation of Arbitral award *Micula v. Romania* of 11 December 2013 (C(2014) 6848 final) (Bruxelles, 1 October 2014). Para. 71 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/254586/254586_1595781_31_11.pdf); см. также: *Parchajev D., Daujotas R.* Op. cit. P. 117.

³ Регистр текстов международных конвенций и других документов, касающихся права международной торговли. Т. II. Нью-Йорк: ООН, 1973. С. 71 (доступно в Интернете по адресу: https://www.uncitral.org/pdf/russian/publications/sales_publications/Register_texts_vol_II.pdf).

⁴ State aid: Commission orders Romania to recover incompatible state aid granted in compensation for abolished investment aid scheme (Brussels, 30 March 2015) (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4725_en.htm).

⁵ State aid: Commission refers Romania to Court for failure to recover illegal aid worth up to €92 million (Brussels, 7 December 2018) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10147.pdf>).

нимать шаги по немедленному расторжению всех «внутриевропейских» *BIT*. Вслед за решением от 30 марта 2015 г. о возврате всех выплаченных братьям Микулам денег Европейская комиссия занесла дамоклов меч над «внутриевропейскими» *BIT* пяти государств – членов ЕС¹, требуя их денонсации². Комиссия подчеркнула, что «внутриевропейские» *BIT* «в полном объеме» нарушают право ЕС, так как: (i) стандарты защиты инвестиций по *BIT*, а также положения об экспроприации и движении капитала перекрывают собой положения ДФЕС, регулирующие внутренний рынок, и дискриминируют европейских инвесторов на основании национальной принадлежности; (ii) положения, предусматривающие арбитражное разбирательство между инвесторами и государствами, а также между государствами, несовместимы со ст. 344 ДФЕС, так как препятствуют обращению государств-членов к каким-либо судебным органам, помимо Суда ЕС, для разрешения споров, предмет которых попадает в компетенцию ЕС; и (iii) оговорка о сохранении действия *BIT*, гарантирующая применимость *BIT* даже после его расторжения, способствует ухудшению текущей ситуации³.

В своем последнем коммюнике Европейскому парламенту и Совету о защите инвестиций внутри ЕС Европейская комиссия стала позиционировать себя как «страж Договора о ЕС». Она пояснила, что согласно ст. 17(1) Договора о ЕС является ответственной за эффективное применение, осуществление и исполнение права ЕС. В этой роли, по словам Европейской комиссии, она также имеет полномочия проверять направленные на защиту инвестиций меры государств-членов, включая *BIT* и национальное законодательство, на предмет соответствия праву ЕС и в случае выявления нарушений инициировать соответствующие процедуры в отношении таких государств-членов⁴.

¹ Австрии, Нидерландов, Румынии, Словакии и Швеции.

² 18 июня 2015 г. Европейская комиссия направила официальные письма-уведомления министерствам иностранных дел, после чего последовало сообщение для СМИ, в котором говорилось, что против пяти государств-членов была инициирована процедура о нарушении. В своем письме Комиссия обвиняет указанные государства-члены в несоблюдении ими своих договорных обязательств, что в обязательном порядке означает возбуждение Комиссией соответствующих процедур, имеющих прямые правовые последствия для правительств указанных государств. См.: Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties (Brussels, 18 June 2015) (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm).

³ См.: *Dahlquist J., Lenk H., Rönnelid L.* Op. cit. P. 2.

⁴ Protection of intra-EU investment: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (COM(2018) 547 final) (Brussels, 19 July 2018) (<http://>

Наконец, проект Европейского парламента и Совета, устанавливающий систему проверки прямых иностранных инвестиций в ЕС¹, еще больше закрепил роль Европейской комиссии в сфере защиты инвестиций, создав дополнительный канал сотрудничества между ней и государствами-членами с целью информирования друг друга о прямых иностранных инвестициях, способных подвергнуть угрозе безопасность или публичный порядок ЕС.

2.2. Вмешательство Европейской комиссии в арбитражные дела как предпосылка для победы в деле *Achmea*

Победа Европейской комиссии в деле *Achmea* не была внезапной. Она больше десятилетия активно принимала участие как *amicus curiae*² в арбитражных делах, возбужденных на основе «внутриевропейских» *BIT*.

Дебют Европейской комиссии в инвестиционном арбитраже состоялся в 2006 г.³, когда она направила арбитражному трибуналу письменную позицию, воспроизведенную в Частичном арбитражном решении 2007 г.⁴ Следует заметить, что на тот момент позиция Комиссии не была такой категоричной:

«...Эффективное преобладание нормативно-правовой базы ЕС (EU *acquis*) [над «внутриевропейскими» *BIT*. — *Р.А., Д.П.*] в то же время не влечет за собой автоматическое прекращение действия соответствующих *BIT* или обязательное неприменение всех их положений.

Без ущерба для верховенства права Сообщества для расторжения этих соглашений государства-члены должны будут строго следовать соответствующей процедуре, предусмотренной в самих соглашениях. Такое расторжение не может иметь обратной силы.

ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/EN/COM-2018-547-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF). P. 25.

¹ См.: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union (SWD(2017) 297 final) (COM(2017) 487 final — 2017/0224 (COD)) (Brussels, 13 September 2017) (https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:cf655d2a-9858-11e7-b92d-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_1&format=PDF).

² Как известно, *amicus curiae* — правовой институт, позволяющий заинтересованному лицу «оказать содействие суду», направляя ему информацию, имеющую отношение к делу, притом что такое лицо не является стороной по делу и не привлекается к участию в нем в качестве третьего лица.

³ См.: *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004.

⁴ См.: *Parchajev D., Daujotas R.* Op. cit. P. 124—126.

<...>

...Если спор касается иска инвестора к государству согласно *BIT*... можно утверждать, что частный инвестор имеет право и далее полагаться на процедуры урегулирования споров, предусмотренные в соглашении, до официального прекращения действия *BIT*, если спор касается фактов, имевших место до вступления [принимающего государства в ЕС. — *Р.А., Д.П.*]¹.

После этого дебюта вмешательство Европейской комиссии в инвестиционный «внутриевропейский» арбитраж происходило регулярно.

В 2009 г. Европейская комиссия направила соответствующие заключения в делах *Electrabel v. Hungary*², *AES v. Hungary*³ и, конечно же, в деле *Micula*⁴. В 2011 г. она участвовала в качестве *amicus curiae* в деле *EURAM v. Slovakia*⁵. В мае 2014 г. Европейская комиссия вмешалась в дело *U.S. Steel v. Slovakia*⁶.

Также хорошо известны попытки Европейской комиссии повлиять на исход инвестиционных дел в секторе солнечной энергетики. В июле 2014 г. она хотела вмешаться в шесть таких арбитражных разбирательств против Чешской Республики и два арбитражных разбирательства против Испании⁷.

Подобные попытки предпринимались с различной степенью успешности. Так, например, арбитры позволили Европейской комиссии подать представление *amicus curiae* в деле *Charanne and Construction In-*

¹ *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, SCC Case No. 088/2004, Partial Award (27 March 2007), ¶ 119 (с цитатой из: EC Letter of January 13, 2006) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0259_0.pdf).

² См.: *Electrabel S.A. v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19.

³ См.: *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22.

⁴ *Micula*, Final Award, ¶ 27–30.

⁵ См.: *European American Investment Bank AG (EURAM) v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-17.

⁶ См.: *U.S. Steel Global Holdings I B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2013-6.

⁷ См.: *Radjai N., Germiny L. de*. Recent Developments in Solar Energy Sector Across Europe (9 February 2015) (https://www.lalive.law/data/publications/Recent_developments_in_solar_energy_sector_across_Europe.pdf); см. также: *Peterson L.E.* Intra-EU Treaty Claims Controversy: New Decisions and Developments in Claims Brought by EU Investors vs. Spain and Hungary (24 December 2014) (<https://www.iareporter.com/articles/intra-eu-treaty-claims-controversy-new-decisions-and-developments-in-claims-brought-by-eu-investors-vs-spain-and-hungary/>).

*vestments v. Spain*¹, но не предоставили ей доступ к материалам дела и не разрешили участвовать в заседаниях в силу конфиденциальности арбитражного разбирательства², а в последующих делах — *Antin Infrastructure Services v. Spain*³ и *Eiser Infrastructure Ltd. v. Spain*⁴ — соответствующие ходатайства и заключения Комиссии были отклонены в том числе на том основании, что ее вмешательство было преждевременным⁵.

Однако независимо от того, прислушиваются ли арбитры к доводам Европейской комиссии, значимость ее вмешательства не стоит недооценивать. Притом что заключение *amicus curiae* не имеет прямых последствий для исхода арбитражного дела, последовательно изложенная позиция Европейской комиссии рано или поздно должна была показаться на радаре Суда ЕС.

Именно так и случилось в деле *Achmea*⁶. Арбитры сами обратились к Генеральному директору Юридической службы Европейской комиссии, чтобы последняя представила заключение *amicus curiae* по вопросам их юрисдикции рассматривать инвестиционный спор на основе «внутриевропейского» *BIT*⁷. Заслушав аргументы сторон и Европейской комиссии, арбитражный трибунал пришел к выводу о несостоятельности возражений Комиссии, связанных с «внутриевропейскими» *BIT*, и принял решение о наличии у него юрисдикции рассматривать дело *Achmea*⁸.

¹ *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. V 062/2012, Final Award (21 January 2016), ¶ 49 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>).

² *Ibid.*, ¶ 57.

³ См.: *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31.

⁴ См.: *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36.

⁵ *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Award (15 June 2018), ¶ 61–68 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>); *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à.r.l. v. Kingdom of Spain*, Final Award (4 May 2017), ¶ 62–70 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>).

⁶ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*).

⁷ *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, Final Award (7 December 2012), ¶ 23 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3206.pdf>).

⁸ *Ibid.*, ¶ 26.

И тем не менее, несмотря на несогласие арбитров с доводами, изложенными в заключении Европейской комиссии, именно они стали основой для обращения немецкого суда в Суд ЕС с ходатайством о вынесении знаменитого предварительного решения по вопросу совместимости «внутриевропейских» *BIT* и права ЕС.

3. Решение по делу *Achmea*: начало конца инвестиционного арбитража в ЕС?

После поражения в арбитражном деле *Achmea* Словакия решила оспорить решение по юрисдикции¹. Заявление о его отмене основывалось на доводах об отсутствии юрисдикции у арбитражного трибунала, поскольку арбитражная оговорка, содержащаяся в ст. 8 *BIT*, была несовместима с законодательством ЕС, в частности со ст. 18, 267 и 344 ДФЕС.

В первой инстанции заявление Словакии рассматривалось Высшим земельным судом Франкфурта-на-Майне (Oberlandesgericht (OLG) Frankfurt am Main), который отказал в его удовлетворении, установив, что *BIT*, включая арбитражную оговорку, не является несовместимым с вышеупомянутыми положениями ДФЕС². Тем не менее Верховный суд Германии (Bundesgerichtshof (BGH)), являющийся высшим судом страны по гражданским и уголовным делам, рассматривая дело в апелляционном порядке, передал вопросы о совместимости соответствующей арбитражной оговорки с законодательством ЕС в Суд ЕС для вынесения предварительного решения. Интересно, что Верховный суд в своем обращении отметил, что, по его мнению, арбитражная оговорка не противоречит положениям ДФЕС³.

¹ Вопрос отмены решения рассматривался согласно обычной процедуре, предусмотренной в ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже.

² OLG Frankfurt, 18.12.2014 — 26 Sch 3/13, EuZW 2015, 408 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7079.pdf>); см. также: *Fouchard C., Krestin M.* The Judgment of the CJEU in Slovak Republic v. Achmea — A Loud Clap of Thunder on the Intra-EU BIT Sky! (7 March 2018) (<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/03/07/the-judgment-of-the-cjeu-in-slovak-republic-v-achmea/>).

³ BGH, 03.03.2016 — I ZB 2/15, EuZW 2016, 512 (доступно в Интернете по адресу: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2016&Sort=3&nr=74612&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf>); см. также: *Fouchard C., Krestin M.* Op. cit.

6 марта 2018 г. Суд ЕС вынес предварительное решение¹ по делу *Achmea*², где подчеркнул автономию права ЕС, указав, что оно вытекает из независимого источника права – Договора о ЕС и ДФЕС и является превалирующим над законами и международными договорами отдельных государств-членов³. Таким образом, международное соглашение, включая *BIT*, не может влиять на распределение полномочий, закрепленное в указанных договорах, или на автономию права ЕС, соблюдение которого обеспечивается Судом ЕС. Именно поэтому согласно ст. 344 ДФЕС государства-члены обязуются не передавать споры относительно толкования или применения права ЕС на разрешение иными способами, чем те, которые предусмотрены данными договорами⁴.

Таким образом, Суд ЕС сделал вывод, что оговорки об арбитражном разбирательстве споров между инвесторами и государствами, предусмотренные во «внутриевропейских» *BIT*, подрывают систему правовых гарантий, закрепленных в договорах ЕС, что подвергает опасности автономию, эффективность, верховенство и непосредственное действие права ЕС, а также принцип взаимного доверия между государствами-членами⁵.

Основным же изъяном инвестиционного арбитража, по его мнению, является отсутствие у арбитражного трибунала полномочий обратиться в Суд ЕС для вынесения предварительного решения. Суд ЕС сослался на свои прежние решения о том, что арбитражный трибунал не является «судом или трибуналом государства-члена» согласно ст. 267 ДФЕС и поэтому не вправе сделать такое обращение, из-за чего, «принимая во внимание все характеристики арбитражного трибунала, упомянутые в ст. 8 *BIT*... следует учитывать, что при заключении *BIT* государства-члены, являющиеся его сторонами, создают механизм урегулирования споров между инвестором и государством-членом, который может воспрепятствовать разрешению данных споров спо-

¹ Предварительное решение, вынесенное согласно ст. 267 ДФЕС, – это решение Суда ЕС о толковании права ЕС, принятое в ответ на запрос суда или трибунала государства – члена ЕС. Оно является окончательным и обязательным для запросившего суда, а также всех судов ЕС и не подлежит обжалованию. См.: Preliminary ruling proceedings – recommendations to national courts (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3AII4552>).

² См.: C-284/16, *Achmea*, Judgment.

³ Ibid., ¶ 33.

⁴ Ibid., ¶ 32.

⁵ Ibid., ¶ 58.

собом, обеспечивающим полноту действия права ЕС, даже если такие споры затрагивают вопросы толкования или применения этого права»¹. И далее: «...помимо того факта, что споры, подпадающие под юрисдикцию арбитражного трибунала, указанные в ст. 8 *BIT*, могут относиться к толкованию как самого соглашения, так и права ЕС, возможность их передачи на разрешение органа, не являющегося частью судебной системы ЕС, предоставлена соглашением, которое заключено не ЕС, а государствами-членами. Статья 8 *BIT* ставит под сомнение не только принцип взаимного доверия между государствами-членами, но и сохранение установленной договорами [ЕС. — *Р.А., Д.П.*] специфики (particular nature) права, обеспеченной процедурой предварительного решения, которая предусмотрена в ст. 267 ДФЕС, в силу чего несовместима с принципом искреннего сотрудничества...»²

Толкуя данное решение, Европейская комиссия, вопреки своей вышеупомянутой позиции от 2006 г.³, указала, что все предусмотренные во «внутриевропейских» *BIT* арбитражные оговорки являются недействительными, а у арбитражного трибунала, образованного на основании таких оговорок, нет юрисдикции рассматривать «внутриевропейские» инвестиционные дела⁴.

В итоге Верховный суд Германии отменил арбитражное решение по делу *Achmea* в силу несовместимости арбитражного соглашения, содержавшегося в *BIT*, с правом ЕС⁵.

16 января 2019 г. государства — члены ЕС опубликовали две декларации, а именно декларации представителей правительств государств-членов от 15 января 2019 г. о правовых последствиях решения по делу *Achmea* и о защите инвестиций в ЕС⁶, а также от 16 января 2019 г.

¹ C-284/16, *Achmea*, Judgment, ¶ 56.

² Ibid., ¶ 58.

³ См.: *Eastern Sugar B.V. (Netherlands) v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 119.

⁴ См.: Protection of intra-EU investment: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (COM(2018) 547 final) (Brussels, 19 July 2018). P. 3.

⁵ BGH, 31.10.2018 — I ZB 2/15, WM 2018, 2294 (доступно в Интернете по адресу: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10114.pdf>); см. также: *Jones T. Germany's top court shows obedience to Achmea* (9 November 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1176731/germany%E2%80%99s-top-court-shows-obedience-to-achmea>).

⁶ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union (https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/60d015e1-c560-4217-afb2-1233319a0d4e/EU-Political-Declaration-Majority---France.pdf).

об исполнении решения по делу *Achmea* и о защите инвестиций в ЕС¹, в которых утвердили, что впредь государства-члены, чьи инвесторы возбудили либо возбудят инвестиционный арбитражный спор против другого государства-члена, примут необходимые меры для информирования арбитражного трибунала о последствиях указанного решения. Более того, согласно декларациям, государства-члены предпримут меры, чтобы все арбитражные решения, принятые на основе «внутри-европейских» *BIT*, были отменены либо не приведены в исполнение. Важно отметить, что в декларациях отрицается любая возможность заново рассмотреть дела, решения по которым вступили в законную силу до решения Суда ЕС по делу *Achmea*².

Таким образом, дальнейшие перспективы инвестиционного арбитража на основе «внутриевропейских» *BIT* весьма прозрачны. Вместе с тем менее очевидна участь арбитражных соглашений во «внешне-европейских» *BIT*.

4. Распространение последствий решения по делу *Achmea* на «внешеевропейские» *BIT*

4.1. *Status quo*: позиция органов ЕС в отношении «внешеевропейских» *BIT*

Еще в конце 2012 г. Европейским парламентом и Советом был принят Регламент ЕС № 1219/2012 о создании переходных механизмов (transitional arrangements) для двусторонних инвестиционных соглашений между государствами-членами и третьими странами³ (далее — Регламент № 1219/2012).

¹ Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January [2019] on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union ([https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/9b5bce69-b000-480c-b151-921eeca47212/EU-Political-Declaration-\(Sweden-Luxembourg-Finland-Malta-Slovenia\).pdf](https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/9b5bce69-b000-480c-b151-921eeca47212/EU-Political-Declaration-(Sweden-Luxembourg-Finland-Malta-Slovenia).pdf)).

² Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 15 January 2019 on the Legal Consequences of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, para. 74; Declaration of the Representatives of the Governments of the Member States, of 16 January [2019] on the Enforcement of the Judgment of the Court of Justice in *Achmea* and on Investment Protection in the European Union, para. 7.

³ Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries // OJ. 2012. L 351. P. 40–46 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32012R1219>).

В соответствии с Регламентом № 1219/2012 государства-члены должны уведомить Европейскую комиссию обо всех существующих «внешнеевропейских» *BIT*, подписанных до вступления в силу Лиссабонского договора, которые они хотят сохранить в силе¹. Такие «внешнеевропейские» *BIT*, согласно Регламенту № 1219/2012, будут оставлены в силе до вступления в действие *BIT* между ЕС (как блоком) и третьей страной².

После уведомления Европейская комиссия должна оценить такие «внешнеевропейские» *BIT* на предмет «серьезных препятствий» (“serious obstacles”) для переговоров или заключения *BIT* между ЕС, с одной стороны, и третьей страной – с другой³. В случае если одно или несколько положений указанных *BIT* представляют собой «серьезное препятствие», Европейская комиссия вступает в консультации с заинтересованным государством-членом, чтобы определить соответствующие действия для решения этого вопроса⁴.

Примечательно, что с момента вступления в силу Регламента № 1219/2012 подписание нового «внешнеевропейского» *BIT* требует получения соответствующим государством-членом предварительного разрешения Европейской комиссии⁵.

Однако Регламент № 1219/2012 не влечет за собой несопоставимость арбитражных оговорок, содержащихся во «внешнеевропейских» *BIT* с правом ЕС, а предусматривает лишь обязательство уведомить Европейскую комиссию о любых спорах, возникающих на основе «внешнеевропейских» *BIT*, и обеспечить полное сотрудничество с ней в проведении процедур в рамках надлежащих механизмов, которые могут включать при необходимости участие Европейской комиссии в соответствующих процедурах ЕС⁶. Наоборот, преамбула Регламента № 1219/2012 гласит о необходимости обеспечить дальнейшее сохранение силы таких *BIT*, включая положения об урегулировании споров⁷.

¹ Regulation (EU) No. 1219/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries, Art. 2.

² Ibid., Art. 3.

³ Ibid., Art. 5.

⁴ Ibid., Art. 6(2).

⁵ Ibid., Art. 11.

⁶ Ibid., Art. 13(c).

⁷ Ibid., Preamble, para. (16).

При принятии Регламента № 1219/2012 Совет ЕС истолковал его проект следующим образом: «Учитывая, что двусторонние инвестиционные соглашения, заключенные государствами-членами с третьими странами, до сих пор являются основным источником безопасности и правовой защиты для европейского инвестора за рубежом, новая правовая база не должна негативно влиять на защиту инвесторов и гарантии, которыми они пользуются в рамках существующих соглашений»¹.

Таким образом, создается впечатление, что до полной замены «внешнеевропейских» *ВИТ* соглашениями нового образца, т.е. соглашениями, заключенными от имени всего ЕС, арбитражные оговорки, содержащиеся в существующих *ВИТ*, остаются действительными. Учитывая, как медленно проходят переговоры о заключении соглашений нового образца², такой переход может случиться не скоро.

4.2. Искусственное разделение на «внутриевропейские» и «внешнеевропейские» *ВИТ* в отсутствие существенных отличительных признаков

Поясняя последствия решения по делу *Achmea*, Европейская комиссия указала, что решение Суда ЕС касается исключительно споров внутри ЕС. Комиссия «очень четко дала понять», что для внешней инвестиционной политики ЕС применяются иные правовые стандарты, поэтому решение по делу *Achmea* к ней неприменимо³.

Несмотря на то что такая позиция Европейской комиссии явно радует сторонников арбитража, она, по мнению авторов, неубедительна, поскольку в некоторой степени противоречит тексту решения по делу *Achmea*.

¹ Position (EU) No. 11/2012 of the Council at First Reading with a view to the adoption of a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries. Adopted by the Council on 4 October 2012 (2012/C 352 E/02) // OJ. 2012. C 352E. P. 30 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012AG0011&from=EN>).

² Договор с Японией, например, согласовывался уже с 2013 г. и вступил в силу 1 февраля 2019 г. (см.: EU-Japan Economic Partnership Agreement (<http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/eu-japan-economic-partnership-agreement/>)), однако переговоры по вопросам защиты инвестиций и разрешения споров пока продолжаются (см.: EU-Japan trade agreement enters into force (Brussels, 31 January 2019) (http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-785_en.htm)).

³ Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments – Questions and Answers (Brussels, 19 July 2018) (http://europa.eu/rapid/press-release_ME-MO-18-4529_en.htm).

Во-первых, вывод Суда ЕС основывался на том, что передача споров в арбитраж, если они могут относиться к толкованию права ЕС, «ставит под сомнение не только принцип взаимного доверия между государствами-членами, но и сохранение установленной договорами [ЕС. — *Р.А., Д.П.*] специфики (particular nature) права, обеспеченной процедурой предварительного решения, которая предусмотрена в ст. 267 ДФЕС...». Между тем эта логика применима к обоим видам *ВИТ* — как «внутриевропейским», так и «внешеевропейским», поскольку они одинаково создают риск применения права ЕС без возможности обратиться в Суд ЕС за предварительным решением.

При этом не совсем понятно, почему Суд ЕС не запрещает арбитрам применять право ЕС в коммерческом арбитраже (хотя арбитражному трибуналу здесь также не позволено обращаться в Суд ЕС¹), но запре-

¹ См.: C-102/81, *Nordsee Deutsche Hochseefischerei GmbH v. Reederei Mond Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG and Reederei Friedrich Busse Hochseefischerei Nordstern AG & Co. KG.*, [1982] ECR 01095 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61981CJ0102&from=EN>). В данном деле было установлено, что у состава третейского суда нет права обращения в Суд ЕС согласно ст. 177 (сейчас — ст. 267) ДФЕС. Суд ЕС отклонил следующие аргументы в пользу предоставления права обращения: во-первых, Европейское экономическое сообщество разрешает органам иным, нежели органы последней инстанции, обращаться в Суд ЕС; во-вторых, обязательность арбитражных решений подтвердила схожий статус государственных судов и третейских судов; в-третьих, арбитражный трибунал обязан применять все соответствующие нормы права, включая право ЕС; в-четвертых, состав третейского суда был надлежащим образом сформирован в соответствии с национальным правом; наконец, в-пятых, арбитражный трибунал был связан национальными правилами судопроизводства. В то же самое время государствами-членами и Европейской комиссией в этом отношении постоянно высказывалась озабоченность. Для начала, согласно позиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, (i) арбитражный трибунал состоит из частных лиц, назначенных по соглашению сторон, в противоположность назначению по закону; (ii) он не осуществляет свои функции или юрисдикцию от имени государства; (iii) арбитражное решение подлежит судебному контролю; (iv) одна из сторон или даже обе стороны могут не являться гражданами государства-члена и, таким образом, могут столкнуться с большими трудностями при идентификации правовых норм ЕС; (v) географический характер (место) арбитража почти не связан со спором. Кроме того, Соединенное Королевство отметило, что такое обращение в Суд ЕС затрудняет арбитражную процедуру и вредит успеху крупных арбитражных центров. Оно выразило опасения, что обращение поставит под угрозу скорость, окончательность и конфиденциальность арбитражного разбирательства и может сдерживать стороны от использования Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration (LCIA)) в связи с угрозой того, что находящиеся в Лондоне арбитры будут делать обращения, приводящие к продолжительным предварительным процессам. Европейская комиссия добавила, что третейские суды не связаны решениями Суда ЕС, в связи с чем они будут рассматриваться лишь как правовое мнение (см.: *Parchajev D., Daujotas R.* Op. cit. P. 121).

щает это делать составу третейского суда, сформированному согласно «внутриевропейскому» *BIT*: «...арбитражное разбирательство, упомянутое в ст. 8 *BIT*, отличается от коммерческого арбитража. В то время как последнее берет свое начало в свободно выраженной воле сторон, первое вытекает из международного договора, по которому государства-члены соглашаются исключить из-под юрисдикции своих собственных судов... споры, которые могут касаться применения или толкования права ЕС. При таких обстоятельствах соображения... касающиеся коммерческого арбитража, не могут применяться к арбитражным разбирательствам, подобным тем, которые упомянуты в ст. 8 *BIT*»¹.

Во-вторых, авторы склонны считать, что выводы по делу *Achmea* могут распространяться на оба вида *BIT*, так как и те, и другие заключаются от имени конкретного государства-члена, а не всего ЕС. Согласно практике Суда ЕС, в таком случае государства-члены в рамках *BIT* не могут наделить арбитражный трибунал полномочиями применять положения *BIT* и права ЕС без надзора Суда ЕС: «...международное соглашение, предусматривающее создание форума, который был бы уполномочен толковать положения [данного международного соглашения] и решения которого являлись бы обязательными для органов ЕС, в том числе и для Суда ЕС, по сути не является несовместимым с правом Союза. Компетенция Союза в сфере международных отношений и его право заключать международные соглашения неизбежно включает в себя возможность принятия обязательств по подчинению решениям форума, созданного или назначенного в соответствии с такими договорами, в отношении толкования и применения положений этих договоров...

[Если же] возможность передачи таких споров на разрешение органа, не являющегося частью судебной системы ЕС, предоставлена соглашением, которое заключено не ЕС, а государствами-членами, [это] ставит под сомнение не только принцип взаимного доверия между государствами-членами, но и сохранение установленной договорами [ЕС. — Р.А., Д.П.] специфики (particular nature) права, обеспеченной процедурой предварительного решения, которая предусмотрена в ст. 267 ДФЕС, в силу чего [она] несовместима с принципом искреннего сотрудничества»² (курсив наш. — Р.А., Д.П.).

¹ C-284/16, *Achmea*, Judgment, ¶ 55.

² Ibid., ¶ 57 (со ссылкой на: Opinion 1/91 (EEA Agreement — I), [1991] ECR I-06079, paras. 40, 70; Opinion 1/09 (Agreement creating a unified patent litigation system), [2011] ECR I-01137, paras. 74, 76; Opinion 2/13 (Accession of the EU to the ECHR), paras. 182, 183 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=eccli:EU:C:2014:2454>)), 58.

Таким образом, если отсутствие юрисдикции у арбитражного трибунала на рассмотрение инвестиционного спора из «внутриевропейского» *BIT* обусловлено тем, что такое соглашение не было заключено всем ЕС, то, по мнению авторов, у инвесторов аналогичным образом не должно быть возможности передать инвестиционный спор на рассмотрение в арбитраж на основании «внешеевропейского» *BIT*, заключенного не ЕС, а конкретным государством-членом.

В-третьих, позиция Европейской комиссии о распространении последствий решения по делу *Achmea* исключительно на «внутриевропейские» *BIT* еще менее убедительна с учетом ее пояснений относительно Договора к Энергетической Хартии (далее — ДЭХ). Поскольку самостоятельными сторонами ДЭХ являются как ЕС, так и отдельные государства-члены, указанная позиция заслуживает критики.

Согласно Европейской комиссии, ст. 26 ДЭХ содержит действующую арбитражную оговорку только в отношении споров государств-членов либо всего ЕС (как блока) с третьими странами. В отношении же «внутриевропейских» споров арбитраж на основании ДЭХ невозможен. Иначе, по словам Комиссии, ст. 26 ДЭХ, так же как и «внутриевропейские» *BIT*, создала бы возможность передавать инвестиционные споры в орган, который не является частью судебной системы ЕС¹. Европейская комиссия считает, что участие ЕС в ДЭХ не является волеизъявлением ЕС передать любые споры, вытекающие из положений ДЭХ, на рассмотрение в арбитраж согласно ст. 26. По ее мнению, участие ЕС в ДЭХ не влияет на юрисдикцию арбитража — оно только создало права и обязанности между ЕС и третьими странами и не затронуло отношения между государствами — членами ЕС².

Таким образом, Европейская комиссия не отрицает действительность арбитражного соглашения, содержащегося в ст. 26 ДЭХ, не отрицает, что положения ДЭХ связывают как государства — члены ЕС, так и весь ЕС, но при этом она утверждает, что применимость ст. 26 ДЭХ обусловлена наличием хотя бы одной стороны, не являющейся государством — членом ЕС или инвестором из такого государства.

Подобное толкование, согласно которому арбитражная оговорка и действует, и в то же самое время не действует, уже было отвергнуто по крайней мере в одном деле после оглашения решения по делу

¹ См.: Protection of intra-EU investment: Communication from the Commission to the European Parliament and the Council (COM(2018) 547 final) (Brussels, 19 July 2018). P. 3–4.

² См.: Ibidem.

Achmea. Арбитражный трибунал по «внутриевропейскому» спору *Vattenfall*¹ отклонил доводы о том, что у него нет юрисдикции на рассмотрение дела в свете решения *Achmea*². Интересно отметить, что председателем арбитражного трибунала по делу *Vattenfall* был А.Я. ван ден Берг, также входивший в состав третейского суда по делу *Achmea*. Трибунал по спору *Vattenfall* пришел к выводу, что для решения вопроса о юрисдикции актуальна лишь ст. 26 ДЭХ и что в данном случае нет потребности в обращении к праву ЕС или решению по делу *Achmea*. По мнению арбитров, исключение «внутриевропейских» споров из сферы действия ст. 26 ДЭХ не соответствует «гармоничному» толкованию данной статьи³. Кроме того, арбитры подчеркнули, что толкование Европейской комиссии неприемлемо, так как привело бы к ситуации, когда обязательства двух отдельно взятых договаривающихся сторон (государства — члена ЕС и третьей страны) будут существенно отличаться друг от друга, притом что сам ДЭХ предусматривает равное отношение к каждой договаривающейся стороне⁴.

Подход Европейской комиссии был также отклонен заключением генерального адвоката, г-на Вателе, который пояснил: «Более того, все государства-члены и Союз также ратифицировали Договор к Энергетической Хартии, подписанный 19 декабря 1994 г. в Лиссабоне. Данный многосторонний договор об инвестициях в сфере энергетики действует между самими государствами-членами, поскольку он был заключен не как договор между Союзом и его государствами-членами, с одной стороны, и третьими странами — с другой, но как обычный многосторонний договор, в котором на равных правах участвуют все договаривающиеся стороны. В этой связи предусмотренные в указанном договоре материальные положения о защите инвестиций и механизме разрешения инвестиционных споров (ISDS) также действуют между государствами-членами»⁵.

¹ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12.

² См.: Tribunal Rejects Achmea Objection (3 September 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1173702/vattenfall-tribunal-rejects-achmea-objection>).

³ *Georgaki K.* The Decision on the Achmea Issue in *Vattenfall v. Germany* or: How to Escape the Application of the CJEU's Decision in *Achmea* in Three Steps (28 November 2018) (<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/11/decision-achmea-issue-vattenfall-v-germany-or-how-escape-application>).

⁴ *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, Decision on the *Achmea* Issue (31 August 2018), ¶ 157.

⁵ C-284/16, *Achmea*, Opinion of Advocate General Wathelet delivered on 19 September 2017, ¶ 43.

Многие ожидают¹, что вопрос соответствия ст. 26 ДЭХ праву ЕС будет окончательно решен Судом ЕС в деле *Novenergia v. Spain*²; тем не менее авторы предполагают, что довод Комиссии о том, что арбитраж против государства — члена ЕС возможен, если истец не является государством — членом ЕС или инвестором из такого государства, но невозможен в ином случае, не будет поддержан судами и арбитражными трибуналами. По крайней мере до модификации положений самого ДЭХ.

Подводя итог, следует отметить, что существующее искусственное разделение последствий решения по делу *Achmea* применительно к «внешнеевропейским» и «внутриевропейским» ВИТ не соответствует букве данного решения и не имеет логичного обоснования.

4.3. Потенциальное влияние практики Суда ЕС по соглашениям об избежании двойного налогообложения на дальнейшую судьбу арбитражных оговорок, содержащихся во «внешнеевропейских» ВИТ

Анализируя последствия дела *Achmea* для арбитражных оговорок, содержащихся во «внешнеевропейских» ВИТ, полезно провести параллель с практикой Суда ЕС по действительности и совместимости соглашений об избежании двойного налогообложения с правом ЕС. По словам Т. О'Ши³, независимо от того, являются ли соглашения об избежании двойного налогообложения «внутренними» либо «внешнеевропейскими», они не могут противоречить праву ЕС.

Статья 307 Договора об учреждении Европейского Сообщества⁴ предоставляет государству-члену, принятому в ЕС, право сохранять

¹ Испания уже заявила о своем намерении заявить перед шведским судом, рассматривающим дело о приведении в исполнение арбитражного решения по делу *Novenergia II* (см. следующую сноску), доводы о ничтожности арбитражной оговорки, содержащейся в ДЭХ (см.: Muñoz R., Sanderson B. The *Achmea* storm heads straight for Spain (4 Jun. 2018) (<https://www.dlapiper.com/it/italy/insights/publications/2018/06/the-achmea-storm-heads-straight-for-spain/>).

² *Novenergia II — Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Arbitration (2015/063), Final Arbitral Award (15 February 2018) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>).

³ O'Shea T. EU Tax Law and Double Tax Conventions. Avoir Fiscal Ltd., 2008. P. 65—68.

⁴ «Положения настоящего Договора не затрагивают права и обязанности, вытекающие из соглашений между одним или несколькими государствами-членами, с одной стороны, и одним или несколькими третьими государствами, с другой стороны, которые были заключены до 1 января 1958 г. или — в отношении присоединяющихся государств — до дня их присоединения.

В той мере, в какой данные соглашения не соответствуют настоящему Договору, заинтересованные государство-член или государства-члены прибегают к любым под-

противоречащие праву ЕС двусторонние договоры лишь в течение переходного периода, чтобы иметь возможность исполнить свои обязательства по ним. О'Ши утверждает, что согласно указанной норме у государства-члена имеются только два варианта приведения своих соглашений об избежании двойного налогообложения в соответствие с правом ЕС: либо внести необходимые изменения в текст соглашения, либо денонсировать или расторгнуть противоречащее праву ЕС соглашение. Согласно практике Суда ЕС, соглашения об избежании двойного налогообложения между государствами-членами должны находиться в полном соответствии с обязательствами договаривающихся государств-членов по праву ЕС¹.

Практика Суда ЕС была суммирована в деле *Gottardo*: «Из данной практики [Суда ЕС. — Р.А., Д.П.] следует, что при исполнении обязательств, установленных в международных соглашениях, заключенных между государствами-членами или одним государством-членом и одним или несколькими третьими государствами, государства-члены должны соблюдать возложенные на них правом Союза обязательства, за исключением случаев, предусмотренных в ст. 307 Договора об учреждении Европейского Сообщества. *Не имеет значения то, что третьи страны не обязаны соблюдать никакие обязательства согласно праву Союза*»² (курсив наш. — Р.А., Д.П.).

ходящим средствам, чтобы ликвидировать установленные несоответствия. В случае необходимости государства-члены содействуют друг другу в достижении этой цели и, когда уместно, вырабатывают совместный подход.

<...>» (Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community // OJ. 2002. С 325. Р. 152 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12002E/TXT&from=EN>)).

¹ O'Shea T. Op. cit. P. 67; см. также: C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. Schumacker*, [1995] ECR I-00225, para. 21 (со ссылкой на: C-246/89, *Commission of the European Communities v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, [1991] ECR I-4585, para. 12) (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=C-279/93&td=ALL>); C-265/04, *Margaretha Bouanich v. Skatteverket*, [2006] ECR I-00923, paras. 49 (со ссылкой на: C-336/96, *Mr. and Mrs. Robert Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, [1998] ECR I-02793, paras. 24, 30; C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, [1999] ECR I-06161, para. 57), 50 (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-265/04>); C-170/05, *Denkavit Internationaal BV and Denkavit France SARL v. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, [2006] ECR I-11949, paras. 43 (со ссылкой на: C-307/97, *Saint-Gobain ZN*, para. 57; C-265/04, *Bouanich*, para. 49), 44 (со ссылкой на: C-265/04, *Bouanich*, para. 50) (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-170/05>)).

² C-55/00, *Elide Gottardo v. Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, [2002] ECR I-00413, para. 33 (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=c-55/00>).

Применяя данную практику в контексте *BIT*, государства-члены должны соблюдать возложенные на них правом ЕС обязательства независимо от того, являются ли соглашения «внутренними» или «внешнеевропейскими», а также от того, что другая сторона «внешнеевропейского» *BIT* не обязана соблюдать никакие обязательства согласно праву ЕС.

Примечательно, что обязательство государства-члена привести «внешнеевропейское» *BIT* в соответствие со своими обязательствами по праву ЕС должно соблюдаться во всех случаях. В практике Суда ЕС государствами-членами приводились доводы о дипломатических или политических сложностях денонсации международного соглашения, не соответствующего праву ЕС, но все они были отклонены органами ЕС. Тот аргумент, что денонсация соглашения с третьей страной является «непропорциональной и игнорирующей интересы внешней политики государства-члена по сравнению с защитой интереса [Европейского] Сообщества», тоже был отклонен¹.

Эта логика вполне может быть задействована Европейской комиссией в дальнейшей атаке на *BIT* — на этот раз на «внешнеевропейские». Она может потребовать привести такие *BIT* в соответствие с правом ЕС под угрозой отказа в исполнении основанных на них решений.

5. Выводы

Параллель с практикой Суда ЕС по делам, связанным с соглашениями об избежании двойного налогообложения, позволяет авторам предположить, что решение по делу *Achmea*, которое на данный момент распространяется исключительно на «внутриевропейские» *BIT*, может быть в будущем использовано Европейской комиссией для постепенного полного отказа от инвестиционного арбитража с участием государств — членов ЕС.

Следует ожидать, что участь «внешнеевропейских» *BIT* будет точнее определена в деле *Novenergia v. Spain* и в Заключении Суда ЕС 1/17 о совместимости положений Комплексного экономического и торгового соглашения (Comprehensive Economic and Trade Agreement (далее — *CETA*)) между ЕС и Канадой о разрешении инвестиционных

¹ См.: C-62/98, *Commission of the European Communities v. Portuguese Republic*, [2000] ECR I-05171, para. 50 (доступно в Интернете по адресу: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-62/98>); см. также: *O'Shea T.* Op. cit. P. 67.

споров между инвесторами и государствами с правом ЕС¹. Европейская комиссия уже подтвердила, что аргументы о влиянии решения по делу *Achmea* на разрешение «внешнеевропейских» инвестиционных споров были предъявлены на заседании в рамках подготовки Заключения Суда ЕС 1/17².

Осознав, что как «внутриевропейский», так и «внешнеевропейский» инвестиционный арбитраж вызывает риск толкования и применения права ЕС без возможности воспользоваться процедурой предварительного решения, предусмотренной в ст. 267 ДФЕС, государства — члены ЕС будут вынуждены выбрать один из двух доступных им вариантов устранения нарушения принципов права ЕС: либо денонсировать все «внешнеевропейские» соглашения о защите инвестиций, которые предусматривают возможность передать спор на рассмотрение в международный арбитраж, либо модифицировать закрепленные в них положения о разрешении инвестиционных споров.

Комиссия уже начала работу по замене инвестиционного арбитража на так называемую Систему инвестиционного суда (Investment Court System (ICS))³. Такая система включена в *CETA*, соглашение о зоне свободной торговли ЕС с Вьетнамом⁴. Начата работа по согласованию

¹ Ходатайство о подготовке Заключения 1/17 было подано Королевством Бельгия в соответствии со ст. 218(11) ДФЕС (см.: Opinion 1/17: Request for an opinion submitted by the Kingdom of Belgium pursuant to Article 218(11) TFEU // OJ. 2017. С 369. Р. 2 (доступно в Интернете по адресу: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2017:369:FULL&from=GA>)).

² Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments — Questions and Answers (Brussels, 19 July 2018). Согласно неофициальным источникам, на слушании 26 июня 2018 г. органы ЕС высказали мнение, что решение по делу *Achmea* неприменимо в рамках разрешения «внешнеевропейских» инвестиционных споров. Органы ЕС отметили, что в деле *Achmea* речь шла о взаимном доверии между государствами — членами ЕС. Принцип взаимного доверия не применяется в отношениях с третьими странами. См.: *Mata Dona J.R.* Opinion 1/17 on CETA: Hearing Report (3 July 2018) (<http://international-litigation-blog.com/opinion-1-17-ceta-hearing-report/>).

³ См.: *Ходыкин Р.М.* Закат эры инвестиционного арбитража? // Legal Insight. 2014. № 6(32). С. 64; см. также: *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; Сост.: 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.

⁴ См.: Commission presents EU-Vietnam trade and investment agreements for signature and conclusion (Brussels, 17 October 2018) (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1921>).

подобных соглашений с Мексикой¹, Малайзией², Мьянмой³, Японией⁴ и Китаем⁵.

Готовясь к этим переменам, государства — члены ЕС также разрабатывают свои варианты «гибридных» методов рассмотрения спора. Так, например, Нидерланды предложили свой вариант типового *BIT*, предусматривающий такие новинки, как запрет назначения арбитров сторонами, а также запрет назначения арбитрами адвокатов, выступающих в качестве представителя стороны в инвестиционном арбитраже⁶. Также продвигаются инициативы по созданию постоянного Многостороннего инвестиционного суда под эгидой ЮНСИТРАЛ⁷.

Ясно одно — грядут перемены, и к ним надо быть готовыми. Какова судьба арбитражных оговорок, содержащихся во «внешеевропейских» *BIT* до замены таких *BIT* соглашениями нового образца? Время покажет...

¹ См.: EU and Mexico reach new agreement on trade (Brussels, 21 April 2018) (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1830>).

² См.: Countries and Regions: Malaysia (<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/malaysia/>).

³ См.: Countries and Regions: Myanmar (<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/myanmar/>).

⁴ См.: EU and Japan sign Economic Partnership Agreement (Tokyo, 17 July 2018) (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1891>).

⁵ См.: Countries and Regions: China (<http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/countries/china/>).

⁶ См.: *Ross A.* Radical proposals in draft Netherlands Model BIT (16 May 2018) (<https://globalarbitrationreview.com/article/1169654/radical-proposals-in-draft-netherlands-model-bit>).

⁷ См.: Commission provides guidance on protection of cross-border EU investments — Questions and Answers; см. также: The Multilateral Investment Court project (Brussels, 21 December 2016) (<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1608>).

CHERRY-PICKING OR CHERRY-BITING? THE RES JUDICATA DOCTRINE AND THE LIMITS OF PERMISSIBLE PARALLEL AND CONSECUTIVE PROCEEDINGS IN INVESTMENT ARBITRATION

SERGEY ALEKHIN,

Associate at *Willkie Farr & Gallagher* Law Firm (Paris, France),

DMITRY BAYANDIN,

Associate at *Derains & Gharavi* Law Firm (Paris, France)*

With a significant body of literature on the doctrine of res judicata in international arbitration, and more specifically investment arbitration, this article largely builds up on two recent decisions: the Award in Caratube v. Kazakhstan (27 September 2017) and the Decision in Mobil v. Canada (13 July 2018), followed by the Procedural Order No. 9 (11 December 2018) (with further analysis of Apotex III, as well as earlier awards and decisions).

The authors posit that notwithstanding the observable tendency in international arbitration to interpret the res judicata doctrine more broadly with a view to precluding re-litigation of the same issues, there are several instances where consecutive and parallel proceedings are permissible.

In particular, the authors examine the following two scenarios: (i) consecutive proceedings arising out of the same or similar factual matrix, but brought under different jurisdictional bases are permissible, unless they constitute an abuse of rights; and (ii) consecutive proceedings arising out of the same or similar factual matrix, brought under the same jurisdictional basis, but dealing with distinctive issues and / or claims, are permissible when the second set of issues and / or claims were not yet “ripe” for consideration in the original proceedings.

* The views expressed herein are the authors own and do not necessarily reflect the views of the firm they represent or any of its clients. The authors thank Ms. Charlotte Woodley for her input and suggested technical edits.

Keywords: res judicata; abuse of process; abuse of rights; collateral estoppel; issue estoppel; cause of action estoppel; Henderson rule; claim-splitting; ripeness of claims.



Учитывая большое количество публикаций о доктрине *res judicata* в международном, и в частности инвестиционном, арбитраже, данная статья в значительной степени основывается на двух недавних арбитражных решениях: решении от 27 сентября 2017 г. по делу *Caratube v. Kazakhstan* и решении от 13 июля 2018 г. по делу *Mobil v. Canada*, а также последовавшем за ним процессуальном приказе № 9 от 11 декабря 2018 г. (с дальнейшим анализом дела *Aprotex III* и предыдущих арбитражных решений).

Авторы утверждают, что, несмотря на наблюдаемую в международном арбитраже тенденцию к более широкому толкованию доктрины *res judicata* с целью предотвращения повторных разбирательств по одним и тем же вопросам, существует несколько случаев, в которых последовательные и параллельные арбитражные разбирательства являются допустимыми.

В частности, авторы рассматривают два следующих сценария: (i) последовательные арбитражные разбирательства, основанные на одной и той же или схожей совокупности фактов, но инициированные на разных юрисдикционных основаниях, являются допустимыми, если только они не представляют собой злоупотребление правом; (ii) последовательные арбитражные разбирательства, основанные на одной и той же или схожей совокупности фактов, возбужденные на одной и той же юрисдикционной основе, но направленные на разрешение различных вопросов и (или) требований, допустимы, когда второй набор вопросов и (или) требований еще не созрел для рассмотрения в первоначальном производстве.

Ключевые слова: res judicata; преюдиция; злоупотребление процессуальными правами; злоупотребление правом; эстоппель; правило Henderson; разделение требований; несозревшие требования.



1. Introduction

Straightforward investor-state disputes have become a thing of the past. Not only have states offered their consent to arbitrate in investment legislation and bilateral and multilateral investment treaties with investors commonly unknown to them up until the filing of the notice of dispute, but litigation strategies of claimant-investors have also considerably evolved. Against the backdrop of mass claims in investment arbitration, involvement of third non-disputing parties, additional conflict of interest layers in view of third-party funding, one “complication” stands out – multiple, either parallel or consecutive, related investment proceedings.

The following scenarios may lead to such proceedings: (i) same investor initiates separate treaty and contract claim against the host state; (ii) shareholders of the same investor initiate separate claims against the state (under the same or distinct legal basis, especially if shareholders have different nationalities); (iii) corporate entities in the same group or chain of companies initiate separate claims against the state.

Multiple proceedings in investment arbitration, where the investors attempt to either get a second bite at the cherry by bringing consecutive claims following initial defeat, or cherry-pick their claims and structure them among several parallel proceedings, may understandably be perceived as an undue disadvantage for the interests of the states involved in investor disputes. Aside from being costly, they undermine one of the fundamental principles of international adjudication, that of finality, and increase the risk of inconsistency among arbitral awards. Multiple proceedings, especially if part of an oppressive litigation tactic, are also burdensome and go against the *non bis in idem* principle, in that they require the respondent state to defend itself more than once. In this context, lack of consistency and finality, as well as ignorance of judicial economy and legal security principles could become yet another argument for states to denunciate the ICSID Convention or terminate the investment treaties they are parties to.

The “toolset” allowing to deal with parallel and consecutive proceedings is considerable, and includes, *e.g.*, consolidation (or *de facto* consolidation), joinder, “fork-in-the-road” or waiver provisions, *res judicata* / *lis pendens* and abuse of process¹. Yet of all these tools, the first two require

¹ See, *e.g.*: G. Kaufmann-Kohler, L. Boisson de Chazournes, V. Bonnin & M.M. Mbengue, Consolidation of Proceedings in Investment Arbitration: How Can Multiple Proceedings Arising from the Same or Related Situations Be Handled Efficiently? Final Report on the Ge-

appropriate provisions in the applicable procedural rules, as well as party agreement (unlikely to be procured, especially if proceedings are multiplied on purpose)¹, and the second two require appropriate provisions in the applicable dispute resolution clause, as well as strict identity of parties, subject matter and cause of action (also referred to as the “triple-identity test”, discussed further below)². In turn, *res judicata* / *lis pendens* and abuse of process are tools inherently available to investment tribunals, regardless of applicable procedural rules, jurisdictional basis of the dispute and

neva Colloquium held on 22 April 2006, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 21 (2006), Issue 1, p. 65. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/21.1.59>

¹ Furthermore, when an investment arbitration is based on a bilateral investment treaty, a third-nationality party to be joined would arguably not satisfy the nationality requirement of the treaty, thereby raising a fundamental jurisdictional / consent problem.

² A typical “fork-in-the-road” clause reads:

“2. <...> If the [investment] dispute cannot be settled amicably, the national or company concerned may choose to submit the dispute for resolution:

- (a) to the courts or administrative tribunals of the Party that is a party to the dispute; or
- (b) in accordance with any applicable, previously agreed dispute-settlement procedures; or
- (c) in accordance with the terms of paragraph 3.

3. (a) *Provided that the national or company concerned has not submitted the dispute for resolution under paragraph 2 (a) or (b)...* the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration:

<...>” (Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Estonia for the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (19 April 1994), Arts. VI(2), 3(a) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1161>) (emphasis added)).

A typical waiver clause reads:

“A disputing investor may submit a claim... to arbitration only if:

(a) the investor consents to arbitration in accordance with the procedures set out in this Agreement; and

(b) *the investor... waive[s] [its] right to initiate or continue before any administrative tribunal or court under the law of any Party, or other dispute settlement procedures, any proceedings with respect to the measure of the disputing Party that is alleged to be a breach...* except for proceedings for injunctive, declaratory or other extraordinary relief, not involving the payment of damages, before an administrative tribunal or court under the law of the disputing Party” (North American Free Trade Agreement (17 December 1992), Art. 1121(1) (https://datd.cepal.org/Normativas/TLCAN/Ingles/North_American_Free_Trade_Agreement-NAFTA.pdf) (emphasis added)).

The ILA Committee on International Law on Foreign Investment noted in its 2008 Rio Conference Report that a “fork-in-the-road” provision “in reality has been proved complex, inflexible and almost meaningless by its restrictions”, whereas application of a waiver clause “has been scarce and its benefits remain to be tested further” (see: Committee on International Law on Foreign Investment, Rio de Janeiro Conference (2008): Final Report (<https://ila.vettoreweb.com/Storage/Download.aspx?DbStorageId=1173&StorageFileGuid=898e1043-702d-4bde-9534-962019a8383d>), p. 22).

parties' agreement. They are also the most commonly-invoked tools for addressing multiple proceedings, having generated a considerable amount of jurisprudence and academic writings, with an observable tendency to interpret the *res judicata* doctrine in a more flexible manner, both in scope and application.

While the adaption of the *res judicata* doctrine and related concepts such as collateral estoppel and abuse of rights to the multitude of procedural situations arising in investment arbitration is commendable and promotes consistency, finality and judicial economy, we posit there are at least two scenarios where consecutive and parallel proceedings are permissible.

This article is structured into three parts. In first part (Section 2), we recall the key features of the *res judicata* doctrine and the related principles of cause of action estoppel, issue estoppel and abuse of process, as relevant to investment arbitration. Then, in second part (Section 3), we analyze the findings on *res judicata*, collateral estoppel and abuse of process in the Award in *Caratube II*¹, listing five key takeaways. Lastly, in third part (Section 4), we analyze the Decision on Jurisdiction and Admissibility in *Mobil II*², focusing on the “ripeness” of claims as a permissible exception to the *res judicata* doctrine, which was most recently followed by Procedural Order No. 9³.

2. Key Features of *Res Judicata*

In essence, the idea underlying *res judicata* is that a particular matter (whether a claim, issue or a cause of action), once resolved by a judgment, award or other determination, must be considered as final, and cannot be re-litigated between the same persons⁴. In the words of Lowe, the doctrine

¹ *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award (27 September 2017) (hereinafter – *Caratube II*, Award) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9324.pdf>).

² *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, ICSID Case No. ARB/15/6, Decision on Jurisdiction and Admissibility (13 July 2018) (hereinafter – *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9851_0.pdf).

³ *Mobil Investments Canada Inc. v. Canada*, Procedural Order No. 9 (Decision on Scope of Damages Phase) (11 December 2018) (hereinafter – *Mobil II*, Procedural Order No. 9) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10170.pdf>).

⁴ *N. Gallagher*, Chapter 17. Parallel Proceedings, *Res Judicata* and *Lis Pendens*: Problems and Possible Solutions, in: L.A. Mistelis & J.D.M. Lew (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration* Pervasive Problems in International Arbitration, Kluwer Law International, 2006, p. 335 (para. 17-11).

of *res judicata*¹ stands for a “final judgement already decided between the same parties or their privies on the same question by a legally constituted court having jurisdiction [that] is conclusive between the parties[;] the issue cannot be raised again”². As proclaimed in a 19th century seminal treatise on judgments by Black (the founder of the Black’s Law Dictionary), *res judicata* is more than a “mere rule of law”, more even than an “important principle of public policy”, but rather a “fundamental concept in the organization of every jural society”³. In international law, there is near-consensus in that *res judicata* is a general principle of law in the sense of Art. 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice⁴.

The doctrine of *res judicata* comprises three cumulative elements, namely: (i) identity of the parties; (ii) identity of the subject matter (object); and (iii) identity of cause of action (often collectively referred to as the “triple identity test”)⁵. The last two elements, also referred to as *persona*

¹ The full version of the Latin maxim is “res judicata pro veritate accipitur”, and means “a thing adjudicated is received as true”.

² V. Lowe, *Res Judicata* and the Rule of Law in International Arbitration, *African Journal of International and Comparative Law*, Vol. 8 (1996), p. 38.

³ H.C. Black, *A Treatise on the Law of Judgments: Including the Doctrine of Res Judicata*, Vol. II, West Pub. Co., 1891, p. 599 (available at: <https://archive.org/details/atreatiseon-lawj02blacgoog/page/n30>).

⁴ See, e.g.: *Bin Cheng*, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, 2006 (= Stevens & Sons Ltd.; Carswell Co., 1953), p. 336; S. Rosenne & Y. Ronen, *The Law and Practice of the International Court*, 1920–2005, Vol. III: Procedure, Martinus Nijhoff Pub., 2006, p. 1599; *AMCO v. Republic of Indonesia*: Resubmitted Case Decision on Jurisdiction, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 3 (1988), Issue 1 (hereinafter – *AMCO II*, Decision on Jurisdiction), ¶ 30 (available at: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6357_0.pdf) (“The general principle announced in numerous cases is that a right, question or fact distinctly put in issue and distinctly determined by a court or competent jurisdiction as a ground for recovery, cannot be disputed”); Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (The Chorzów Factory), 1927 P.C.I.J. (ser. A) No. 13 (Dec. 16), p. 27 (available at: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.12.16_judgments7and8.htm) (referring to *res judicata* as one of the “general principles of law recognized by civilised courts”); *Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras*, ICSID Case No. ARB/09/4, Award (16 November 2012), ¶ 212 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1291.pdf>) (observing that *res judicata* is a general principle of law within the scope of Art. 38(1)(c) of the Statute of the ICJ).

⁵ See, e.g.: *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Award (3 July 2008 (hereinafter – *Helnan*, Award), ¶ 126 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0399.pdf>); *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award (7 February 2011), ¶ 103(b); *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/1,

petitum (i.e. same type of relief is sought) and *causa petendi* (i.e. same legal arguments are relief upon) are sometimes grouped together under the title “question at issue”¹. On an international plane, *res judicata* applies within the same legal order – that is between international tribunals, as opposed to between an international tribunal and a domestic court². In the specific case of investment arbitration, the prevailing view is that domestic court decisions would not have any preclusive or conclusive effect on an arbitral tribunal³.

Award (25 August 2014) (hereinafter – *Apotex III*, Award), ¶ 7.13 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3324.pdf>); see also: ICC Case No. 6363 of 1991, Final Award, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XVII (1992), p. 197.

¹ See: *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Legal Opinion Prepared by Christoph Schreuer and August Reinisch (20 June 2002), ¶ 41 (fn. 55) (quoting: *Bin Cheng*, Op. cit., p. 340), 43 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0961.pdf>).

² See: *J. Crawford*, Brownlie’s Principles of Public International Law, 8th ed., Oxford University Press, 2012, p. 60.

³ *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, ICSID Case No. ARB/81/1, Award (20 November 1984), ICSID Reports, Vol. 1 (1993), ¶ 177 (p. 460) (while the Award was annulled, this specific finding was sustained); *Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, ICSID Case No. ARB/01/10, Decision on Jurisdiction (30 March 2003), ¶ 46–47 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7995_0.pdf); *Helnan*, Award, ¶ 123–125 (holding that a domestic arbitral award is *res judicata* within the respondent state’s legal order and within any other domestic legal order it may be introduced to through enforcement and recognition procedures, but not within the international legal order); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Jurisdiction (19 December 2012), ¶ 191 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1324.pdf>) (noting that a domestic court decision does not have any *res judicata* effect on the tribunal even though the triple-identity test is fulfilled); see also, to some extent: *Hochtief AG v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/31, Separate and Dissenting Opinion of J. Christopher Thomas, Q.C. (7 October 2011), ¶ 9 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0407.pdf>) (observing that a number of international tribunals have recognized the *res judicata* effect of domestic court decisions, citing, *inter alia*, *Helnan*, and further noting that such court decisions may have “significant constructive juridical effects for a subsequent international claim”); see, however: *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Dissenting opinion of the Arbitrator JUDr Jaroslav Hándl against the Partial Arbitration Award (13 September 2001), ¶ 120–122 (<http://www.sadarbitrazowy.org.pl/repository/lewi/upload/CMEvCzechRepublic2001.pdf>) (noting that the majority of the tribunal was wrong to criticize domestic court decisions, as they were *res judicata*); and *Marco Gavazzi and Stefano Gavazzi v. Romania*, ICSID Case No. ARB/12/25, Dissenting Opinion by Arbitrator Mauro Rubino-Sammartano (21 April 2015), ¶ 9, 13 (http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/ICSIDBLOBS/OnlineAwards/C2441/DC9887_En.pdf) (stating that final judgments by state courts have *res judicata* effect and that ignoring such effect would be contrary to public policy).

It is also well-settled that *res judicata* generates both positive and negative effects¹. As to the former, also referred to as the conclusive effect, the decision or award in question, subject to available appeal recourse, is final and binding upon the parties, must be executed, and also may be relied on in subsequent proceedings as authority. On the latter, also referred to as the conclusive effect, the subject matter of the decision or award cannot be re-litigated, which is an expression of the *non bis in idem* principle².

Barnett, referring to the *res judicata* doctrine as a “wisdom that is for all time”, traces back the origins of *res judicata* to the texts of Roman, Greek and Hindu jurists³ and it is therefore unsurprising that domestic legal regimes have developed varying answers as to the scope and application of the doctrine. For instance, common and civil law jurisdictions treat differently the possibility of extending the *res judicata* effect of a prior judgement beyond the dispositive part (*i.e.* the *dispositif*)⁴. As pointed out by Brekoulakis, the common law interpretation of *res judicata* prevents the re-litigation “not only of claims, but also of issues, factual and legal, adjudicated in the prior judgement [so that] common law countries consider that a judgement represents a judicial record of what happened with regard to the dispute”⁵. In turn, civil law systems generally adopt a stricter approach to the “triple identity test”, whereas common law systems – and certain international tribunals – favor flexibility in each of the three elements of the test.

On a related note, there are several common law terms that go hand-in-hand – and are at times confused – with *res judicata*:

- *cause of action estoppel* (or claim preclusion in the United States) is the effect of, or a plea based on, the *res judicata* principle – where a cause of action, that is the entirety of facts and circumstances giving rise to a right of

¹ See, generally: *Bin Cheng*, Op. cit., p. 337.

² See: *F. De Ly & A. Sheppard*, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration, Arbitration International, Vol. 25 (2009), Issue 1, p. 36 <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.1.35>; *Idem*, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, Ibid., para. 15. <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.1.67>

³ See: *P.R. Barnett*, *Res Judicata*, Estoppel, and Foreign Judgments: The Preclusive Effects of Foreign Judgments in Private International Law, Oxford University Press, 2009, para. 1.12.

⁴ See: *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration, p. 51–55.

⁵ *S. Brekoulakis*, The Effect of an Arbitral Award and Third Parties in International Arbitration: *Res Judicata* Revisited, American Review of International Arbitration (ARIA), Vol. 16 (2006), No. 1, p. 182.

relief¹, has been finally and conclusively decided, any further re-litigation of the same cause of action is barred²;

- *issue estoppel* (or issue preclusion, or collateral estoppel in the United States) is another effect of the *res judicata* principle that precludes re-litigation of factual or legal issues that were addressed and determined in a previous decision, provided that such issues were necessary and fundamental to that decision³;

- *abuse of process*, sometimes referred to as the extended doctrine of *res judicata*, describes a situation where the subject matter of a dispute has not – but should have – been rendered *res judicata* in the previous proceedings, by way of the relevant party diligently bringing the subject matter forward⁴.

In the United States, an equivalent of the abuse of process concept as regards consecutive proceedings is “claim splitting”, whereby a claimant is barred from presenting matters related to the same claim in different proceedings⁵.

In France, a similar concept set out in the 2006 *Cesareo* Decision by the French Court of Cassation is the “duty to concentrate grounds” (“obligation de concentrer les moyens”), whereby the litigating parties must put forward all possible legal grounds underlying their claims⁶. A wider, and more controversial concept is the “duty to concentrate claims” (“obligation de concentrer les demandes”), proclaimed by the French Court of Cassation in the 2008 *Prodim* case, where the parties are required to advance from the outset all

¹ *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration (https://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/columbia-arbitration-day/files/ila_interim_report_on_res_judicata_2004.pdf), p. 7.

² In England and Wales, see: *A. Zuckerman*, *Zuckerman on Civil Procedure: Principles of Practice*, 3rd ed., Sweet & Maxwell, 2013, para. 24.65; in the United States, see: Restatement (Second) of Judgments, § 17–19; *Chr. Klein, L. Ponoroff & S. Borrey*, *Principles of Preclusion and Estoppel in Bankruptcy Cases*, *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 79 (2005), No. 4, p. 848.

³ *Zuckerman*, *Op. cit.*, para. 24.67. In the United States, see: Restatement (Second) of Judgments, § 27; *G.C. Hazard, Jr., J. Leubsdorf & D. Bassett*, *Civil Procedure*, 6th ed., Foundation Press, 2011, § 11.17.

⁴ In England see: *Barnett*, *Op. cit.*, para. 4.86; *Zuckerman*, *Op. cit.*, para. 24.78.

⁵ *Klein, Ponoroff & Borrey*, *Op. cit.*, p. 851.

⁶ *Cesareo c/ Cesareo*, Cass. ass. plén., 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-10.672, Bull. civ. 2006, ass. plén., n° 8, p. 21 (for an English-language summary, see: *E. Jeuland*, *The Effect in the European Community of Judgments in Civil and Commercial Matters: Recognition, Res Judicata and Abuse of Process – France* (https://www.biicl.org/files/3481_france_final_c.pdf), p. 25).

claims relating to the same factual background¹. This concept has yet to be homogeneously applied by the French courts².

The fundamental differences in the scope and application of the *res judicata* doctrine, as well as the difficulty in formulating suitable conflict-of-laws rules³ in an international arbitration context prompted initiatives to develop transnational principles of *res judicata*. Chief among those is the work of the International Law Association's Committee on International Commercial Arbitration that between 2002 and 2006 released an Interim and a Final Report on *Res Judicata*, together with a set of soft-law Recommendations⁴. In essence, the Committee adopted a "mixed model" of the doctrine, whereby certain transnational *res judicata* rules are to co-exist with relevant domestic law solutions taking into consideration conflict-of-law rules⁵. The Committee advocated for a slightly expanded version of the "triple identity test", yet

¹ *Société G et A Distribution c/ société Prodim*, Cass. 1^e civ, 28 mai 2008, pourvoi n° 07-13.266, Bull. civ. I, n° 153, Rev. arb. 2008, 461, note L. Weiller (for an English-language summary, see: E. Gaillard, Abuse of Process in International Arbitration, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 32 (2017), Issue 1, p. 14–15 <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw036>).

² Gaillard, Abuse of Process in International Arbitration, p. 14.

³ Hobér pinpoints five theoretically applicable legal systems to a *res judicata* situation: (i) *lex arbitri* of the arbitration where the *res judicata* objection is raised; (ii) *lex arbitri* of the earlier arbitration proceedings; (iii) *lex contractus*; (iv) if different from *lex contractus*, the law governing the arbitration agreement; and (v) provisions in international conventions and treaties (see: K. Hobér, *Res Judicata* and *Lis Pendens* in International Arbitration, in: Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye / Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Vol. 366, Martinus Nijhoff Pub., 2014, p. 258; cf.: De Ly & Sheppard, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, para. 27 (highlighting only three legal systems that may be relevant for a conflict-of-laws determination on *res judicata*: (i) *lex arbitri* of the proceedings leading to the prior award; (ii) *lex arbitri* where *res judicata* is invoked; (iii) *lex contractus*)).

⁴ De Ly & Sheppard, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration; *Idem*, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration; *Idem*, ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, Arbitration International, Vol. 25 (2009), Issue 1, p. 83–86 <https://doi.org/10.1093/arbitration/25.1.83>. The Committee also released a Final Report and Recommendations on *Lis Pendens*. Other soft-law initiatives include the Principles of Transnational Civil Procedure, published by the American Law Institute and UNIDROIT in 2004 (see: ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure, Cambridge University Press, 2006, Rule 28) and the ongoing work of the Working Group on *Res Judicata* and *Lis Pendens*, operating under the auspices of UNIDROIT and the European Law Institute. For a commentary on the ALI/UNIDROIT Principles, see: R. Stürmer, The Principles of Transnational Civil Procedure: An Introduction to Their Basic Conceptions, *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (RabelsZ), Bd. 69 (2005), Heft 2, S. 201–254.

⁵ De Ly & Sheppard, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, para. 5.

leaving outside the scope of its Recommendations, *inter alia*, the definition of “parties” (given divergences on the group of companies doctrine, privies, and alter ego / agency law)¹, and the definition of arbitral awards that could trigger a *res judicata* effect (*i.e.* interim v. final awards)². The Committee also suggested that the preclusive effect of the *res judicata* doctrine should extend beyond the *dispositif* and into the underlying reasoning of the award³, and had embraced the common law issue estoppel principle, according to which “a particular issue of fact or law has actually been arbitrated and determined by the award and that the determination of the issue was essential or fundamental to the arbitral award” has a preclusive effect⁴.

The ILA’s Recommendations did not receive universal praise from commentators, domestic courts and international tribunals. For instance, while de Lotbinière McDougall characterized the Recommendations as “current international standard regarding the principles to be applied when considering this issue”⁵, Seraglini deemed the text “incomplete”⁶, and Born et al. opined that the Recommendations are “limited in scope and do not deal comprehensively with every situation that could give rise to *res judicata* in international commercial arbitration”⁷. In the same vein, Voser and Raneda deemed it “surprising that the ILA Recommendations have, as it seems, not been followed by arbitral tribunals, nor have they been a main source of inspiration for courts faced with the *res judicata* impact of previous arbitral awards”⁸. Case in point: the Swiss Federal Tribunal in

¹ *De Ly & Sheppard*, ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration, paras. 47–48.

² *Ibid.*, para. 7; see, however: *Ibid.*, para. 19 (where the Commission carefully stipulated that its Recommendations are “intended to apply to partial final awards, final awards... and awards on jurisdiction”, as opposed to interim awards).

³ *Ibid.*, para. 52.

⁴ *Ibid.*, para. 56.

⁵ *A. de Lotbinière McDougall, Res Judicata in International Arbitration: Case Studies and Principles*, Transnational Dispute Management, Vol. 9 (2012), No. 3, p. 11.

⁶ *Chr. Seraglini*, Brèves remarques sur les recommandations de l’association de droit international sur la litispendance et l’autorité de la chose jugée en arbitrage, *Revue de l’arbitrage*: Bulletin du Comité français de l’arbitrage, 2006, n° 4, p. 917.

⁷ *G. Born, C. Bull, J. Lim & E. Chan*, Chapter 1. The Law Governing *Res Judicata* in International Commercial Arbitration, in: N. Kaplan & M. Moser (eds.), *Jurisdiction, Admissibility and Choice of Law in International Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, Wolters Kluwer, 2018, p. 16.

⁸ *N. Voser & J. Raneda*, Recent Developments on the Doctrine of *Res Judicata* in International Arbitration from a Swiss Perspective: A Call for a Harmonized Solution, *ASA Bulletin*

a widely-commented 2015 Decision dismissed the ILA Recommendations as irrelevant¹.

Most importantly to the present article, the Commission itself clarified in the Final Report that its Recommendations do not address *res judicata* issues that have arisen in investment arbitration, such as the application of identity of parties and *causa petendi*, as “they pertain more to public international law than to international commercial arbitration or at least to the hybrid legal order of BIT arbitrations”². As will be elaborated below, this did not prevent the *Caratube II* tribunal from relying on the ILA’s Recommendations and Final Report in its Final Award.

3. The *Caratube* Saga: Different Jurisdictional Bases as Permissible Exception to the *Res Judicata* and Issue Estoppel Doctrines (barring an abuse of process)

3.1. Background to the *Caratube II* Arbitration

By way of background to the *Caratube II* arbitration, the dispute stemmed from an early 2008 termination by the Kazakh authorities of an oil exploration and exploitation contract concluded with Caratube International Oil Company, a Kazakh legal entity majority-owned by a U.S. national. Caratube initiated ICSID arbitration proceedings³ against the Republic of Kazakhstan shortly thereafter, relying on the U.S.-Kazakhstan BIT and Art. 25(2)(b) of the ICSID Convention allowing, upon agreement of parties to the dispute, claims of domestic companies if those are under “foreign control”, and asserting, *inter alia*, that the contract termination was politically-motivated.

tin, Vol. 33 (2015), Issue , p. 774 (available at: <https://core.ac.uk/download/pdf/130136923.pdf>); see, however: A.V. Asoskov, Kommentariy k Rekomendatsiyam Assotsiatsii mezhdunarodnogo prava o primenении doktrin *lis pendens* i *res judicata* v otnoshenii arbitrazha: osnovnyye polozheniya i perspektivy ispol'zovaniya v rossiyskoy praktike [Comments on the ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration: Key Provisions and Perspectives of Use in Russian Practice], *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh* [International Commercial Arbitration], 2008, No. 2, p. 97–98 (summarizing five related arbitral awards rendered by a ICAC (MKAS) tribunal in 2007, where the tribunal relied on ILA’s Recommendations on *lis pendens*).

¹ ATF 140 III 278 consid. 3.2.5 p. 281 (available at: https://www.trans-lex.org/312050/_/bge-140-iii-278/; in English: <http://www.swissarbitrationdecisions.com/res-judicata-effect-for-foreign-judgment>).

² *De Ly & Sheppard*, ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration, para. 36.

³ *Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/08/12 (hereinafter – *Caratube I*).

The *Caratube I* arbitration led to 5 June 2012 Award dismissing the claims on jurisdictional grounds, as “Claimant failed to discharge its burden of proof with regard to the fact that [Caratube] was an investment of U.S. national... as required by... the BIT”¹.

Caratube then pursued annulment of the Award, while at the same time joining forces with its U.S. majority shareholder, Mr. Devincci Hourani, to commence new ICSID proceedings against Kazakhstan on *three* jurisdictional bases: (i) the contract, containing a detailed dispute resolution clause; (ii) the 1994 Kazakh Foreign Investment Law; and (iii) the U.S.-Kazakhstan BIT². Expectedly, Kazakhstan raised multiple objections, including on abuse of process consisting of, *inter alia*, “improper claim-splitting”, collateral (issue) estoppel and the *res judicata* effect of the *Caratube I* Award³. In its lengthy 27 September 2017 Award on jurisdiction and merits, the tribunal dismissed most of Kazakhstan’s jurisdictional objections and awarded claimants USD 39.2 million plus interest. We summarize the findings of the *Caratube II* tribunal on “abuse of process”, collateral estoppel and *res judicata* in the following sub-section.

As a side note, the dispute resolution clause in the investment contract entered into by Claimant and the Kazakh Ministry of Energy and Mineral Resources – one of the jurisdictional bases invoked in *Caratube II* – expressly allowed consecutive proceedings on different jurisdictional bases, a point that the tribunal did not explore. Section 27.3 of the contract reads:

¹ *Caratube I*, Award (5 June 2012), ¶ 457 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1100.pdf>). The Tribunal in *Caratube I* relied on Art. VI(8) of the U.S. Kazakhstan-BIT (stipulating that domestic companies that were an “investment” of a foreign investor should be treated as foreign investors within the meaning of Art. 25(2)(b) of the ICSID Convention).

² Claimants dropped the third jurisdictional basis, the U.S.-Kazakhstan BIT, shortly after the *ad hoc* annulment Committee in *Caratube I* rejected Caratube’s annulment application of the *Caratube I* Award in view of the “high threshold” required for annulment on “manifest excess of powers” grounds (see: *Caratube II*, Award, ¶ 252; *Caratube I*, Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP (21 February 2014), ¶ 166 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3082.pdf>)). Notably, the *ad hoc* Committee disagreed with the Tribunal’s reasoning and conclusions (see: *Caratube I*, Decision on the Annulment Application of Caratube International Oil Company LLP, ¶ 161, 245), but ultimately decided: “For annulment purposes a mere divergence of opinion or of interpretation between the committee and the tribunal is irrelevant. An award should not be annulled if the tribunal’s approach is reasonable or tenable, even if the committee’s opinion diverges from that of the tribunal” (Ibid., ¶ 166).

³ See: *Caratube II*, Award, ¶ 334 et seq. Kazakhstan’s other argument on abuse of process focused on the purported lack of *bona fides* by Mr. Devincci Hourani in his acquisition of Caratube (see: Ibid., ¶ 338).

“If for any reason the request for the arbitration proceeding is not registered by ICSID or if ICSID fails or refuses to take jurisdiction over any matter submitted by the Parties under this Section 27, such matter shall be referred to and resolved by arbitration in accordance with the United Nations Commission on International Trade Law (‘UNCITRAL’) Arbitration Rules in effect at the date of submission of the matter. The seat of Arbitration shall be London, England. <...>”¹.

3.2. Findings of the Caratube II Tribunal on “Abuse of Process”, Collateral Estoppel, and Res Judicata

On Kazakhstan’s “abuse of process” objections, *i.e.* that Caratube and Mr. Devincci Hourani should have – but did not have to – bring all of their claims and jurisdictional bases within the *Caratube I* arbitration thereby engaging in impermissible “claim-splitting”, the tribunal first affirmed that “the general principle of the prohibition of abuse of process applies in the context of multiple proceedings before international tribunals”². The tribunal then held, relying on ILA’s Interim and Final Reports on *Res Judicata*³, that “the abuse of process doctrine is only rarely applied by international tribunals and subject to a high threshold to prove an abuse of process”⁴. Third, stressing the preference in most civil law jurisdictions to speak of an “abuse of rights”, rather than an “abuse of process” (a point highlighted in the ILA Interim Report on *Res Judicata*⁵ and cited in the Award), the tribunal decided that it was not the timing of a particular claim that constitutes abuse, but the nature of the claim itself⁶. On the facts, the tribunal was “not persuaded that the Claimants deliberately omitted to raise the entirety of their claims in the *Caratube I* arbitration in a bad faith attempt to preserve such claims for further arbitration proceedings should the *Caratube I* arbitration not go in their favor and to misuse this Arbitration to get a second bite at the cherry”⁷.

¹ *Caratube II*, Award, ¶ 27.

² *Ibid.*, ¶ 376.

³ See: *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration, p. 60; *Iidem*, ILA Final Report on Res Judicata and Arbitration, para. 60.

⁴ *Caratube II*, Award, ¶ 378; see further: *Ibid.*, ¶ 395.

⁵ *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration, p. 50.

⁶ *Caratube II*, Award, ¶ 379.

⁷ *Ibid.*, ¶ 381.

With respect to collateral (issue) estoppel¹, the *Caratube II* tribunal: (i) recognized that it was “prepared to accept that there may be room for applying the doctrine... in investment arbitration”, as opposed to the more limited in scope *res judicata* doctrine (ii) but decided that the *Caratube I* tribunal did not make a final determination on the “actual control” jurisdictional issue, and furthermore (iii) that this issue was not “fundamental” (as required in Recommendation 4.2 of the ILA Final Report on *Res Judicata*) so as to have preclusive effect for the *Caratube II* tribunal, concluding that (iv) there was no identity of issues between the two arbitrations, and therefore no collateral estoppel².

Lastly, on Kazakhstan’s *res judicata* objections, the *Caratube II* tribunal found that there was no identity of subject matter (object) and cause of action with the *Caratube I* proceedings, primarily given the distinct jurisdictional bases of the two proceedings³. While the tribunal accepted that a “strict” application of the cause of action identity test may be “artificial and leading to unsatisfactory results”, it underscored the different nature (including negotiation and drafting history, context, underlying purposes and the applicable rules of interpretation) and substantive provisions of the three jurisdictional bases at play in the dispute — the BIT, the Kazakh Foreign Investment Law and the investment contract⁴. The tribunal also dismissed the respondent state’s argumentation advocating for a “more flexible and pragmatic approach” to the *res judicata* doctrine prevalent in the U.S. legal theory, similar to the prohibition of “claim-splitting”, as it remained unproven that this doctrine finds place in international law⁵.

The findings of the *Caratube II* tribunal on abuse of process⁶, collateral estoppel and *res judicata* in the context of consecutive investment arbitration

¹ What was at stake in the *Caratube II* arbitration, was whether the “issues of fact or law” arbitrated and determined by the *Caratube I* tribunal, as opposed to only the dispositive part of the *Caratube I* Award, had preclusive effect on the *Caratube II* tribunal. This corresponds to the notion of “issue estoppel”, not “collateral estoppel”, which is a broader US legal concept, permitting non-parties to prior proceedings to invoke this concept in order to preclude re-litigation of a previously decided issue (see ILA’s explanation on the distinction between the two concepts: *De Ly & Sheppard*, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, para. 59).

² *Caratube II*, Award, ¶ 464, 467, 471, 473.

³ *Ibid.*, ¶ 493, 495, 497.

⁴ *Ibid.*, ¶ 494–495.

⁵ *Ibid.*, ¶ 498.

⁶ By way of clarification, the terms “abuse of process” and “abuse of right” are used interchangeably in this article. This follows an established line in jurisprudence (see, e.g.: *Phoenix*

proceedings call for observations as to: (i) the content and normative basis of the “abuse of process” doctrine in international legal proceedings and its applicability to multiple or parallel proceedings; (ii) the content of the doctrine and the standard of proof required; (iii) the concept of “claim-splitting” in investment arbitration; (iv) the formalistic v. pragmatic approach to the *res judicata* doctrine; (v) the applicability of the “collateral estoppel” doctrine in international legal proceedings and its reach; and (vi) the specific case of negative jurisdictional findings in the context of *res judicata* and collateral estoppel defenses.

3.3. The Content and Normative Basis of “Abuse of Process” Doctrine in International Legal Proceedings and Its Applicability to Multiple or Parallel Investment Arbitration Proceedings

By way of background, “abuse of process” in investment arbitration may broadly be described as conduct by a party that is not *stricto sensu* illegal, but may cause prejudice to the opposing party and undermine the dispute resolution process¹. There are varying opinions on the typology of abusive conduct, the place of the “abuse of process” doctrine in international legal proceedings, and its pertinence to the jurisdiction of the tribunal versus the admissibility of the claim. At the same time, the prevailing view is that “abuse

Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award (15 April 2009) (hereinafter – *Phoenix*, Award), ¶ 143 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0668.pdf>); *Cementownia “Nowa Huta” S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/2, Award (17 September 2009) (hereinafter – *Cementownia*, Award), ¶ 158 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0138.pdf>). Some commentators suggest that “abuse of process” is a “special application of the prohibition of abuse of rights, which is a general principle of international law as well as in municipal law” (see: *R. Kolb*, General Principles of Procedural Law, in: A. Zimmermann, Chr. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, Chr.J. Tams, M. Kashgar & D. Diehl (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, p. 871). Recently, the International Court of Justice carefully distinguished the two concepts, opining that “abuse of process” “goes to the procedure before a court or tribunal and can be considered at the preliminary phase of these proceedings”, while the “establishment of the right [abused] in question is properly a matter for the merits” (*Immunities and Criminal Proceedings (Eq. Guinea v. Fr.)*, Judgment (6 June 2018), ¶ 150–151 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/163/163-20180606-JUD-01-00-EN.pdf>)). Other commentators distinguish between “abuse of the arbitral process as a whole” and “procedural misconducts” (e.g., guerrilla tactics such as witness intimidation and tempering) (see: *H. Ascensio*, Abuse of Process in International Investment Arbitration, *Chinese Journal of International Law*, Vol. 13 (2014), Issue 4, p. 767 <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmu040> (referring to: *M. Taruffo*, Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness, Kluwer Law International, 2000, p. 15)).

¹ *Gaillard*, Abuse of Process in International Arbitration, p. 2.

of process” is rarely applied by the tribunals, suggesting a high standard of proof. We analyze each of these points in turn below, also addressing a more general question on whether the “abuse of process” doctrine a suitable tool to address (and sanction) improper pursuit of successive or parallel arbitration proceedings.

3.3.1. *What Constitutes an “Abuse of Process” in Investment Arbitration?*

There are multiple proposed typologies of the “abuse of process” doctrine in academic literature. For instance, Lowe lists three examples when application of the doctrine may be warranted (through the tribunal declining to exercise its jurisdiction, thereby deeming the claim inadmissible): (i) the proceedings were initiated to harass the defendant; (ii) the claim is “frivolous or manifestly groundless”; or (iii) the claim “could and should have been raised” in the earlier proceedings¹.

As an alternative to Lowe’s classification of “abuse of process” instances, Ascencio suggests: (i) frivolous claims (that within the context of ICSID proceedings, can be addressed through Art. 36(3) of the Convention setting out administrative screening by Secretary General of claims “manifestly outside the jurisdiction” of the Centre, and Arbitration Rule 41(5) allowing the arbitral tribunal to promptly dismiss a claim that is made “manifestly without legal merit”); (ii) malicious claims, where a claimant may have “ulterior litigation motives”; (iii) access to arbitration by tortious means, where an investment is restructured to gain investment treaty protection; (iv) bypassing of a fundamental processual rule, such as *res judicata*; and (v) claims undermining the integrity of the arbitral process, namely *Lauder-CME* type parallel proceedings (summarized further below) and extension of the MFN clause to procedural rights of the investors².

In turn, Gaillard groups “abuse of process” tactics into three categories: (i) schemes designed at securing jurisdiction under an investment treaty; (ii) multiplication of arbitral proceedings to maximize chances of success; and (iii) gaining a benefit which is inconsistent with the purpose of international arbitration (such as to gain media attention, evade criminal investigations or “harass and exert pressure” on the respondent state)³.

These divergent (yet overlapping) approaches to the content of the “abuse of process” doctrine suggest that arbitration has become more complex,

¹ Lowe, *Op. cit.*, p. 202–203.

² Ascencio, *Op. cit.*, p. 767.

³ Gaillard, *Abuse of Process in International Arbitration*, p. 19, 22, 26–27.

fragmented, if not more polarized¹. Moreover, as we explain below, the actual place of the doctrine in international legal proceedings and its pertinence to the jurisdiction of the tribunal versus the admissibility of the claims is far from well-settled.

3.3.2. *What is the Normative Basis of the “Abuse of Process” Doctrine?*

The prevalent opinion in case law and academic commentary is that investment tribunals do have the (inherent) authority to employ the “abuse of process” or “abuse of rights” doctrines to prevent, largely speaking, the abuse of the investor-state dispute resolution system². This does not mean that the following argument cannot be made: a claim cannot be dismissed on jurisdictional or admissibility grounds solely based on the “abuse of process” doctrine unless this doctrine is included explicitly or implicitly in the applicable treaty or agreement.

Arguably, this point was highlighted by the *Rompetrol* tribunal, when it opined that the proposition that a claim can be dismissed for abuse of process should be “backed by some positive authority in the Convention itself, in its negotiating history, or in the case-law under it”³. In the same vein, Gaffney opined that “the general normative bases of the abuse of process doctrine —

¹ See: *E. Gaillard*, *Sociology of International Arbitration*, *Arbitration International*, Vol. 31 (2015), Issue 1, p. 1. <https://doi.org/10.1093/arbint/aiv021>

² See: *J.P. Gaffney*, “Abuse of Process” in *Investment Treaty Arbitration*, *Journal of World Investment & Trade (JWIT)*, Vol. 11 (2010), Issue 4, p. 521–522; see further: *Gaillard*, *Abuse of Process in International Arbitration*, p. 36.

³ See: *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility (18 April 2008), ¶ 115 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0717.pdf>); see further: *Ibid.*, ¶ 85 (where the tribunal dismissed Respondent’s arguments that it is an “abuse of the ICSID mechanism” for a Claimant whose “real and effective nationality” is that of the host state to initiate ICSID proceedings against that state, pointing out that the tribunal would “have great difficulty in an approach that was tantamount to setting aside the clear language agreed upon by the treaty Parties in favour of a wide-ranging policy discussion”); see also: *Czech Republic v. CME Czech Republic B.V.*, Svea Court of Appeal, Judgment (15 May 2003), *International Legal Materials*, Vol. 42 (2003), No. 4, p. 966 (“The concept of abuse of process has no direct equivalent in Swedish law and it has also been questioned whether it can be applied in conjunction with international arbitration proceedings. ...[I]t appears to be unclear whether an objection of abuse of process includes or does not include an objection regarding *lis pendens* and *res judicata*”); *M.J. Mustill & S.C. Boyd*, *Commercial Arbitration: 2001 Companion Volume to the Second Edition*, Butterworths, 2001, p. 413 (doubting whether the *Henderson* rule, discussed below applies to “issues which are outside the scope of the matters referred to the arbitrator even though they fall within the terms of the arbitration agreement”).

namely, the express or inherent power of a court or a tribunal to protect the integrity of its own procedures or as a manifestation of the abuse of rights doctrine – remains open to question”¹. Ascencio also observed that “the invocability of the doctrine, just as its exact scope and effects, are still unclear in this context [of investment arbitration], all the more so since treaties and procedural rules remain silent on it”². In this respect, it should be recalled that a few international treaties – such as the United Nations Convention on the Law of the Sea³, the European Convention on Human Rights⁴, and the WTO Understanding on Rules and Procedures on the Settlement of Disputes⁵ – do contain express provisions prohibiting abuse of rights. More generally, the abuse of rights doctrine has been referred to as imprecise (and vulnerable to misinterpretation and misuse by the judiciary)⁶ or redundant (being a specific emanation or a “subsidiary concept” of the good faith principle)⁷.

The *Caratube II* Award usefully contributed to the debate on the normative basis of the “abuse of process” doctrine in international legal proceedings.

¹ Gaffney, Op. cit., p. 538.

² Ascensio, Op. cit., p. 764; see further: Ibid, p. 777.

³ United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS) (Montego Bay, 10 December 1982), Arts. 300 (Good Faith and Abuse of Rights), 294(1) (Preliminary Proceedings), which by way of procedural implementation of Art. 300 expressly allows a competent court or tribunal to decline jurisdiction if it is satisfied that “the claim constitutes an abuse of legal process or is *prima facie* unfounded”.

⁴ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Rome, 4 November 1950) (as amended by Protocols No. 11 and No. 14), Arts. 17 (Prohibition of Abuse of Rights), 35(3) (Admissibility Criteria).

⁵ Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (Annex 2 of the WTO Agreement), Art. 3(10), spelled out in a less explicit manner (“It is understood that requests for conciliation and the use of the dispute settlement procedures should not be intended or considered as contentious acts and that, if a dispute arises, all Members will engage in these procedures in good faith in an effort to resolve the dispute. <...>”).

⁶ See: M. Byers, Abuse of Rights: An Old Principle, a New Age, MacGill Law Journal, Vol. 47 (2002), p. 412–414 (available at: https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5574&context=faculty_scholarship) (referring to, *inter alia*: G. Schwarzenberger & E.D. Brown, A Manual of International Law, 6th ed., Professional Books, 1976, p. 84; J.-D. Roulet, Le caractère artificiel de la théorie de l’abus de droit en droit international public, Editions de la Baconnière, 1958, p. 150; H.C. Gutteridge, Abuse of Rights, Cambridge Law Journal, Vol. 5 (1935), p. 43–44).

⁷ See: Byers, Op. cit., p. 411–412 (referring to, *inter alia*: P.W. Birnie & A.E. Boyle, International Law and the Environment, Clarendon Press, 1992, p. 126 (see also: P. Birnie, A. Boyle & C. Redgwell, International Law and the Environment, 3rd ed., Oxford University Press, 2009, p. 204–205); Bin Cheng, Op. cit., p. 121, 131–132).

In fact, the tribunal relied both on an express provision of the ICSID Convention, Art. 44 (which grants broad procedural powers to an ICSID tribunal to conduct the arbitration proceedings), and the general principles of international law “regarding the Parties’ general obligation to participate in the proceedings in good faith and not abuse the rights granted to them”¹.

3.3.3. Does an “Abuse of Process” Defense Pertain to the Jurisdiction of the Tribunal or the Admissibility of the Claims?

Investment tribunals interpret the “abuse of” doctrine differently, making it difficult to assert that a *jurisprudence constante* has been established as to whether this doctrine pertains to the jurisdiction of the tribunal or the admissibility of the claims².

On the one hand, the *Phoenix* tribunal qualified a transformation of a pre-existing domestic dispute into an international one (by a last-minute transfer of the asset to a related party in a foreign jurisdiction, lacking *bona fides*) as an “abuse of rights” and an “abuse of the system of international ICSID investment arbitration”, dismissing the case for lack of jurisdiction³. In a similar vein, the *Mobil* tribunal followed *Phoenix* and several other ICSID Awards dismissing claims on jurisdictional grounds, where corporate restructuring

¹ *Caratube II*, Award, ¶ 376.

² Cf.: *Ascensio*, Op. cit., p. 783–784 (suggesting, after a chronological overview of case law, that “abuse of process now appears as a cause of inadmissibility of a claim in investment arbitration”).

³ *Phoenix*, Award, ¶ 142–144; see further: *Ibid.*, ¶ 113 (“The tribunal is concerned here with the international principle of good faith as applied to the international arbitration mechanism of ICSID. The tribunal has to prevent an abuse of the system of international investment protection under the ICSID Convention, in ensuring that only investments that are made in compliance with the international principle of good faith and do not attempt to misuse the system are protected” (emphasis in original)). Note that the *Phoenix* tribunal’s determination that one of the criteria of the term “investment” is its *bona fide* nature, has been both cited with approval (see: *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (18 June 2010), ¶ 123–124 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0396.pdf>)), but also extensively criticized both by subsequent tribunals (see, e.g.: *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award (14 July 2008), ¶ 112 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0314.pdf>)) and in academic commentary. Prior to *Phoenix*, it would appear that only one tribunal touched upon, in passing, the jurisdiction / admissibility debate of “abuse of process” objections, favoring the first approach (see: *Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections (27 July 2006), ¶ 52 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0616.pdf>)) (“In theory, the inquiry by the Tribunal at the present [jurisdictional] stage of the proceedings would also extend to the question of whether they are not frivolous or abusive. <...>”).

was deemed “an abuse of the [ICSID] Convention purposes” (*Autopista*)¹, an “abuse of legal personality” (*Tokios Tokelès*)², and an “abuse of corporate form” (*Aguas del Tunari*)³, and equated all these findings to situations of an “abuse of right”⁴. The *Europe Cement* and *Cementownia* tribunals, too, deemed “false assertion of ownership of an investment” as an “abuse of process”, resulting in lack of jurisdiction⁵. The *ST-AD* tribunal also drew heavily on reasoning in *Phoenix* and *Mobil*, agreeing that a belated corporate restructuring undertaken to internationalize the dispute results in an “abuse of right in making the investment”, an “abuse of the system of international investment arbitration”, and an attempt by the claimant to “manufacture jurisdiction” making the dispute “not within the competence of the Tribunal”⁶.

On the other hand, the *Pac Rim* tribunal analyzed the Respondent’s claim of improper corporate restructuring of the Claimant as an “abuse of process” issue, which could render the claim inadmissible, thereby precluding the tribunal’s exercise of jurisdiction⁷. At the same time, the *Pac Rim* tribunal deemed this distinction between jurisdiction and admissibility as one “with-

¹ *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction (27 September 2001), ¶ 126 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6352.pdf>).

² *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction (29 April 2004), ¶ 56 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0863.pdf>).

³ *Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction (21 October 2005), ¶ 330 (<http://www.sadarbitrazowy.org.pl/repository/lewi/upload/Aguasv.Bolivia2005.pdf>).

⁴ *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al.) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/27, Decision on Jurisdiction (10 June 2010), ¶ 184 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0538.pdf>).

⁵ *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award (13 August 2009), ¶ 175 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>); *Cementownia*, Award, ¶ 159.

⁶ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-06, Award on Jurisdiction (18 July 2013), ¶ 412–423, 431 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3113.pdf>); see also: *Transglobal Green Energy, LLC and Transglobal Green Energy de Panama, S.A. v. The Republic of Panama*, ICSID Case No. ARB/13/28, Award (2 June 2016), ¶ 102 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf>) (quoting: *Phoenix*, Award, ¶ 144).

⁷ *Pac Rim Cayman LLC v. The Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/12, Decision on the Respondent’s Jurisdictional Objections (1 June 2012) (hereinafter – *Pac Rim*, Decision on Jurisdiction), ¶ 2.107 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0935.pdf>).

out a difference”¹. The reasoning in *Pac Rim* has been later endorsed by the *Gremcitel* tribunal². The *Tidewater* and *Abaclat* tribunals also discussed abuse of process objections in terms of admissibility³.

This lack of consistency has been highlighted by de Brabandere, who makes a distinction between bringing an investment claim where manifestly no jurisdiction exists (an action in bad faith and an “abuse of the ICSID system”, which would lead to a negative finding on jurisdiction) and bringing a *prima facie* jurisdictionally valid claim with a malicious or hidden intent (an action precisely amounting to an “abuse of right” or “abuse of process”)⁴. Newcombe also advocates for “[u]sing an admissibility approach” as “particularly suited for egregious cases where the misconduct at issue should be explicitly denounced”, raising, *inter alia*, policy reasons such as impossibility for the respondent state to bring counterclaims and the different standard of review of a negative jurisdiction award, as opposed to a negative finding on admissibility on ICSID annulment or national court levels⁵. In turn, Gaffney, while recognizing the jurisprudential confusion in terminology, posited that investor misconduct relating to the original investment is likely a jurisdictional issue, whereas misconduct relating to the claim or its propriety would be an admissibility issue⁶.

¹ *Pac Rim*, Decision on Jurisdiction, ¶ 2.10.

² *Renée Rose Levy and Gremcitel S.A. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/11/17, Award (9 January 2015), ¶ 181 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4105.pdf>). Interestingly, Gaillard appears to single out *Gremcitel* in suggesting that the fact pattern there (essentially, belated corporate restructuring to gain access to ICSID arbitration) could be deemed as an *fraus legis* or *fraude à la loi* (see: *Gaillard*, Abuse of Process in International Arbitration, p. 36).

³ *Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction (8 February 2013), ¶ 198 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1277.pdf>); *Abaclat and Others v. Argentine Republic (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic)*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility (4 August 2011), ¶ 655 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0236.pdf>).

⁴ *E. De Brabandere*, “Good Faith”, “Abuse of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3 (2012), Issue 3, p. 619–620. <https://doi.org/10.1093/jnlids/ids008>

⁵ *A. Newcombe*, 9. Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?, in: C. Brown & K. Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 199–200.

⁶ *Gaffney*, *Op. cit.*, p. 533.

All aforementioned examples did not discuss the application of the abuse of rights in the context of multiple or parallel proceedings. However, the conclusions reached by various tribunals are equally applicable to the problem of issuing parallel proceedings. Indeed, when the tribunals are confronted with multiple proceedings and forum shopping, the tendency is to analyze Respondents' objections as pertaining to admissibility, not jurisdiction – even if not clearly spelled out in the awards. For instance, in *Waste Management II*, the tribunal hypothesized that if “any inherent power to dismiss a claim on grounds of abuse of process”, were to exist, it would “only be for the purpose of protecting the integrity of the Tribunal’s processes or dealing with genuinely vexatious claims”¹. Similarly, in *RSM et al.*, the tribunal deemed the initiation of the arbitration proceedings by three shareholders of a company, RSM, after a defeat in an earlier ICSID case brought by RSM itself² as “an improper attempt to circumvent the basic principles set out in Convention Article 53 [on finality of the awards]”, and the claims therefore “manifestly without legal merit” under Rule 41(5) of the ICSID Arbitration Rules³. Note, however, that the *RSM et al.* Award did not contain express findings on “abuse of process”, let alone lack of jurisdiction or inadmissibility, as Rule 41(5) is, in effect, akin to summary dismissal of a claim⁴.

In this respect, the *Caratube II* Award does not further advance the debate, having adopted the *Pac Rim*’s “distinction without a difference” approach⁵. While seemingly warranted as ultimately claimants’ actions were deemed not to constitute an “abuse of process”, further clarity from the tribunal on the

¹ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States (No. 2)*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of the Tribunal on Mexico’s Preliminary Objection Concerning the Previous Proceedings (26 June 2002) (hereinafter – *Waste Management II*, Decision on Preliminary Objection), ¶ 49 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0898.pdf>).

² *RSM Production Corporation v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Final Award (13 March 2009), ¶ 503 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw10246.pdf>).

³ *RSM Production Corporation and Others v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/10/6, Award (10 December 2010) (hereinafter – *RSM II*, Award), ¶ 7.3.7, 8.3.4 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0726.pdf>).

⁴ A. Antonietti, The 2006 Amendments to the ICSID Rules and Regulations and the Additional Facility Rules, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 21 (2006), Issue 2, p. 440 <https://doi.org/10.1093/icsidreview/21.2.427>; M. Potestà & M. Sobat, Frivolous Claims in International Adjudication: A Study of ICSID Rule 41(5) and of Procedures of Other Courts and Tribunals to Dismiss Claims Summarily, Journal of International Dispute Settlement, Vol. 3 (2012), Issue 1, p. 21. <https://doi.org/10.1093/jnlids/jdr021>

⁵ See: *Caratube II*, Award, ¶ 374–375 (quoting: *Pac Rim*, Decision on Jurisdiction, ¶ 2.10).

precise place of the doctrine in investment arbitration proceedings (even if in *obiter* form) would have been welcomed.

3.3.4. *Is the “Abuse of Process” Doctrine a Suitable Tool to Address (and Sanction) Improper Pursuit of Successive or Parallel Arbitration Proceedings?*

There seems to be a prevailing view among academic commentators and in case law that the “abuse of process” doctrine is, indeed, sparsely applied in arbitral proceedings. Lowe suggested that the occasions for application of the abuse of process doctrine are “likely to be very rare”¹ while Gaffney, referring to the ILA’s Interim Report on *Res Judicata*, also recognized that the doctrine of abuse of process is “rarely applied” in international law². Voon et al. also agree that the tribunals “have proven exceptionally conservative” in the application of the doctrine of abuse of process³. As a related point, the standard of proof for an “abuse of process” defense appears to be high; as Kolb asserts, “abuse of process” “is not easily to be assumed; it must be rigorously proven”⁴.

Investment arbitration case law, too, is consistent in that “abuse of process” / “abuse of rights” as a defense is an “extraordinary remedy” that requires “exceptional circumstances” (*Chevron*)⁵, with courts and tribunals “rarely” holding that “a good faith or other related standard is breached” since the standard of proof is “a high one” (*ConocoPhillips*)⁶. The same was reiterated more recently by the *Phillip Morris* tribunal, after a detailed overview of past jurisprudence⁷. This is in line with ICJ case law, where to

¹ See: Lowe, Op. cit., p. 202–203.

² Gaffney, Op. cit., p. 515.

³ T. Voon, A. Mitchell & J. Munro, Legal Responses to Corporate Manoeuvring in International Investment Arbitration, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 5 (2014), Issue 1, p. 64–65. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idt020>

⁴ Kolb, Op. cit., p. 871.

⁵ *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, PCA Case No. 34877, Interim Award (1 December 2008), ¶ 143, 146 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0150.pdf>).

⁶ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V. and ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits (3 September 2013), ¶ 275 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1569.pdf>).

⁷ *Philip Morris Asia Limited v. Commonwealth of Australia*, Award on Jurisdiction and Admissibility (17 December 2015), ¶ 550 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7303_0.pdf) (concluding, after a review of *Tidewater*, *Mobil*, *Chevron*, *Gremci-*

date the Court never upheld an abuse of rights claim, despite it having been raised on numerous occasions¹, and has most recently confirmed in the Immunities Case (*Eq. Guinea v. Fr.*)² that where a valid title of jurisdiction has been established, a successful “abuse of rights” defense requires “exceptional circumstances”.

Aside from case law dealing with corporate restructuring / “manufacturing” of jurisdiction as an “abuse of right” or “abuse of process” (analyzed in the previous sub-section), the second major block of relevant jurisprudence relates to parallel or consecutive arbitral proceedings. To date, no tribunal has found such proceedings abusive, with attendant negative jurisdiction or admissibility findings. Perhaps most famously, in the *Lauder* and *CME* parallel arbitrations – the first brought under the U.S.-Czech Republic BIT by a U.S. national Mr. Ronald Lauder (and dismissed on the merits), and the second one brought under the Netherlands-Czech Republic BIT by his Dutch company, CME (where the claimant was awarded approx. USD 270 million on the basis of the same fact pattern) – both tribunals rejected “abuse of process” objections opining that even if the doctrine was considered applicable, each tribunal was the “only forum with jurisdiction” to hear the claims of the respective claimants under distinct jurisdictional bases³. However, an important caveat to this pair of decisions is that the Czech Republic,

tel, Aguas del Tunari, Pac Rim and Lao Holdings awards that “investor-State tribunals have set a high threshold for finding an abuse of process”).

¹ See, e.g.: Arbitral Award of 31 July 1989 (*Guinea-Bissau v. Sen.*), 1991 I.C.J. 53 (Judgement of 12 November 1991), ¶ 27 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/82/082-19911112-JUD-01-00-EN.pdf>); Certain Phosphate Lands in Nauru (*Nauru v. Austl.*), 1992 I.C.J. 240 (Judgement on Preliminary Objections of 26 June 1992), ¶ 38 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/80/080-19920626-JUD-01-00-EN.pdf>); Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (*Dem. Rep. Congo v. Rwanda*), 2006 I.C.J. 6 (Judgment of 3 February 2006), ¶ 25 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/126/126-20060203-JUD-01-00-EN.pdf>) (although the Court did not give clear reasons for refusing to remove the case from the Court’s docket, despite an express “abuse of right” objection from Rwanda in view of Congo’s resubmission of the same application to the Court); see a list of further precedents: *Kolb*, Op. cit., p. 871–872. According to Kolb, this does not mean that the Court outright rejects the “abuse of right” concept, but merely that the Court has, to date, “merely affirmed that its application was not warranted in the cases under consideration” (*Ibid.*, p. 871).

² Judgement, ¶ 150.

³ *Ronald S. Lauder v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award (3 September 2001) (hereinafter – *Lauder*, Award), ¶ 171, 174 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf>); *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (13 September 2001) (hereinafter – *CME*, Partial Award), ¶ 355, 396–400 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0178.pdf>).

the respondent state in *CME* and *Lauder*, repeatedly refused claimants' offers of consolidation of the arbitral proceedings¹.

In the same vein, in *Flemingo DutyFree*, the tribunal rejected the respondent state's "abuse of process" objection in view of a parallel arbitration launched by a different indirect investor at a different level of the investment structure, and under a different BIT, opining that "the possibility of parallel claims, emanating from two different indirect investors at different levels of the investment structure, follows from the investment law itself..."². Interestingly, the *Flemingo* tribunal recognized the in-principle possibility of denying treaty protection to one of the claimants in case of an "abuse of process", an approach that has not yet been applied by tribunals. Yet, in the case at hand, however, the tribunal justified its decision by the fact that the parallel arbitration was not being pursued, and at present there was no risk of overlapping awards³.

The current state of jurisprudence on "abuse of process" doctrine may bring one to a conclusion that arbitrators would reject this reading of the doctrine when confronted with parallel or consecutive proceedings, as pointed out by Shany⁴. Another, more optimistic, view – by Wehland – is that "truly abusive behaviour among investors has been rare", whereas the in-principle applicability of the doctrine to such situations is "beyond doubt"⁵. Lowe similarly suggested that "[the abuse of process] doctrine arises not from the fact of multiple proceedings but rather from the inherently vexatious nature of the particular proceedings in the forum"⁶.

We posit that despite rarity of application, the "abuse of process" doctrine is a suitable tool for an arbitral tribunal to address situations where claimant(s) improperly bring(s) successive or parallel arbitration proceedings under various jurisdictional bases to maximize their chances of success. While we do not suggest that the standard of proof with respect to "abuse of process"

¹ *Lauder*, Award, ¶ 173, 178; *CME*, Partial Award, ¶ 412.

² *Flemingo DutyFree Shop Private Limited v the Republic of Poland*, UNCITRAL, Award (12 August 2016), ¶ 347 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7709_3.pdf).

³ *Ibidem*.

⁴ See, e.g.: *Y. Shany*, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, p. 194.

⁵ *H. Wehland*, *The Coordination of Multiple Proceedings in Investment Treaty Arbitration*, Oxford University Press, 2013, para. 7.31.

⁶ *Lowe*, *Op. cit.*, p. 202–203.

should be lowered, in our view it would turn on the facts of each case to determine whether the pursuit of successive or parallel proceedings is abusive.

This is exactly the approach adopted by the *Caratube II* tribunal that closely looked at whether the initiation of *Caratube I* proceedings by only one of the two claimants, and relying on only one of the three jurisdictional bases was abusive¹. In the words of the *Caratube II* tribunal: “For the Tribunal, there is not sufficient evidence to show that the Claimants deliberately withheld claims in a bad faith attempt to get a second bite at the cherry by bringing serial, vexatious and abusive proceedings against the Respondent. *Raising all potential jurisdictional bases against the Respondent in the Caratube I arbitration likely would have significantly increased the costs of that earlier arbitration, which were borne by [Caratube]. [Caratube] thus had a legitimate strategic interest in not raising claims that it deemed unnecessary*”².

One specific example of a case where consecutive reliance on different jurisdictional bases may be deemed abusive may be a situation where the tribunal manifestly lacks jurisdiction in the first proceedings, yet such proceedings were ongoing for some time, thereby wasting resources of the respondent state and moreover forcing the state to disclose some of the arguments or counterclaims it may have wished to reserve for the “actual” proceeding based on the “proper” jurisdictional basis with the same claimant.

3.4. Could the Common Law “Claim-Splitting” Doctrine Qualify as a Sanctionable Abuse of Process and Is There a “Duty to Concentrate the Dispute” in Investment Arbitration?

As explained in Section 2 above, common law jurisdictions sanction situations where claimant did not bring forward all subject matters of the dispute from the outset of the proceedings — under the “abuse of process” terminology in the United Kingdom and “claim splitting” terminology in the United States. Since one of Kazakhstan’s objections in *Caratube II* was that claimants engaged in “improper claim-splitting”³, several comments are warranted in this article on the concept.

By way of background, and as succinctly explained in the ILA Interim Report on *Res Judicata*, the “abuse of process” doctrine in this context would “prescribe... that subsequent proceedings should be precluded if it is necessary for a court to prevent a misuse of its procedure in the face of unfairness

¹ *Caratube II*, Award, ¶ 382–383.

² *Ibid.*, ¶ 383 (emphasis added).

³ *Ibid.*, ¶ 334.

to another party, or to avoid the risk that the administration of justice might be brought into disrepute among right-thinking people”¹. In other words, a party would be precluded from raising in subsequent proceedings a claim or an issue that it could have and should have brought in the earlier proceedings.

This “claim-splitting” subtype of the abuse of process doctrine finds its origin in the so-called “Henderson rule”, established by the English Courts over 150 years ago in *Henderson v. Henderson*: “...where a given matter becomes the subject of litigation in, and of adjudication by, a Court of competent jurisdiction, the Court requires the parties to that litigation to bring forward their whole case, and will not (except under special circumstances) permit the same parties to open the same subject of litigation in respect of matter which might have been brought forward as part of the subject in contest, but which was not brought forward, only because they have, from negligence, inadvertence, or even accident, omitted part of their case”².

Yet, the “Henderson rule” appears to be a domestic English law concept, with questionable application to arbitration matters. As Mustill & Boyd point out, “it is doubtful whether the rule in *Henderson v. Henderson* applies to issues which are outside the scope of the matters referred to the arbitrator even though they fall within the terms of the arbitration agreement”³. On the other hand, in a recent decision by the English High Court, a remark was made – as obiter – that “in proper cases, an arbitral tribunal could apply the principle in [*Henderson v. Henderson*] or an analogous one to dispose of a case before it”⁴.

As explained in Section 2, a concept comparable to the “Henderson rule” exists in the United States – the so-called “claim splitting”⁵. Yet, arguably, the “claim splitting” principle is more restrictive in scope than its English counterpart. As explained in the American Law Institute’s Restatement (Second) of Judgments: “A judgment is not conclusive in a subsequent action as to issues which might have been but were not litigated and determined in the prior action. There are many reasons why a party may choose not to raise an issue, or to contest an assertion, in a particular action. <...> And if preclusive

¹ *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration, p. 42.

² (1843) 3 Hare 100, 115, (1843) 67 ER 313, 319 (per Sir James Wigram VC) (available at: <http://www.commonlii.org/uk/cases/EngR/1843/917.pdf>).

³ *Mustill & Boyd*, Op. cit., p. 413 (internal citations omitted).

⁴ *Nomihold Securities Inc. v. Mobile Telesystems Finance SA*, [2012] EWHC 130 (Comm.), para. 40 (available at: <http://cisarbitration.com/wp-content/uploads/2013/07/Nomihold-Securities-Inc-v-Mobile-Telesystems-Finance-S.A..pdf>).

⁵ See: *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on Res Judicata and Arbitration, p. 47 (“There is no general ‘abuse of process’ doctrine in the United States akin to that in England”).

effect were given to issues not litigated, the result might serve to discourage compromise, to decrease the likelihood that the issues in an action would be narrowed by stipulation, and thus to intensify litigation”¹.

The International Law Association has also analyzed the *Henderson* rule in its Interim Report on *Res Judicata* and concluded that it is “not aware of any case in which an arbitral tribunal applied, or a court has approved the application of, the abuse of process doctrine [as understood in the ‘Henderson rule’] in arbitration”².

Turning to civil law jurisdictions, the so-called “duty to concentrate grounds” and a less-accepted “duty to concentrate claims” (explained in Section 2 above), have not yet found its acceptance in either commercial or investment arbitration, as argued by Gaillard³.

In view of the above, we deem the approach of the *Caratube II* tribunal to the concept of “claim-splitting” a valid one. Indeed, this concept does not seem to be established in international arbitration, or – more broadly – outside of any particular legal system. Yet, the *Caratube II* tribunal’s in-principle readiness to sanction “the omission of raising a particular claim or of splitting a claim amount” if such omission amounts to an “abuse of process”⁴ represents a balanced solution, effectively providing more content (and possibilities of application) to the “abuse of process” doctrine.

3.5. Formalistic v. Pragmatic Approach to the *Res Judicata* Doctrine

Some commentators advocated against a strict approach to identities of subject matter and cause of action. Reinisch highlighted the risk of “claimants... raising closely related claims that they could have raised in an earlier arbitration” by “slightly modifying” the relief sought or ground relief upon⁵. Martinez-Fraga and Samra suggest applying in international arbitration the “U.S. common law *res judicata* [that] precludes re-litigation of all causes of action, defenses, and affirmative defenses that were available to a litigant in the first action but not raised at the time [as] [t]his expansive approach furthers the policy of finality that *res judicata* seeks to accomplish by virtue

¹ Restatement (Second) of Judgments, § 27 (cmt. e).

² *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration, p. 46.

³ *Gaillard*, Abuse of Process in International Arbitration, p. 31.

⁴ *Caratube II*, Award, ¶ 498.

⁵ A. Reinisch, The Use and Limits of *Res Judicata* and *Lis Pendens* as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 3 (2004), Issue 1, p. 62–63. <https://doi.org/10.1163/157180301773732627>

of focusing on the actual substantive and transactional configuration of the proceedings instead of relying on the narrow and formalistic mechanisms that undermine the doctrine”¹. Yannaca-Small also points out to academic opinion that the subject matter / cause of action distinction is “artificial” and an approach that “looks at the underlying nature of the dispute and not its formal classification” may be more favorable². A “simplified” two-part *res judicata* test comprising only identity of parties and identity of “issues” was also adopted in *Apotex III*³.

Still, it would seem that the “triple identity test” is a “strict requirement”, in the words of the ILA Interim Report on *Res Judicata*⁴. The *Caratube II* tribunal’s decision to favor strict application of the cause of action element of the “triple identity test”, taking into consideration the fact that “the application of provisions contained in different instruments [*i.e.* the BIT, the Kazakh Foreign Investment Law and the investment contract] may call for different results in practice”⁵ appears — although not reasoned in great detail — to give careful prevalence to the fundamentally different nature of each legal instrument, both from jurisdictional and substantive protection viewpoints. This approach echoes the reasoning in *Pantechniki*, where the sole arbitrator observed (although in the context of a “fork-in-the-road” defense by the respondent state): “The similarity of prayers for relief does not necessarily bespeak an identity of causes of action. What [is necessary to determine is] whether claimed entitlements have the same normative source”⁶.

We deem the approach taken by the *Caratube II* tribunal sound, if somewhat conservative. Strict adherence to the “triple identity test” may have been more warranted in that case due to the rather unusual plurality of jurisdictional basis of the arbitration.

¹ P.J. Martinez-Fraga & H.J. Samra, The Role of Precedent in Defining *Res Judicata* in Investor-State Arbitration, *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 32 (2012), No. 3, p. 431 (available at: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1026&context=njilb>).

² K. Yannaca-Small, 25. Parallel Proceedings, in: P. Muchlinski, F. Ortino, Chr. Schreuer (eds.), *Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 1018.

³ *Apotex III*, Award, ¶ 7.15.

⁴ See: *De Ly & Sheppard*, ILA Interim Report on *Res Judicata* and Arbitration, p. 65.

⁵ See: *Caratube II*, Award, ¶ 494.

⁶ *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/07/21, Award (30 July 2009), ¶ 62 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0618.pdf>).

3.6. Collateral Estoppel and Res Judicata in Investment Arbitration and the “Reach” of the Doctrine

Another issue analyzed in detail by the *Caratube II* tribunal is the place, application and reach of “collateral estoppel” (also known as “issue estoppel”) doctrine as relates to *res judicata* in investment arbitration. As explained in Section 2 above, “collateral estoppel” is a common-law effect of the *res judicata* doctrine, whereby re-litigation of points of fact or law that were distinctly addressed and determined in the previous decision is barred.

3.6.1. Is Collateral Estoppel “Well Established as a General Principle” of International Law?

Prior to *Caratube II*, the tribunal in *RSM et al.* held that the doctrine of “collateral estoppel”, is “well established as a general principle applicable in the international courts and tribunals”¹. The *Caratube II* tribunal therefore had to address the *RSM et al.* holding and its jurisprudential value. In our opinion, the tribunal validly disagreed with *RSM et al.*² for two reasons. First, the parties in that case were in agreement as to the application of collateral estoppel to the arbitration proceedings³. Second, and more importantly, the tribunal’s holding on collateral estoppel in *RSM et al.* is based on a misunderstanding of the Decision on Jurisdiction in the *AMCO II* case. In *AMCO II*, the tribunal cited a legal expert opinion asserting that “a right, question, or fact *distinctly put in issue and distinctly determined* by a court of competent jurisdiction as a ground for recovery cannot be disputed”⁴. Yet, this part of the Decision dealt with the general principle of *res judicata*, as opposed to the “collateral estoppel” doctrine. In fact, the *AMCO II* tribunal expressly noted that the extension of the *res judicata* principle to “reasoning” (which is precisely the scope of the “collateral estoppel” doctrine) is “by no means clear”⁵ before rejecting the

¹ *RSM II*, Award, ¶ 7.1.2.

² *Caratube II*, Award, ¶ 459.

³ *RSM II*, Award, ¶ 7.1.1 (“The disputing parties do not differ as to the requirements for the application of the doctrine of collateral estoppel”).

⁴ *AMCO II*, Decision on Jurisdiction, ¶ 30 (emphasis in original).

⁵ *Ibid.*, ¶ 16 (referring to an expert opinion authored by Professor W. Michael Reisman). In fact, in *Amco II*, the tribunal was confronted with a situation patently different from *Caratube II*, namely a dispute already decided on both jurisdiction and merits (with a decision favorable to Claimant), partially annulled and then resubmitted to ICSID. The Parties were in no disagreement as to the *res judicata* effect of the non-annulled portions of the Award in *Amco I*. The disagreement was as regards the *res judicata* effect of the reasoning of the *ad hoc* Committee (see: *Ibid.*, ¶ 22–24, 27, 30). The *Amco II* tribunal specifically noted that the passage quoted in the legal expert opinion (“The general principle, announced in numerous cases is that a right, question, or fact *distinctly put in issue and distinctly determined* by a

application of collateral estoppel outright: “It is by no means clear that the basic trend in international law is to accept reasoning, preliminary or incidental determinations as part of what constitutes *res judicata*. The finding of *Pious Fund* Case Hague Court Reports (1916) 1, cannot be read in that way, for the Tribunal said only that ‘all the parts of the judgment enlighten and mutually supplement each other and... all serve to render precise the meaning and the bearing of the dispositive (decisory part of the judgment) and to determine the points upon which there is *res judicata*...’”¹

Doctrinal support for applicability of “collateral estoppel” in international arbitration is also far from being universal. Wehland argues that only the dispositive part of the judgement shall have a binding effect in international law, unless the parties have expressly agreed otherwise². In turn, Kaufmann-Kohler recalls that the “collateral estoppel” doctrine is “largely unknown in civil law countries and thus difficult to apply on the international level”³.

Furthermore, although this argument was dismissed in *Caratube II*⁴, it could be suggested that a tribunal – and, by way of specific example, a tribunal sitting under ICSID Arbitration Rules – is required to make its own findings of fact, as opposed to adopting such findings made by earlier tribunals. This was the approach taken in *SPP*, where claimant unsuccessfully requested the tribunal to “adopt and incorporate as its own the pertinent findings of fact” made by another tribunal in an earlier ICC arbitration involving the same parties⁵. The *SPP* tribunal refused for two independent reasons. First, the factual findings of the earlier tribunal were found to be made in excess of the powers conferred upon it by the arbitration clause. Therefore, adopting these factual findings would be, according to the *SPP* tribunal, “hardly consistent with the basic function of evidence in the judicial process, which is to enable the tribunal to determine the truth concerning the conflicting claims of the parties before it”⁶. Second, and independently from the above, the *SPP*

court of competent jurisdiction as a ground for recovery, cannot be disputed” (emphasis in original)) “does not dispose of this question”, namely whether the *res judicata* principle extends to the reasoning of an *ad hoc* Committee.

¹ *AMCO II*, Decision on Jurisdiction, ¶ 32.

² *Wehland*, Op. cit., para. 6.121 (internal citations omitted).

³ *Kaufmann-Kohler, Boisson de Chazournes, Bonnin & Mbengue*, Op. cit., p. 8–9.

⁴ See: *Caratube II*, Award, ¶ 463.

⁵ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992), ¶ 1 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf) (quoting: Request for Arbitration (24 August 1984), ¶ 3).

⁶ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction (14 April 1988), ¶ 120, ICSID Reports, Vol. 3 (1995), p. 162.

tribunal found that “Rule 47 of the ICSID Arbitration Rules requires that ICSID tribunals make their own findings of fact” and decided to “proceed to make its own determination of the facts necessary to render an award in the present case”¹. This approach was later followed in *Biwater Gauff*.

3.6.2. *Does Collateral Estoppel Nevertheless Have Any Place in Investment Arbitration?*

While rejecting the thesis that collateral estoppel is “well established as a general principle” of international law, the *Caratube II* tribunal nevertheless carefully and in principle accepted that the doctrine may have its place in investment arbitration³. In our view, this finding was well-reasoned and based on: (i) the findings of the *Apotex III* tribunal, that undertook a detailed jurisprudential survey and concluded that “[i]t is clear that past international tribunals have applied forms of issue estoppel, without necessarily using the term”⁴, and (ii) the ILA Recommendation No. 4 on *Res Judicata*, advocating for an extensive notion of the *res judicata* doctrine, which includes not “the dispositive part of an award but also from its underlying reasoning” that have “actually been arbitrated and determined... provided any such determination was essential or fundamental to the dispositive part of the arbitral award”⁵.

3.6.3. *The Reach of Collateral Estoppel*

Ultimately, the *Caratube II* tribunal determined that the findings in *Caratube I* emphasized by Kazakhstan were not “fundamental” and therefore had no preclusive effect under the collateral estoppel doctrine⁶. The tribunal’s qualification of a finding as “fundamental” raises the question of how far would or should collateral estoppel (or for that matter *res judicata*) reach within the reasoning in the previous award. In this regard, the *Apotex* arbitrations are instructive.

¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ¶ 121; see also: *B. Hanotiau*, Quelques reflexions à propos de l’autorité de chose jugée, in: *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruylant, 2002, N°s 17–18.

² *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award (24 July 2008), ¶ 473 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>).

³ *Caratube II*, Award, ¶ 460.

⁴ *Ibid.*, ¶ 460 (quoting: *Apotex III*, Award, ¶ 7.18).

⁵ *Caratube II*, Award, ¶ 460–461, 466 (quoting: *De Ly & Sheppard*, ILA Final Report on *Res Judicata* and Arbitration, ¶ 52; *Iidem*, ILA Recommendations on *Lis Pendens* and *Res Judicata* and Arbitration, Recommendation 4.2).

⁶ *Ibid.*, ¶ 471, 473.

In *Apotex* (an arbitration under the NAFTA Ch. 11), the respondent state contended that the tribunal was bound by the *reasoning* by a previous tribunal about the fact that one of the claimants (Claimant 1) did not make an investment, since this was *res judicata*. According to the respondent state, even if claims in the first arbitration arose out of *tentatively* approved pharmaceutical product applications (ANDAs), while claims in the second arbitration arose of *finally* approved ANDAs, this distinction was irrelevant¹. The first award was rendered between Claimant 1 and the respondent state also in the NAFTA framework².

As a first issue, the *Apotex* tribunal analyzed whether NAFTA Art. 1136(1) precluded an award from having a *res judicata* effect, which the tribunal denied³. Afterwards, it moved to an analysis of *res judicata* in international law, stating that it “is a general principle of law and is thus an applicable rule of international law”, as well as that it traditionally operates where three conditions are met (*persona, petitum, causa petendi*, i.e. the “triple-identity test”), even if criticisms are also described and taken into account⁴. The tribunal also stated that the parties did not agree on the scope of the *res judicata* doctrine: “The Claimants and the Respondent disagree on the scope of *res judicata*’s effect in international law. The Parties agree that the provisions of the *dispositif*, or operative part, of a prior judgment or award have *res judicata* effect. They disagree whether *res judicata* in international law includes the broader concept of or akin to issue estoppel, the principle that a party in subsequent proceedings cannot contradict an issue of fact or law not reflected in the *dispositif* if it has already been distinctly raised and finally decided in earlier proceedings between the same parties (or their privies). The Claimants submit it does not; whereas the Respondent says it does”⁵.

The tribunal referred to a number of earlier decisions, mostly non-ICSID, and stated that “where there is a question regarding the extent of a prior decision or award’s *res judicata* effect, international tribunals regularly look to the prior tribunal’s reasons and indeed also to the parties’ arguments, in order to determine the scope of what was finally decided in that earlier proceeding”⁶. After

¹ *Apotex III*, Award, ¶ 2.52–2.53.

² *Ibid.*, ¶ 7.2.

³ *Ibid.*, ¶ 7.4–7.9.

⁴ *Ibid.*, ¶ 7.11–7.16.

⁵ *Ibid.*, ¶ 7.17 (emphasis in original).

⁶ *Ibid.*, ¶ 7.30.

having also analyzed *res judicata* under the UNCITRAL Arbitration Rules¹, the tribunal adopted a broad view of the scope of *res judicata* and extended it to the reasoning of the previous award: “...in this Tribunal’s view, that operative part as a ‘*dispositif*’ can and should be read with the relevant ‘*motifs*’ or reasons for that operative part, as decided above. Hence, the Tribunal concludes, for the purpose of *res judicata*, that Paragraph 358(a) of the operative part is to be applied together with the reasons applicable to that paragraph, namely the relevant passages in Paragraphs 177 to 246 of the Apotex I & II Award...”²

Finally, the tribunal adopted a quick test in order to understand if the claims at issue were covered by *res judicata*: if they would have been decided in the same way by the previous tribunal, then *res judicata* will apply³. The issue to be determined was if one of the reasons “were essential to the operative part and thereby distinctly determined matters distinctly in issue...”⁴. The tribunal decided that the claims raised by Claimants were covered by *res judicata*, and thus declined its jurisdiction⁵.

Apotex III Award referred to the *Amco* Decision, where the tribunal quoted an opinion by Prof. Reisman who stated that “[t]he general principle, announced in numerous cases is that a right, question, or fact *distinctly put in issue and distinctly determined* by a court of competent jurisdiction as a ground of recovery, cannot be disputed”⁶. Furthermore, the tribunal recognized that “[i]t is by no means clear that the basic trend in international law is to accept reasoning, preliminary or incidental determinations as part of what constitutes *res judicata*”⁷. The analysis of the tribunal touched upon *res judicata* in general under international law, where according to the tribunal there is no clear trend and where many authorities do not recognize the legitimacy of extending *res judicata* effect to the reasoning of a previous tribunal⁸. However, in our view, the following quote from the *Amco II* Decision more accurately defines the

¹ *Apotex III*, Award, ¶ 7.33–7.35.

² *Ibid.*, ¶ 7.42.

³ *Ibid.*, ¶ 7.57.

⁴ *Ibid.*, ¶ 7.58.

⁵ *Ibid.*, ¶ 7.57 (“the Apotex I & II tribunal would say that it had already decided the essential issues relating to these claims in its award; and, applying the same two lines of its operative part with its same supporting reasons, that these claims failed to meet the requirements of NAFTA Article 1139 for jurisdiction under NAFTA’s Chapter Eleven”).

⁶ *AMCO II*, Decision on Jurisdiction, ¶ 30 (emphasis in original).

⁷ *Ibid.*, ¶ 32.

⁸ See: *Ibid.*, ¶ 32–40 (discussing PCIJ and ICJ case law and doctrine).

scope of *res judicata*: “A finding by a Tribunal that, in the circumstances before it and in the context of its own reasoning, it is unnecessary to rule on certain matters, is not *res judicata* for another Tribunal whose circumstances or reasoning may or may not be similar”¹. Furthermore, “while unchallenged findings of the first Tribunal will constitute *res judicata*, not every incidental statement or procedural ruling made by the first Tribunal is to be treated as a ‘finding’ to which this principle applies”². In order to find whether an issue is or is not *res judicata*, the tribunal took into account whether it was *determined* by the previous award³.

Overall, we believe that the tribunal’s in-principle acceptance of the collateral estoppel doctrine in investment arbitration, moreover based in part on the ILA Final Report on *Res Judicata* (that itself explicitly limited its relevance to commercial arbitration), is beneficial to the overall reception and application of the *res judicata* principle in investment arbitration. First, given the complexity and high costs of investment arbitration, procedural economy favors accepting the findings of an earlier tribunal on well-pleaded and determined points of fact and law. Second, an express reliance on the ILA Final Report (in light of its somewhat reserved reception in academic and judicial circles, as explain in Section 2 above), may be beneficial for the furtherance of this soft law instrument and harmonization of the tribunal’s approaches to *res judicata*.

3.7. The Specific Case of Negative Jurisdictional Findings

Although this point was not explicitly treated by the *Caratube II* tribunal, we posit that negative jurisdictional findings (as was the case in *Caratube I*) have limited, if any, *res judicata* effect on subsequent proceedings. In fact, there is a consistent line of case law and academic commentary confirming that following a negative decision on jurisdiction, a dispute can be resubmitted to a forum that has jurisdiction, not being affected by *res judicata* or collateral estoppel doctrines. This is because it can hardly be said that a negative decision on jurisdiction is a final resolution of the dispute *on the merits*, finality being one of the cornerstone principles of dispute resolution.

As explained by Bing Cheng, “[w]here a tribunal has merely decided itself to have no jurisdiction to entertain a suit, this does not prevent the same issue from being presented before another tribunal which may be competent”⁴.

¹ *AMCO II*, Decision on Jurisdiction, ¶ 65.

² *Ibid.*, ¶ 73.

³ See, e.g., the reasoning: *Ibid.*, ¶ 59, 60, 75–80.

⁴ *Bin Cheng*, Op. cit., p. 337–338.

Indeed, back in 1941, the tribunal in the Trail Smelter Arbitration agreed that “a decision merely denying jurisdiction can never constitute *res judicata* as regards the merits of the case at issue”¹.

The first ICSID case where jurisdiction to hear a claim brought under the ICSID Convention was denied by one tribunal and re-submitted, again under the ICSID Convention, to another tribunal, was *L.E.S.I.* The tribunal in the first arbitration found it lacked jurisdiction since, *inter alia*, Claimants were not parties to the contract under which claims were brought². Nevertheless, it left the possibility open to the *appropriate* claimants to start a new arbitration: “This decision does not of course prejudice the ability of the companies that hold the rights and obligations flowing from the Contract to initiate ICSID proceedings against Algeria, in their own name and on their own behalf, on the basis of the Bilateral Agreement”³.

In the second arbitration, the identically-composed tribunal found it had jurisdiction, dismissing a number of respondent’s objections, including that of the lack of jurisdiction *ratione personae* regarding the second claimant, ASTALDI S.p.A.⁴ It may be said, however, that the *L.E.S.I.* matter is a particular case where the tribunal rendered a “without prejudice” decision, and expressly guided the “appropriate” claimants to the possibility of submitting their dispute to a forum that has jurisdiction. By way of comparison, the U.S. federal court practice allows re-litigation of a dispute if the underlying decision was rendered “without prejudice”⁵.

In turn, in *Waste Management II*, the tribunal was confronted with a situation of a NAFTA claim being previously dismissed on jurisdictional grounds. In its Decision on Preliminary Objection, the tribunal deemed that “there is no doubt that, in general, the dismissal of a claim by an international tribunal on grounds of lack of jurisdiction does not constitute a decision on the merits

¹ Trail Smelter Case, Decision Reported on March 11, 1941, to the Government of the United States of America and to the Government of the Dominion of Canada, under the Convention Signed April 15, 1935, Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. III, p. 1953 (available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf).

² See: *Consortium Groupement L.E.S.I. – DIPENTA v. République algérienne démocratique et populaire*, ICSID Case No. ARB/03/08, Award (10 January 2005), ¶ 41 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4321.pdf>).

³ *Ibid.*, ¶ 40(1).

⁴ See: *L.E.S.I. S.p.A. and ASTALDI S.p.A. v. République Algérienne Démocratique et Populaire*, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision (12 July 2006), ¶ 56, 93(iv) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0456_0.pdf).

⁵ See: *Hazard, Leubsdorf & Bassett*, Op. cit., § 11.16.

and does not preclude a later claim before a tribunal which has jurisdiction”¹. The *Azinian*² and *Petrobart*³ tribunals reached similar conclusions.

Hobér also favors this approach: “If the first tribunal declines jurisdiction, however, it is possible that the claimant will try again, and that a second ICSID tribunal may have to take a position with respect to the first tribunal’s jurisdictional ruling. Does this ruling constitute *res judicata* for the second tribunal? Probably not. *Most arbitrators seem to accept that they themselves have an obligation to determine whether they have jurisdiction over the claims brought before them – and ensure that they have jurisdiction at every stage of the arbitration – and that they cannot rely on the analysis and conclusion of another tribunal in this respect*”⁴.

In similar vein, Born described the rationale behind the *res judicata* doctrine in the following terms: “...the existence and efficient application of these [res judicata] rules is essential to the efficacy of the arbitral system in achieving its objective of *finally resolving the parties’ dispute*”⁵.

Domestic jurisdictions treat negative jurisdictional decisions in a similar fashion. As Barnett argued in his seminal work on *res judicata* in English common law, such decisions are not “decisions on the cause of action thus dismissed” and therefore cannot be deemed decisions “on the merits”, one requirement of the *res judicata* doctrine⁶. In the words of the Privy Council in *Upendra Nath Bose v. Lall*, “[i]t would indeed be strange if on a dispute as to the jurisdiction of a Court to try an issue, that Court by its reasons for holding that it had no jurisdictions, could, on the principle of *res*

¹ *Waste Management II*, Decision on Preliminary Objection, ¶ 43.

² *Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award (1 November 1999), ¶ 86 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0057.pdf>) (“[Jurisdiction in other forum does] not exclude recourse to other courts or arbitral tribunals... having jurisdiction on another foundation”).

³ *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003, Arbitral Award (29 March 2005) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0628.pdf>), p. 67–68 (“The UNCITRAL Arbitration was Petrobart’s choice, but its aim was to have the issues under domestic law decided and it did not even result in an examination on the merits, since the arbitral tribunal found that Petrobart had no foreign investment under the Foreign Investment Law. In these circumstances, the Arbitral Tribunal concludes that Petrobart is not prevented from raising its claims under the Treaty and is entitled to have these claims examined by the Arbitral Tribunal”).

⁴ *Hobér*, Op. cit., p. 395 (emphasis added).

⁵ *G.B. Born*, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 3733 (emphasis added).

⁶ *Barnett*, Op. cit., para. 2.46.

judicata decide and bind the parties upon the very issue it was incompetent to try”¹.

The above seemingly undisputed understanding of the *res judicata* effect on negative jurisdictional decisions should be contrasted with the findings of the *Vivendi II* tribunal that deemed itself precluded under the *res judicata* doctrine from reconsidering the jurisdictional conclusions of the *Vivendi I* tribunal². In fact, the *Vivendi II* tribunal was confronted with a positive decision on jurisdiction in *Vivendi I*, later upheld on annulment, when the second arbitration was initiated pursuant to the same bilateral investment treaty³. The situation in *Vivendi* is therefore clearly distinguishable from the specific case of the (lack of) *res judicata* effects of a negative decision on jurisdiction on a subsequent tribunal.

In conclusion, even though the *Caratube II* tribunal did not spell out explicitly that a negative decision on jurisdiction in *Caratube I* would not have *res judicata* effect on the tribunal’s jurisdiction, we posit that this is how *Caratube II*’s Award should be read. A contrary view would effectively go against the prevailing position in academic commentary and jurisprudence.

4. *Mobil I* and *Mobil II*: “Ripeness” of Issues and Claims as Permissible Exception to the *Res Judicata* Doctrine in Consecutive Proceedings Brought under Same Jurisdictional Basis

Unlike the situation considered by the *Caratube II* tribunal, with the investor arguably taking a second bite of the cherry by bringing an identical claim under a different jurisdictional foundation, one could posit that the effect of *res judicata* should be even more obvious in cases of consecutive proceedings that an investor brings by fractioning (or “cherry-picking”) its claims, arising out of the same factual matrix and under the same legal grounds (including, for that matter, the jurisdictional foundation). Indeed, in such cases, the standard triple identity test, with *causa petendi* now unifying identical jurisdictional and substantial legal grounds relied upon by an investor, would appear to be undoubtedly satisfied, and the effect of *res judicata* would by all logic have to

¹ *Upendra Nath Bose v. Lall*, [1940] AIR 222, 225 (PC).

² *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (formerly Compañía de Aguas del Aconquija, S.A. and Compagnie Générale des Eaux v. Argentine Republic)*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Jurisdiction (14 November 2007), ¶ 78 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0214.pdf>).

³ *Ibidem*.

be applied to fulfill its fundamental purpose, *i.e.* combat the oppressive litigation tactics.

Yet, the recent Decision on Jurisdiction and Admissibility rendered on 13 July 2018 by an ICSID tribunal in a dispute between Mobil Investments Canada Inc. and Canada, as well as the subsequent Procedural Order No. 9 on Scope of Damages Phase, provide an instructive precedent on how tribunals can refuse to give effect to *res judicata* where such solution favors the interests of proper administration of justice, namely in cases of separate issues and / or claims brought in subsequent proceedings, when the issues dealt with by the second tribunal were not yet “ripe” for consideration in the original proceedings.

4.1. Summary of the Mobil I Decision and Award

By way of background, the original dispute had arisen out of changes in the regulatory regime applicable to the exploitation of two oil fields located off the coast of Newfoundland and Labrador in which Mobil had invested. These changes, which were implemented and enforced by the Government of the Province of Newfoundland since 2004, imposed additional pecuniary obligations on the operators of oil fields, known as Research and Development Expenditures (hereinafter – 2004 Guidelines). After an unsuccessful attempt to challenge the 2004 Guidelines before Canadian courts¹, Mobil initiated on 2 November 2007 arbitration proceedings against Canada², alleging that continued enforcement of the 2004 Guidelines constituted a breach of NAFTA Art. 1106(1) by Canada. Mobil claimed damages incurred as a result of having to comply with the 2004 Guidelines. These proceedings gave rise to a Decision on Liability and on Principles of Quantum³ and a subsequent Award⁴.

In the *Mobil I* Decision, the first tribunal held by majority that Canada breached NAFTA Art. 1106 through enforcement of the 2004 Guidelines, and that Mobil was entitled to damages as a result of Canada’s breach⁵. Yet, the majority made a distinction between past and future damages, holding

¹ See *Hibernia and Petro-Canada v. CNLOPB*, Supreme Court of Newfoundland and Labrador Court of Appeal, 2008 NLCA 46.

² *Mobil Investments Canada Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4 (hereinafter – *Mobil I*).

³ See: *Mobil I*, Decision on Liability and on Principles of Quantum (22 May 2012) (hereinafter – *Mobil I*, Decision) (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1145.pdf>).

⁴ *Mobil I*, Award (20 February 2015) (hereinafter – *Mobil I*, Award) (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4399_0.pdf).

⁵ *Mobil I*, Decision, ¶ 490(3), (5).

that in the proceedings at the time, Mobil was entitled to be compensated only where the damages were “actual”¹, *i.e.* where they could be determined with “reasonable certainty”². The *Mobil I* Award subsequently granted damages to Mobil for the period up until the year 2012³.

As to future damages, the *Mobil I* majority’s reasoning was a bit more complex. While noting that due to jurisdictional requirements of NAFTA Art. 1116(1) an investor “must have incurred” damage for the same to be subject to compensation, it noted that the majority held that there was nothing in Art. 1116(1) to suggest that it “does not extend, in principle, to damages that are the result of a breach which began in the past... and continues... resulting in the *incurring* of losses which crystallise (*i.e.* become quantifiable) and must be paid sometime in the future...”⁴. Applying this reasoning to the case at hand, the *Mobil I* majority held that a claim for future damages to be incurred by Mobil as a result of continuous enforcement of the 2004 Guidelines was “not yet ripe for determination”⁵, as “too many questions still remain[ed] unanswered to allow it to assess with sufficient certainty” the amount of such future damages⁶. Yet, in light of the fact that “damages in this case *will* eventually be ‘actual’”⁷ and that “the implementation of the 2004 Guidelines is a continuing breach”, the majority found that Mobil “can claim compensation in new NAFTA arbitration proceedings for losses which have accrued but are not actual in the current proceedings”⁸.

4.2. Mobil II Decision on Jurisdiction Acts upon the Mobil I Tribunal’s Ruling on “Ripeness” of Claims, While Rejecting Res Judicata Objections

The above holding of the *Mobil I* tribunal is undoubtedly a peculiar one and demonstrates the tribunal’s attempt to strike a balance between not-granting speculative or uncertain damages, thereby giving full effect to Art. 1116(1) of NAFTA, and at the same time leaving open the door for the investor, which otherwise had all of the boxes ticked to be entitled to compensation in light of

¹ *Mobil I*, Decision, ¶ 488.

² *Ibid.*, ¶ 437–439.

³ *Mobil I*, Award, ¶ 178.

⁴ *Mobil I*, Decision, ¶ 427 (emphasis in original).

⁵ *Ibid.*, ¶ 472.

⁶ *Ibid.*, ¶ 473–474.

⁷ *Ibid.*, ¶ 477 (emphasis added).

⁸ *Ibid.*, ¶ 478.

the continuous character of Canada's breach of its international obligation, to recover its due in future arbitral proceedings.

Be it as it may, following this invitation, and since the application of the 2004 Guidelines by Canada was not discontinued following the *Mobil I* Decision, Mobil initiated new arbitration proceedings on 16 January 2015 to recover damages for the period of 2012–2015 (*Mobil II*).

One of the defenses raised by Canada in the new proceedings was that Mobil's claim for damages after 2012 is precluded on the grounds of *res judicata*, namely because Mobil would have already advanced the very same claim in the *Mobil I* proceedings, and that its claim for damages after 2012 would have already been considered and rejected by the *Mobil I* tribunal¹. In its submissions before the *Mobil II* tribunal, Canada developed its argument as operation of the two distinct branches of *res judicata*, namely:

- the issue estoppel, which would prevent re-litigation of specific issues that were decided upon by a previous tribunal; and
- the cause of action estoppel, which would have a broader effect of barring a second claim arising out of an identical factual matrix and based on an identical cause of action, as previously adjudicated².

With regard to the issue estoppel component, Canada argued that Mobil's claim for damages had been conclusively decided by the *Mobil I* tribunal by rejecting to grant damages for the period after 2012. It claimed that whereas the *Mobil I* tribunal had established jurisdiction over the entirety of Mobil's damages claim and did not consider the claim inadmissible, it then necessarily made a final and binding determination on the merits of such claim, which would bar Mobil from bringing the same again before a different tribunal³. Canada claimed that such determination could not have been limited by *Mobil I*'s caveat about "ripeness" of Mobil's future damages claim, which does not overcome the effect of *res judicata*⁴.

With regard to the cause of action estoppel component, Canada submitted that Mobil was advancing the exact same claim as in the *Mobil I* arbitration, based on the same cause of action, and that for this reason the same would be barred from determination by the *Mobil II* tribunal. Interestingly, Canada suggested, with reliance on the decisions in the WTO *EC-India* case, and

¹ *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 89, 175–179.

² *Mobil II*, Canada's Rejoinder (16 December 2016), ¶ 134 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9773.pdf>).

³ *Ibid.*, ¶ 180–198.

⁴ *Ibid.*, ¶ 199–207.

awards of the Spain-US Claims Commission in *Machado* and *Delgado*: “The mere fact that an arbitral tribunal *did not* make a decision on a specific issue or sub-issue relating to a claim or cause of action does not impair the operation of *res judicata* such that a claimant can commence another arbitration relying on the same underlying injury or cause of action and undecided issues”¹.

In response, Mobil submitted that the effect of *res judicata* did not operate with regard to a question unless the same had actually been decided by a previous tribunal. For Mobil, the real question in the proceedings was whether “the determination of the quantum of losses suffered by Mobil from 2012 through 2015, [was] finally determined by the *Mobil I* Tribunal such as to render it *res judicata* between the parties?”² And the answer to this question, according to the investor, was negative.

In its Decision on Jurisdiction and Admissibility, the *Mobil II* tribunal first confirmed that *res judicata* was among the established general principles of international law³. It then went on to discuss the test that ought to be applied in order to establish a *res judicata* effect in a given case. The tribunal referred to the 2016 Judgment of the International Court of Justice in the *Nicaragua v. Colombia* case⁴, which held that in order to establish *res judicata*, one would have to go beyond the commonly invoked “triple-identity test” (*i.e.* parties, object and cause of action) and determine whether and to what extent the content of the previous decision finally and definitively settles the claims brought before the second tribunal⁵.

Applying this principle to the case at hand, the *Mobil II* tribunal argued that while there was no doubt that the standard “triple-identity test” was satisfied with respect to Mobil’s claim for damages for the period of 2012–2015, the difference between the proceedings at hand and the *Mobil I* arbitration was that “in the present case the damages are sought for losses which, in the words of the Mobil I Tribunal are now ‘actual’”⁶. For the *Mobil II* tribunal,

¹ *Mobil II*, Canada’s Rejoinder, ¶ 154 (emphasis added).

² *Mobil II*, Claimant’s Reply Memorial (23 September 2016), ¶ 96 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9771.pdf>).

³ *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 187–188.

⁴ Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 nautical miles from the Nicaraguan Coast (*Nicar. v. Colom.*), 2016 I.C.J. 126 (Judgment of 17 March 2016), ¶ 59–60 (available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/154/154-20160317-JUD-01-00-EN.pdf>).

⁵ *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 191.

⁶ *Ibid.*, ¶ 194.

the question was therefore whether, in the words of the ICJ's Judgment in *Nicaragua v. Colombia*, the claim for such damages had been "definitively settled" by the *Mobil I* majority panel.

The tribunal answered in the negative. It emphasized that the *Mobil I* majority had itself noted on multiple occasions that a determination on future damages it was making was not a final one¹, to the effect that the *Mobil II* tribunal was not in fact requested nor required to rewrite the holdings of the previous panel². It furthermore gave weight to the *Mobil I* panel's words that Mobil's claim for future damages was not yet "ripe" for determination and its invitation to seek the same in "new NAFTA proceedings"³. To the *Mobil II* tribunal, those determinations were largely comforting to establish that the claim for future damages had not been definitively settled by the *Mobil I* majority.

Finally, the *Mobil II* tribunal responded to Canada's argument that since the *Mobil I* panel had found jurisdiction over all of Mobil's claims and had found them admissible, it necessarily had issued a final and binding determination on the same. The tribunal stated that: "It can of course be argued that, having heard evidence and argument in support of the claim for future damages, held that it had jurisdiction to determine that claim, and (seemingly) that the claim was admissible, the *Mobil I* Tribunal should have decided the claim on its merits and, if it considered that the evidence was insufficient, have dismissed the claim. But it did not do so and *res judicata* requires that the previous court or tribunal *did* decide a question, not that it *should* have done so. This Tribunal is no more entitled to substitute its view of what the *Mobil I* Tribunal should have decided for what it did decide on this issue than it is to substitute its view as to the merits of whether there was a breach of Article 1106 for that of the *Mobil I* Tribunal"⁴.

It thus went on to find that Mobil's claim for damages for the period 2012–2015 was not precluded by *res judicata* and therefore will be considered and decided upon in a future Award⁵.

In addition to the above findings, the tribunal ruled on another objection raised by Canada in relation to the alleged lapse of Mobil's claims in the

¹ *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 198 (quoting: *Mobil I*, Decision, ¶ 473–474).

² *Ibid.*, ¶ 199.

³ *Ibid.*, ¶ 200–204 (quoting: *Mobil I*, Decision, ¶ 478).

⁴ *Ibid.*, ¶ 205 (emphasis in original).

⁵ *Ibid.*, ¶ 213.

Mobil II arbitration pursuant to the NAFTA Arts. 1116(2)¹ and 1117(2)². The tribunal notably held that the calculation of the limitation period under the said provisions did not start running on the day when the 2004 Guidelines were first implemented, as had been asserted by Canada, but rather on the date when, following the issuance of the *Mobil I* Award, which granted the investor damages for the period up to the year 2012, Mobil was advised by the local authorities that the implementation of the 2004 Guidelines was not going to be discontinued³.

4.3. *Mobil II* Procedural Order No. 9 – a Dramatic Expansion of Mobil’s Claims for the Sake of Procedural Efficiency

Things have not ended there. On 11 December 2018, the *Mobil II* tribunal took its analysis of the *res judicata* issue one step further in the Procedural Order No. 9, in which it ruled on Mobil’s request, submitted shortly after the issuance of the 13 July Decision on Jurisdiction and Admissibility, to be permitted to significantly expand the scope of its claims in the arbitration, namely to include damages that Mobil has incurred due to the continuous implementation of the 2004 Guidelines post 31 December 2015, as well as all *prospective future* losses which would be incurred by Mobil until the end of its exploration project, on the assumption that Canada would continue to enforce the 2004 Guidelines⁴. Mobil notably argued that such an order was warranted in the interest of justice, and the efficient resolution of the dispute, as the effect of the *Mobil II* Decision on Jurisdiction and Admissibility left open the possibility that Mobil’s future claims for damages under the continuous implementation of the 2004 Guidelines by Canada could be held to be time-barred pursuant to Arts. 1116(2) and 1117(2) of the NAFTA, thus denying the investor the opportunity of securing the full reparation to which it was entitled⁵.

While opposing Mobil’s request, Canada claimed, this time, that the investor’s claim for *future* damages was precluded on the basis of the *res*

¹ Which states that “[a]n investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage”.

² Which states that “[a]n investor may not make a claim on behalf of an enterprise described in paragraph 1 if more than three years have elapsed from the date on which the enterprise first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the enterprise has incurred loss or damage”.

³ *Mobil II*, Decision on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 145–173.

⁴ *Mobil II*, Procedural Order No. 9, ¶ 7.

⁵ *Ibid.*, ¶ 25.

judicata effect of the *Mobil I* Decision, which had ruled that only actual losses could be recovered¹. Indeed, Canada pointed out the *Mobil I* Tribunal's explanations in the *Mobil I* Decision and the *Mobil I* Award that "damages... shall only be compensated when there is sufficient evidence that a call for payment has been made or that damages have otherwise occurred (*i.e.* that they are 'actual')"², that "damages are incurred and compensation is due when there is a firm obligation to make a payment and there is a call for payment or expenditure, or when a payment or expenditure related to the implementation of the 2004 Guidelines has been made"³, and that, accordingly, "the Claimant must prove 'that a call for payment has been made or that damages have otherwise occurred...'"⁴. Canada moreover argued that the *res judicata* effect of the above holdings of the *Mobil I* tribunal cannot be disturbed by the alleged risk that Mobil might not get full reparation of its losses.

The *Mobil II* tribunal granted the investor's request to amend its claims. Specifically, when dealing with Canada's *res judicata* argument in relation to the future losses claim, the tribunal re-affirmed its approach set out in the 13 July 2018 Decision on Jurisdiction and Admissibility that "the critical question is whether a matter has been determined, either expressly or by necessary implication, by a previous decision..."⁵. With regard to Mobil's claim for future losses, the tribunal held that this was not the case. Interestingly, while the *Mobil II* tribunal accepted that "some of the comments by the Mobil I Tribunal support [a conclusion that Mobil could bring further claims only in respect of damages as they became 'actual' and not in respect of future losses]", it nevertheless ruled that it did not consider those comments to be sufficient to amount to a definite ruling that Mobil was not entitled to damages for losses which have not accrued⁶. Most notably, the tribunal pointed out that if the *Mobil I* Decision actually ruled that Mobil's future claims were limited to "actual" damages only, "the requirements of Articles 1116(2) and 1117(2) [in relation to time-barring] would in any event necessitate the bringing of a fresh claim every three years, so that for the Claimant to recover its losses for the period 2012 to 2036 (assuming that the

¹ *Mobil II*, Procedural Order No. 9, ¶ 29.

² *Mobil I*, Decision, ¶ 488.

³ *Ibid.*, ¶ 469.

⁴ *Mobil I*, Award, ¶ 28.

⁵ *Mobil II*, Procedural Order No. 9, ¶ 37.

⁶ *Ibid.*, ¶ 46–47.

Guidelines continued to be enforced) would require it to bring no fewer than eight claims for ‘actual’ damages”¹.

It then held at the Procedural Order No. 9 as follows:

“The *Mobil I* Tribunal could, of course, have made such a decision and, if it had done so, then the present Tribunal would have been bound by it. However, the *consequences of such a decision mean that the present Tribunal should be particularly careful to ensure that the Mobil I Tribunal had in fact decided – either expressly or by necessary implication – to exclude the possibility of a claim for anything other than damages which had actually accrued.* The language of the *Mobil I Decision* and of the subsequent *Award* contains nothing which amounts to an express decision to that effect.

Nor is the present Tribunal persuaded that anything in the Decision or Award necessarily imply such a restrictive decision. <...>”².

The tribunal further rejected other objections raised by Canada and granted Mobil’s request to amend its claims as to include “actual” damages that have been incurred since 31 December 2015, as well as future damages.

4.4. The Mobil II Tribunal’s Interpretation of the Res Judicata Standard: An Effective Procedural Tool or a Troubling Precedent of Interference with Past Tribunals’ Decisions?

The findings of the *Mobil II* tribunal in the Decision on Jurisdiction and Admissibility, and even more so those in Procedural Order No. 9, may create a significant divide. While ruling on the implications of the *Mobil I* Decision and the *Mobil I* Award, the *Mobil II* tribunal effectively laid out (whether intentionally or not), two distinct exceptions to the operation of *res judicata* in successive proceedings:

- one, based on the “unripeness” of the claims as declared by the previous tribunal (and in the case at hand, regarding “actual” damages of Mobil as they have materialized prior to and in the course of the *Mobil II* arbitration);
- another one, which appears to be based on a policy consideration of the efficient administration of justice, which outweighs the *res judicata* effect of the decision of the previous tribunal (in the present case, the urge to avoid eight potential future arbitration proceedings between Mobil and Canada by ruling on the entirety of Mobil’s claims within the same arbitral proceedings).

The first suggested exception arguably poses less of a difficulty. In our opinion, this exception appropriately adopts the “final determination” test introduced in the *Nicaragua v. Colombia* ICJ Judgment, taking into account the

¹ *Mobil II*, Procedural Order No. 9, ¶ 49.

² *Ibid.*, ¶ 50–51 (emphasis added).

“unripeness” caveat left by the *Mobil I* tribunal with respect to Mobil’s future damages incurred due to the continuous application of the 2004 Guidelines. On balance, we submit that this is a positive and welcome development to the interpretation and application of the *res judicata* doctrine in investor-state disputes. Indeed, recognizing *res judicata* effects in case of claims that were merely “adjourned” by the previous tribunal, rather than definitively decided (such as ones faced by the *Mobil II* tribunal), would make the *res judicata* doctrine go against the principles of consistency and finality of the awards, thereby running against its intended purpose. It is true that holdings similar to the one made by the *Mobil I* tribunal in themselves may be perceived as running against the principle of legal certainty. However, it is submitted that such compromise is acceptable, as long as the adjourned claims are meritorious, but for their “unripeness”, and do not result in the investor abusing the process by intentionally splitting its claims.

As to the second suggested exception, it is much more controversial. In our opinion, by ruling that Mobil could bring in a claim for future damages in the arbitration, and unlike in case of its ruling with regard to “actual damages”, the *Mobil II* tribunal arguably purported to overrule (or at least very liberally interpret) the holdings of the *Mobil I* tribunal. Indeed, while the *Mobil I* tribunal did leave the “unripeness” caveat with regard to eventual future damages of Mobil, it quite clearly stated that such damages could be recovered by Mobil in future NAFTA proceedings because, and only to the extent that, they “*will eventually be ‘actual’*”¹, not because Mobil could recover future uncertain damages as a matter of principle.

While the *Mobil II* tribunal held that it was not convinced that the issue had been definitively decided by the previous panel, it is rather clear that it did so out of considerations of an efficient resolution of the dispute, by avoiding what appears to be imminent further arbitral proceedings that would have to be brought by Mobil every three years, and dealing with all of the claims within one arbitral setting. Even though on the specific facts of the case this solution might produce a positive outcome, this in itself is a rather troubling precedent of a tribunal *de facto* overruling the holdings of the previous panel by arguing that such holdings are not sufficiently clear and imposing its own interpretation thereof. This is even more so in the context of ICSID arbitration, where Art. 51 of the Convention provides for a specific procedure for the interpretation of awards, which function cannot be simply taken *ex officio* by tribunals in the subsequent and (at least formally) unrelated proceedings. In any case, further developments in the *Mobil II* arbitration will now be even more interesting to follow.

¹ *Mobil I*, Decision, ¶ 477 (emphasis added).

LAW AS A PROMISE: LEGITIMATE EXPECTATIONS AND DOMESTIC LEGISLATION*

NIKITA KONDRASHOV,
LL.M. (Bucerius),

Associate at *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH* (Hamburg),

SEBASTIAN WUSCHKA,
LL.M. (MIDS),

Associate at *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH* (Hamburg)

The fair and equitable treatment standard is currently one of the most frequently invoked treaty provisions in investment treaty arbitration. In particular, the protection of legitimate expectations of foreign investors plays such a dominant role before international investment tribunals that it has sometimes been referred to as the “key element” of fair and equitable treatment. The most vital question at the moment is whether, and how far, legitimate expectations can arise on the basis of domestic laws. This article illustrates the diverging strands of jurisprudence on this issue in detail and thereby seeks to assess the restraint that legitimate expectations and the underlying representations put on the issuing states regarding subsequent changes of domestic legislation. It will show that investment tribunals have actually followed a consistent pattern in their analysis — with only a few variations — and thereby developed a general line of jurisprudence instead of what prima facie appears as diverging awards.

Keywords: international investment law; international investment treaties; fair and equitable treatment; legitimate expectations; legislation, sovereignty; domestic legislation.

* The opinions expressed in this article are those of the authors. They do not necessarily reflect those of *Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH*, its clients or any other institution the authors are affiliated with.

В контексте разрешения инвестиционных споров стандарт справедливого и равноправного обращения с капиталовложениями остается одним из наиболее востребованных положений международных договоров. Концепция законных ожиданий инвесторов играет настолько значимую роль в применении этого стандарта, что арбитры иногда называют ее «основным элементом». Актуальной проблемой применения данной концепции остается вопрос о том, могут ли нормы национального законодательства государства, принимающего инвестиции, создавать такие ожидания инвесторов. В настоящей статье анализируются доступные арбитражные решения, затрагивающие указанную проблему, а также оцениваются возможность возникновения таких ожиданий и право государства регулировать отношения на своей территории. Статья демонстрирует, что, несмотря на кажущуюся разнонаправленность арбитражных решений, их общая логика отличается высоким единообразием.

Ключевые слова: международное инвестиционное право; договоры о защите и поощрении капиталовложений; справедливый и равноправный режим; законные ожидания; законодательство; суверенитет; национальное законодательство.



1. Introduction

The obligation to grant fair and equitable treatment (hereinafter – FET) to foreign investors or investments has been included in investment treaties for more than half a century¹. The majority of modern bilateral investment treaties, also known as BITs, as well as probably all multilateral investment agreements contain FET provisions². In today's investment disputes, the FET

¹ See further: A. C. Blandford, The History of Fair and Equitable Treatment before the Second World War, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 32 (2017), Issue 2, p. 302. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six002>

² For recent examples, see, *inter alia*: Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States, of the other part (hereinafter – CETA), Art. 8.10, OJ, 2017, L 11, p. 58 (available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22017A0114(01)&from=EN)); Proposal for a Council Decision on the signing, on behalf of the European Union, of the Investment Protection Agreement between the European Union and its Member States, of the one part, and the Socialist Republic of Viet Nam, of the other part (COM(2018) 694 final) (Brussels, 17 October 2018), Annex 1, Art. 2.5 (<https://eur-lex.europa.eu/resource>).

standard is a treaty guarantee that is regularly invoked by foreign investors. According to UNCTAD statistics, it has played a role in more than 400 investment treaty arbitrations over the last two decades¹. Due to its broad scope and wording, the FET standard can be relied upon in cases where other, stricter standards (such as full protection and security of foreign investment or the prohibitions on expropriations of the investor's property without compensation) do not apply². As the Tribunal in *PSEG Global v. Turkey* illustrated: "Because the role of fair and equitable treatment changes from case to case, it is sometimes not as precise as would be desirable. Yet, it clearly does allow for justice to be done in the absence of the more traditional breaches of international law standards. <...>"³.

Despite the case-specific differences, the identification of the precise scope of the obligation to provide FET to foreign investors has been strongly influenced by the acknowledged trend to recognize a "progressive emergence of rules through lines of consistent cases on certain issues"⁴. In that context,

html?uri=cellar:4342a71d-d2e7-11e8-9424-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_5&format=PDF); 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Art. 5 (<https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>); Canadian Model Foreign Investment Protection and Promotion Agreement (FIPA), Art. 5 (<https://www.italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>).

¹ See the data provided by the UNCTAD Investment Dispute Settlement Navigator, available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/AdvancedSearch>.

² See: *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (19 January 2007), ¶ 238–239 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0695.pdf>); *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Separate Opinion of Thomas Wälde (1 December 2005), ¶ 37 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0432.pdf>); see also: R. Dolzer & Chr. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd ed., Oxford University Press, 2012, p. 132.

³ *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*, Award, ¶ 239.

⁴ G. Kaufmann-Kohler, *Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?* The 2006 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, Vol. 23 (2006), Issue 3, 373 <https://doi.org/10.1093/arbitration/23.3.357>; see further: Chr. Schreuer, *Diversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitration*, in: M. Fitzmaurice, O. Elias & P. Merkouris (eds.), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*, Martinus Nijhoff Pub., 2010, p. 129 (passim); see also: *AES Corporation v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/17, Decision on Jurisdiction (26 April 2005), ¶ 17–37 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0011.pdf>); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/02/6, , Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (29 January 2004), ¶ 97 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0782.pdf>).

the FET standard has been shaped in the most significant sense by arbitral awards and lines of consistent decisions¹. This has led to the development of “operationally distinct subcategories of conduct meant to detail the meaning of the standard”² or, simply put, categories of jurisprudence dealing with the application of FET to similar factual patterns³.

With a varying degree of uniformity, this jurisprudence and academic writings generally suggest that the obligation to grant FET encompasses, *inter alia*, obligations for host-states to:

- act in good faith;
- provide a stable and predictable legal framework;
- guarantee access to justice and accord procedural due process;
- refrain from discriminatory and arbitrary measures; and
- recognize and not frustrate the legitimate expectations of investors⁴.

While a breach of each of those obligations can potentially be qualified as a breach of FET, this article focuses on the protection of legitimate expectations. As Salacuse stated, “when a state has created certain expectations through its laws and acts that have led the investor to invest, it is considered unfair for the state to take subsequent actions that fundamentally deny or frustrate those expectations”⁵.

Over the last decade, the investors’ legitimate expectations have been invoked in arbitral awards with such frequency that they are now being referred

¹ *St.W. Schill*, 5. Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law, in: *St.W. Schill* (ed.), *International Investment and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010, p. 159.

² *R. Dolzer*, Fair and Equitable Treatment: Today’s Contours, *Santa Clara Journal of International Law*, Vol. 12 (2014), No. 1, p. 16 (available at: <https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1147&context=scujil>); see also: *Kaufmann-Kohler*, *Op. cit.*, p. 371–373.

³ While this approach is prevailing in contemporary jurisprudence, it has been criticised by some academics. This analysis will proceed on the basis of the prevailing approach to the interpretation of FET. For a general overview of the criticism of the this approach, see: *M. Paparinskis*, *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, 2013, p. 112 et seq.

⁴ Cf.: *Schill*, *Op. cit.*, p. 155 et seq.; see further: *Dolzer & Schreuer*, *Op. cit.*, p. 130 et seq.; *M. Jacob & St.W. Schill*, Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method, in: *M. Bungenberg, J. Griebel, St. Hobe, A. Reinisch & Yun-I Kim* (eds.), *International Investment Law: A Handbook*, C.H. Beck; Nomos; Hart, 2015, paras. 38–41; *C. McLachlan, L. Shore & M. Weiniger*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, 2nd ed., Oxford University Press, 2017, paras. 7.102–7.266; *J.W. Salacuse*, *The Law of Investment Treaties*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015, p. 251.

⁵ *Salacuse*, *Op. cit.*, p. 254.

to as the “dominant”¹ or “a key”² element of the FET standard. This development has not been without criticism, particularly, from non-governmental organizations³. Furthermore, the International Court of Justice in the *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean* case between Bolivia and Chile recently pointed out that, even though investment tribunals apply the concept of legitimate expectations under investment treaties, it is not part of general international law: “The Court notes that references to legitimate expectations may be found in arbitral awards concerning disputes between a foreign investor and the host State that apply treaty clauses providing for fair and equitable treatment. The Court considers that it does not follow from such references that there exists in general international law a principle that would give rise to an obligation on the basis of what could be considered a legitimate expectation. <...>”⁴.

Despite this, as of today, the concept of legitimate expectations has already found its way into the wording of treaties. For instance, the European Union and Canada made explicit reference to the protection of legitimate expectations in Art. 8.10(4) of the CETA, thereby partly approving the developed jurisprudence: “When applying the above fair and equitable treatment obligation, the Tribunal may take into account whether a Party made a specific representation to an investor to induce a covered investment, that created a legitimate expectation, and upon which the investor relied in deciding to make or maintain the covered investment, but that the Party subsequently frustrated”.

The early arbitral awards that introduced the concept of legitimate expectations into the body of FET jurisprudence mainly dealt with the investors’ reliance on administrative decisions or contractual relationships. Amongst the first tribunals that expressly relied on the concept of legitimate expectations

¹ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award (17 March 2006), ¶ 302 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>).

² Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5)), UN, 2012, p. 63 (available at: https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf).

³ See, *inter alia*: One Treaty to Rule Them All: The Ever-Expanding Energy Charter Treaty and the Power It Gives Corporations to Halt the Energy Transition, CEO;TNI, 2018 (available at: https://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/one_treaty_to_rule_them_all.pdf).

⁴ *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bol. v. Chile)*, Judgment (1 October 2018), ¶ 162 (<https://www.icj-cij.org/files/case-related/153/153-20181001-JUD-01-00-EN.pdf>).

was that in the case of *Tecmed v. Mexico*¹. In this case, the tribunal found that Mexican authorities had frustrated the investor's legitimate expectations to be allowed to operate a hazardous industrial waste landfill without arbitrary interference from the state when it took the decision not to reissue the relevant administrative license during the annual renewal process².

Since the *Tecmed* case, however, the understanding of the concept of legitimate expectations has evolved and that concept is now also invoked by investors in various other contexts, including with regard to expectations based on domestic legislation³. In particular, when a number of European states enacted legislation to set up support schemes for investments in the renewable energy sector and later repealed or partially abandoned these schemes, dozens of investment claims were filed under the Energy Charter Treaty⁴ (hereinafter – ECT) and various BITs. More than 60 investment treaty claims have been filed against Italy, Spain, Portugal and the Czech Republic together⁵. In their decisions on these matters, some tribunals have ruled that domestic laws can lead to legitimate expectations when they contain stabilization clauses or commitments directed to the investors, even where the host states of the investments had assured the investors otherwise⁶. Other tribunals have arrived at different conclusions⁷.

¹ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2; see further on the development of this line of jurisprudence: *M. Potestà*, Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 28 (2013), Issue 1, p. 99–100. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/sis034>

² *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, Award (29 May 2003), ¶ 159–174 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0854.pdf>).

³ *Potestà*, Op. cit., p. 98–110.

⁴ <https://energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECTC-en.pdf>

⁵ See, for instance, the most recent UNCTAD statistics: IIA Issues Note, 2018, Dec., Issue 3 (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Publications/Details/1193>).

⁶ See, *inter alia*: *Charanne and Construction Investments v. Spain*, SCC Case No. 062/2012, Final Award (21 January 2016), ¶ 490 et seq. (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7162.pdf>); *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/14/3, Award (27 December 2016), ¶ 365–372 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8967.pdf>); *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-03, Final Award (11 October 2017), ¶ 409 et seq. (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9498.pdf>).

⁷ See: *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2015/063, Final Award (15 February 2018), ¶ 681

Overall, this appears to indicate, at a first glance, that there is not yet any settled arbitral jurisprudence, with regard to whether legitimate expectations can arise from domestic legislation and how far the FET standard and investment law protects them. This article seeks to illustrate the diverging strands of jurisprudence in detail and thereby seeks to assess the restraint that legitimate expectations and underlying representations place on the host state in respect of subsequent changes of domestic legislation. It will show that the tribunals have actually followed a similar pattern in their approach and thereby developed a general line of jurisprudence instead of what *prima facie* appears as diverging awards.

First, we will outline the general preconditions for the application of the concept of legitimate expectations as a basis for the analysis. We then turn to the question of legitimate expectations based on domestic laws and assess the jurisprudence on the matter. Finally, we will set out our conclusions.

2. The Application of the Concept of Legitimate Expectations

2.1. General Preconditions

While arbitral jurisprudence has indeed influenced the interpretation of FET in the most significant way, the application of the FET standard still depends on the wording of the relevant treaty. In a considerable number of these, such as the UK-USSR BIT, a reference to FET does not contain any language beyond the words “fair” and “equitable” as guidance for the application of the standard¹. As we have seen, however, the CETA text, for instance, further clarifies the intended meaning of these words, explicitly encompassing legitimate expectations². As another example, Art. 10(1) of the

(<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9715.pdf>); *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/14/1, Award (16 May 2018), ¶ 504 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9710.pdf>); *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/36, Award (4 May 2017), ¶ 382–387 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9050.pdf>); *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/13/31, Award (15 June 2018), ¶ 534 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9875.pdf>).

¹ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Union of Soviet Socialist Republics (London, 6 April 1989) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/2235>), p. 3.

² It should be noted, however, that the wording of the relevant provision suggests that the concept of legitimate expectations cannot be used as a self-sustained ground for a claim of a breach of FET under CETA.

ECT not only guarantees FET to foreign investors but also emphasizes the importance of stable conditions in the host states. In other treaties, like the US-Argentina BIT, a mention of the importance of a stable framework for investment is contained in the treaty preamble¹. The North Atlantic Free Trade Agreement² (hereinafter – NAFTA), to the contrary, has a much more narrowly formulated FET provision, directly referencing the international minimum standard of protection of alien property³. The NAFTA parties even clarified through an interpretative declaration that NAFTA's Art. 1105 was not intended to grant any better treatment than the minimum standard under customary international law⁴.

Despite those differences in treaty language and save for special cases (e.g., NAFTA and CETA), it has not been argued in either academic writings or jurisprudence that the application of the concept requires a specific formulation of the FET clause or other treaty language. Quite to the contrary, academic writings acknowledge the protection of legitimate expectations as an element of FET without any reservations as to the FET provisions' wording⁵. Against the lack of any semantic prerequisites for the application of the concept of legitimate expectations in most treaty provisions, a number of academics have summarized the pertinent criteria based on an analysis of arbitral awards. In that context, McLachlan, Shore and Weiniger describe these in the following way:

- “(a) The existence of a promise or assurance attributable to a competent organ or representative of the State, which may be explicit or implicit;
- (b) Reliance by the claimants as a matter of fact; and
- (c) Reasonableness of the reliance – this cannot be separated from (a) in particular where the promise is not contained in a contract or otherwise stated explicitly”⁶.

¹ The Treaty between United States of America and The Argentinian Republic Concerning Reciprocal Encouragement and Protection of Investment of 14 November 1991, 31 I.L.M. 124 (1992), Preamble.

² <https://www.italaw.com/sites/default/files/laws/italaw7679.pdf>

³ NAFTA, Art. 1105(1).

⁴ Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions (31 July 2001), sec. B (http://www.sice.oas.org/tpd/nafta/commission/ch11understanding_e.asp).

⁵ *Schill*, Op. cit., p. 155 et seq.; see further: *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 132–134, 141–144; *Jacob & Schill*, Op. cit., paras. 27–40, 56 et seq.; *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., paras. 7.99–7.317; *Salacuse*, Op. cit., p. 251.

⁶ *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., para. 7.184.

Looking at the matter from a slightly different angle, Dolzer suggests that the following five components determine “whether the FET standard will protect the expectations of the investor in a given case:

- The objective conduct of the host state inducing legitimate expectations on the part of the foreign investor;
- reliance on that conduct on the part of the foreign investors;
- frustration of investor’s expectation by subsequent conduct of the host state;
- unilateralism of conduct of the host state, i.e., absence of meaningful communication and / or consent with investors; and
- damages for the investor”¹.

On that basis and on the abstract level, the structure of the inquiry into the existence of legitimate expectations and their breach can be broken down in three consecutive steps. The *first* step, the qualification of a host state’s conduct as a basis for an expectation, ascertains the existence of a protected expectation as well as its scope. The *second* step, the analysis of the investor’s reliance on the representation, deals with the assessment of the reasonability of the investor’s behavior and its expectations. The *third* step identifies whether the host state’s conduct interferes or interfered with matters within the scope of the identified legitimate expectation. Each individual step may raise a considerable number of legal issues depending on the context of a particular case. The basic mechanics of each step of the inquiry into the existence of legitimate expectations will be briefly described below.

The starting point of the inquiry is the qualification of the conduct of a host state as a basis for an expectation (referred to below as the “representation”). In the past, arbitral tribunals have – to varying degrees of uniformity – considered that licenses², contracts³, official state-

¹ Dolzer, Op. cit., p. 20.

² *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (30 August 2000), ¶ 85–99 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0510.pdf>); *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, Award, ¶ 160.

³ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/01/7, Award (25 May 2004), ¶ 107–167 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0544.pdf>); *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 September 2008), ¶ 261 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0228.pdf>); *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/23, Award (11 June 2012), ¶ 50 et seq. (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1069.pdf>).

ments¹ and regulatory frameworks² can generate legitimate expectations. While on some rare occasions, tribunals seem to have acknowledged that legitimate expectations can even exist without any underlying state conduct³, this approach must be seen as extremely exceptional and not generally accepted⁴. Further, where tribunals have approached the case in this way, they found an FET breach because of the complete alteration of the legal framework for the investment⁵. As such, the state's actions would already be covered by the distinct obligation to provide a stable and predictable legal framework to foreign investors⁶.

Therefore, by default, the primary precondition for the existence of a legitimate expectation is some form of representation made by the host state⁷. Nevertheless, neither academic writings nor case law have set forth any explicit uniform requirements that a representation has to meet in order to generate a protected expectation⁸. The issue of the investor's reliance on

¹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award (20 May 1992), ¶ 82–83 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314_0.pdf).

² *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), ¶ 269 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0184.pdf>); *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 September 2007), ¶ 303 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0770.pdf>); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (22 May 2007), ¶ 264 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0293.pdf>).

³ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 329; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine [III]*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award (28 March 2011), ¶ 70 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0454.pdf>); *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007), ¶ 331 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0619.pdf>); see also: *Jacob & Schill*, Op. cit., para. 58.

⁴ See: *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., para. 7.187; see also: *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award (4 April 2016), ¶ 551 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7194.pdf>).

⁵ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award (31 October 2011), ¶ 517, 519 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0270.pdf>).

⁶ On this, see: *Jacob & Schill*, Op. cit., paras. 66–72.

⁷ See generally: *Salacuse*, Op. cit., p. 255; see further: *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 145; *Dolzer*, Op. cit., p. 18; *Jacob & Schill*, Op. cit., para. 58.

⁸ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 375; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 489.

the representation also plays a distinctive role in the formation of legitimate expectations. It has been widely acknowledged that legitimate expectations can only arise when the investor relies on a representation and such reliance is reasonable¹.

The criterion of reliance is a difficult concept altogether. Generally, it is necessary to prove that an investor has made an investment relying on the conduct of the host state². However, for the test to be satisfied it is also imperative to prove that it was reasonable for the investor to rely on such conduct. In the vast majority of contemporary awards, the reliance's reasonability is assessed through the identification of the expectation that could have been objectively generated by the underlying representation at the time of the investment in light of all the surrounding circumstances³.

¹ *Salacuse*, Op. cit., p. 255; *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 148; *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., para. 7.166; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award (11 December 2013), ¶ 668–672 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3036.pdf>); *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, UNCITRAL, Final Award (12 June 2012), ¶ 248–249 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1019.pdf>); *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22, Award (23 September 2010), ¶ 9.3.8 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0014_0.pdf); *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award (8 June 2009), ¶ 799 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0378.pdf>).

² *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 148; *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., para. 7.166.; see also: *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award, ¶ 409–411; *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06, Award (27 June 2016), ¶ 217–218 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7594.pdf>); *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award, ¶ 672; *Isolux Netherlands, BV v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. V2013/153, Award (17 July 2016), ¶ 775 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9219.pdf>).

³ See: *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., para. 7.190; *Salacuse*, Op. cit., p. 255; see also: *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award, ¶ 421; *Invesmart v. Czech Republic*, UNCITRAL, Award (26 June 2009), ¶ 250 et seq. (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4162_0.pdf); *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award (27 August 2009), ¶ 192 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf>); *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 495; *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, Final Award, ¶ 247–249; *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability (30 November 2012), ¶ 7.77–7.78 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1071clean.pdf>); *Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova*, ICSID Case No. ARB/11/23, Award (8 April 2013), ¶ 531–535 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1370.pdf>); *ECE Pro-*

The scope of factors considered by arbitral tribunals in this inquiry is highly case sensitive. For example, tribunals have included an assessment of the investor's due diligence in making the investment¹ or the investor's past investment experience². The temporal scope of the reasonability analysis is normally restricted to the facts existing at the time of the investment, as it is generally accepted that legitimate expectations are formed at the time when the investment is made³.

In light of the above, the investor's reliance on a representation is an important element of legitimate expectations. However, the concept of reliance focuses on the conduct of the investor rather than on the evaluation of the representation itself⁴. Hence, it generally has no bearing on the question whether or not and to what extent laws can form the basis of legitimate expectations.

The last step of the inquiry deals with the breach of the legitimate expectations. The respective tribunal will need to determine whether the investor's expectations have been frustrated through the state conduct or omission the investor challenges as having that effect. Generally, this involves a simple assessment of the host state's conduct against the background of the particular representation. Yet, some tribunals have also employed a proportionality

jektmanagement v. The Czech Republic, PCA Case No. 2010-5, Award (19 September 2013), ¶ 4.764–4.765 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4258.pdf>); *Murphy Exploration & Production Company International v. Republic of Ecuador [II]*, PCA Case No. 2012-16 (formerly AA 434), Partial Final Award (6 May 2016), ¶ 248–249 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7489_0.pdf); *Cervin Investissements S.A. and Rhone Investissements S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/13/2, Award (7 March 2017), ¶ 509 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9215.pdf>); *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, ICSID Case No. ARB/12/33, Award (22 December 2017), ¶ 835 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9481.pdf>); *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. The Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award (7 June 2012), ¶ 165 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1013.pdf>).

¹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 333; *Invesmart v. Czech Republic*, Award, ¶ 296; *UAB E energija (Lithuania) v. Republic of Latvia*, Award, ¶ 837.

² *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/5, Award on the Merits (6 June 2008), ¶ 187 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0516.pdf>).

³ See, *inter alia*: *Ulysseas, Inc. v. The Republic of Ecuador*, Final Award, ¶ 248–249; *AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. The Republic of Hungary*, Award, ¶ 9.3.8; *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award, ¶ 799.

⁴ On the issue of reliance, see generally: *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 148; *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., paras. 7.185 et seq.; *Potestà*, Op. cit., p. 119.

analysis¹ or granted the state a certain margin of appreciation for its actions² at this stage.

2.2. The Making of a “Specific Representation”

While all separate criteria briefly described above play their important role in the identification of an investor’s expectations, the existence of a representation becomes the central precondition for formation of legitimate expectations. The conduct of the state effectively pre-determines the possible existence of an expectation as well as its scope. No expectation can arise without some form of preceding conduct creating a basis for it. On the fundamental level, the issue of the qualification of the representation for the purposes of the concept of legitimate expectations can, again, be presented in a three-fold manner: first, the role of intent of the state in the assessment of a representation, secondly, the specificity of the content of the representation, and, finally, its form. Those issues will now be addressed below in turn.

2.2.1. The Role of the Host State’s Intent

Save for very rare exceptions, tribunals do not appear to have required any intent in the making of a representation as a pre-requisite for legitimate expectations to arise³. To the contrary, however, it has been noted that the

¹ See, e.g.: *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 306 et seq.; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award (5 October 2012), ¶ 450 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1094.pdf>); *Joseph Charles Lemire v. Ukraine [III]*, Decision on Jurisdiction and Liability (21 January 2010), ¶ 272–273 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0453.pdf>); see generally on the concept of proportionality: *Jacob & Schill*, Op. cit., paras. 87–109.

² See, e.g.: *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award (8 July 2016), ¶ 388 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7417.pdf>); see also: Concurring and Dissenting Opinion of Gary Born (8 July 2016), ¶ 85 et seq. (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7428.pdf>); see generally on the margin of appreciation: *J. Arato*, The Margin of Appreciation in International Investment Law, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 54 (2013–2014), No. 3, p. 545–578 (available at: <https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1835&context=faculty>).

³ *F.M. Palombino*, Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles, Asser Press; Springer, 2012, p. 98 et seq.; *Jacob & Schill*, Op. cit., paras. 59–60; see also: *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/03/6, Award (31 July 2007), ¶ 278, 325 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0500.pdf>).

simple intent of the state to create an expectation or encouraging remarks to the investor will not alone be capable of giving rise to legitimate expectations¹. Still, a number of arbitral tribunals have considered the expressed intent of the host states to invite and induce investment as an ancillary proof of the existence of a representation. That has been the case in situations where the host states sought to induce investments from specific investors or in specific areas. Such cases, and the *Suez* one in particular, have dealt with situations where investments were induced by the host states, *inter alia*, through specific provisions of domestic law². As the *Suez* tribunal explained: “In the instant cases, it should be emphasized that the expectations of the Claimants with respect to their investment in the water and sewage system of Buenos Aires did not suddenly and surprisingly come into their minds the way Athena sprang from the head of Zeus. Argentina through its laws, the treaties it signed, its government statements, and especially the elaborate legal framework which it designed and enacted, deliberately and actively sought to create those expectations in the Claimants and other potential investors in order to obtain the capital and technology that it needed to revitalize and expand the Buenos Aires water and sewage system”³.

¹ *White Industries Australia Limited v. The Republic of India*, UNCITRAL, Final Award (30 November 2011), ¶ 10.3.7 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf>); *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Award, ¶ 278, 325.

² *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on Liability (30 July 2010), ¶ 227 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0826.pdf>); *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award, ¶ 619–622; *International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Arbitral Award (26 January 2006), ¶ 147 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0431.pdf>); *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability (17 March 2015), ¶ 603 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4212.pdf>); *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 298; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [II]*, Award, ¶ 677; *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 475 et seq.; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 496 et seq.; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 551; see also generally on legitimate expectations by inducement: *Palom-bino*, Op. cit., p. 109–119.

³ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)*, Decision on Liability, ¶ 227.

Therefore, the contemporary role of the state's intent in making of a representation for the purposes of legitimate expectations is rather ancillary. While an intent of the host state alone will not be enough to form a basis for a legitimate expectation, it can still play a role in the evaluation of other factors relevant for the identification of a representation. It does not, however, have a bearing on the answer to the question what form the representations needs to have to be capable of triggering legitimate expectations.

2.2.2. The Specificity Requirement

As was pointed out in arbitral case law and academic writings, in order to generate a legitimate expectation, the underlying state conduct must be sufficiently specific¹. For that purpose, it has been suggested that the representation can be specific as to its content, *i.e. objectively specific*, or as to investors to whom it is addressed, *i.e. subjectively specific*². These criteria are not mutually exclusive and can be used to assess a representation from various perspectives.

A representation can be considered *subjectively specific* if it was made to a particular investor³. As an example, investment contracts can be considered subjectively specific representations as they effectively are manifestations of bilateral legal relationships between the investor and the host state. That was the case, for instance, in *MTD v. Chile*, where the investor had signed an investment contract with the Chilean authorities. Under the conditions of that contract, MTD undertook to implement a development project in a Chilean municipality. After investment contracts had been signed and MTD had committed considerable resources to their implementation, the Chilean authorities notified MTD that the finalization of the development project was no longer possible due to local urban zoning policies. In light of these developments, the arbitral tribunal accepted MTD's argument that the investment contracts entered into with the Chilean government contained subjectively specific representations which gave rise to legitimate expectations to the contrary⁴. A similar approach to the

¹ *Potestà*, Op. cit., p. 105 et seq.; see also: *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 375 et seq.; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 261.

² *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 375–376; see also: Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5)), p. 69.

³ *Ibidem*.

⁴ See: *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, ¶ 107–167.

assessment of representations has been followed in other cases¹. In some instances, it has further been considered that a representation made to a group of investors can be considered subjectively specific². This position, however, is not yet uniformly accepted³.

In turn, it has been held that a representation can be considered *objectively* specific if its precise object was to give tangible guarantees to investors⁴. In line with that logic, many arbitral awards have emphasized that the existence of a tangible legal relationship between the host state and the investor can be an indication of a specific representation⁵. That also implies that the content of the expectation is, in fact, influenced by the content of the underlying legal relationship. As was held by the *Glamis Gold* tribunal, “a violation of Article 1105 [that contains the FET clause] based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as

¹ *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc*, Partial Award (19 August 2005), ¶ 226–232 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0308_0.pdf).

² *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Decision on Liability (30 July 2010), ¶ 222–223 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0055.pdf>); *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 375, 377, 402; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)*, Decision on Liability, ¶ 222–223.

³ See in particular: *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 491–508; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, ¶ 371.

⁴ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 377; cf. also: *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 512; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 227, 231; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)*, Decision on Liability, ¶ 227, 231; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award, ¶ 669–675; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 665–667.

⁵ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006), ¶ 130 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0460.pdf>); *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, Final Award (24 December 2007), ¶ 308 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0081.pdf>); *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Award, ¶ 278; *Metalpar S.A. and Buen Aire S.A. v. The Argentine Republic*, Award on the Merits, ¶ 185–187; *Eureko B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award, ¶ 221; *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador*, Award, ¶ 278; *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award, ¶ 766; see also: *J. Bonniticha*, *Substantive Protection under Investment Treaties: A Legal and Economic Analysis*, Cambridge University Press, 2015, p. 170.

a threshold circumstance, at least a quasi-contractual relationship between the State and the investor...”¹.

This approach is not uncontroversial² and, in other cases, albeit rarely, tribunals have illustrated that representations with a legally binding effect are not the only way to create legitimate expectations³. For example, in the case of *Saluka v. Czech Republic*, the arbitral tribunal dealt with a situation that had arisen in light of a crisis in the Czech banking sector. Against the background of that crisis, all domestic banks received state aid, while Saluka did not. The *Saluka* tribunal found that the investor could have had a legitimate expectation that it would be treated on par with other domestic banks and not be discriminated against⁴. The tribunal was not specific as to the source of this expectation and also concluded that Saluka was discriminated against⁵. Notably, the protection of legitimate expectations and protection from discrimination have been recognized as two separate elements of the FET standard. However, in *Saluka*, the application of both standards to the facts was to some extent overlapping, which may explain the reasoning of the *Saluka* tribunal in respect of legitimate expectations and further underline its exceptional character⁶. That is to say what the *Saluka* tribunal classified as the investor’s legitimate expectation not to be treated unequally compared to domestic market actors is not necessarily a case of protection of legitimate expectations, even though the tribunal formulated it this way. Rather, it is an application of the non-discrimination rule which tribunals have generally found to form part of the FET standard.

There may be shades of grey. Nevertheless, as this discussion has shown, at least when a representation reaches the threshold of a tangible legal relationship between the host state and the investor or the investment, it is sufficiently objectively specific to generate legitimate expectations.

2.2.3. *The Form of the Representation*

Arbitral tribunals and scholars resort to various terms in order to denote forms of conduct capable of generating legitimate expectations. This includes,

¹ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award, ¶ 766.

² Cf.: *Dolzer*, Op. cit., p. 24 et seq.

³ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 510–515.

⁴ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 329.

⁵ *Ibid.*, ¶ 347.

⁶ Cf.: *Crystalex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award, ¶ 551.

inter alia, “promises”¹, “commitments”², “assurances”³, “representations”⁴ or “undertakings”⁵. The semantic differences between these terms are more apparent than real. The lack of any distinction between “promises”, “commitments”, “assurances”, “representations” or “undertakings” finds further confirmation in the case law when it comes to the form of the representation made. For example, in *MTD v. Chile*⁶ and *Eureko v. Poland*⁷, the arbitral tribunals concluded that the respective host state made a specific commitment to the investor by way of signing an investment contract with it. In *Metalclad v. Mexico*, the arbitral tribunal accepted that an investor’s legitimate expectations can stem from representations made by the host state through the issuance of construction permits⁸. Further evidence for the absence of any *prima facie* distinction between the various forms of state representations that can be a basis for legitimate expectations can be found in a considerable number of other awards⁹.

¹ *Invesmart v. Czech Republic*, Award, ¶ 205 et seq.; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award, ¶ 674.

² *Invesmart v. Czech Republic*, Award, ¶ 205 et seq.

³ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 545 et seq.

⁴ *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award (28 July 2015), ¶ 523 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7095_0.pdf); *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, Award, ¶ 195.

⁵ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 362.

⁶ *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, Award, ¶ 107–167.

⁷ *Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc*, Partial Award, ¶ 231 et seq.

⁸ *Metalclad v. Mexico*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, paras 85–99.

⁹ See, e.g.: *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Award; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award; *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisele Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Award; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Award; *Invesmart v. Czech Republic*, Award; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award; *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, Award; *Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, Award; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability; *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona,*

Moreover, it follows from the analysis of these awards that a representation does not need to consist of one act by the host state but can, in fact, consist of several combined acts, also taking further relevant circumstances into account. For example, in *Micula v. Romania*, the arbitral tribunal found that legitimate expectations arose out of a combination of acts by the respondent, concluding that the interplay between Romanian domestic regulations, the conduct of state authorities and the issuance of licenses to investors together amounted to a representation¹. A similar logic was employed in a considerable number of other awards². Therefore, it is possible to conclude that state conduct capable of generating legitimate expectations can come in many different forms – contracts, permits, licenses and others. Tribunals dealing with legitimate expectations do not draw any *prima facie* distinctions between these various types of conduct based on their form, but rather look at the entire set of facts in a particular case as a whole³.

In light of the above, the content of the representation remains the central precondition necessary for the existence of legitimate expectations. When a representation is objectively and / or subjectively specific, it can serve as a basis for a legitimate expectation. In that context, the intent of the state to induce investment through its representations is an ancillary criterion of a representation that can foster legitimate expectations⁴.

S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic), Decision on Liability; *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award.

¹ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania* [I], Award, ¶ 677.

² *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 511; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Award, ¶ 662; *Greentech Energy System A/S, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L., GWM Renewable Energy I S.P.A., GWM Renewable Energy II S.P.A. v. Kingdom of Spain*, SCC Case No. 2015/50, Award (14 November 2018), ¶ 378 (https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Cases/93_Greentech_Energy_Systems_and_others_v._Spain/Final_Award.pdf); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic (formerly Aguas Argentinas, S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S.A. v. Argentine Republic)*, Decision on Liability, ¶ 227; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 227.

³ See also: *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, ¶ 7.78: (“Fairness and consistency must be assessed against the background of information that the investor knew and should reasonably have known at the time of the investment and of the conduct of the host State”); similarly: *Dolzer*, Op. cit., p. 25.

⁴ This conclusion is also illustrated by the dissenting opinion in *Antaris v. Czech Republic*: “<...> Fairness, justice and the rule of law apply no less to democratically-enacted laws than

3. Specific Representations in Domestic Laws

In light of the methodology illustrated above, there is, *prima facie*, no reason why laws could not serve as a basis for legitimate expectations, provided they are sufficiently specific in terms of the representation they contain. This proposition has to a certain degree been already accepted in both recent¹ and older arbitral jurisprudence² as well as in academic writings³. However,

to a state's contractual commitments or executive declarations. ...The focus is not on artificial or arbitrary distinctions between 'statutory' and 'contractual' undertakings or 'general legislation' and 'specific assurances', but on whether the state's actions and statements have provided undertakings to investors which it would be unfair or inequitable for the state to dishonor" (*Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Dissenting Opinion of Gary Born (2 May 2018), ¶ 44 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9809.pdf>); see also: *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Dissenting Opinion of Gary Born (11 October 2017), ¶ 11–16 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9499.pdf>)).

¹ *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 490 et seq.; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 362 et seq.; *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, ¶ 365 et seq.; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 482 et seq.; *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award, ¶ 409–411; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 662 et seq.; *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, PCA Case No. 2014-01, Award (2 May 2018), ¶ 360 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9809.pdf>); *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 532.

² See, *inter alia*: *Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/28, Award (18 August 2008), ¶ 210–228 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7829_0.pdf); *AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/10/16, Award (1 November 2013), ¶ 252–260 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8205_0.pdf); *Yuri Bogdanov and Yulia Bogdanova v. Republic of Moldova*, SCC Case No. V091/2012, Final Award (16 April 2013), ¶ 203–205, 246 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3254.pdf>); *National Grid plc v. The Argentine Republic*, UNCITRAL, Award (3 November 2008), ¶ 84 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0555.pdf>); *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 331–338; *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award, ¶ 527 et seq.; *Oxus Gold v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Final Award (17 December 2015), ¶ 824 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7238_2.pdf); *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 262 et seq.

³ *Bonitcha*, Op. cit., p. 170; *Dolzer & Schreuer*, Op. cit., p. 145; *Jacob & Schill*, Op. cit., paras. 121–125; *McLachlan, Shore & Weiniger*, Op. cit., paras 7.188–7.189; *Palombino*, Op. cit.,

it is crucial to distinguish between laws that contain specific representations and those that do not. Both the subjective and the objective elements raise a number of questions with regard to representations contained in domestic laws, to which we will now turn. We will address these in light of arbitral jurisprudence that has already touched upon the relevant issues.

3.1. Specificity of Representations in Domestic Laws and the State's Regulatory Powers in Light of Arbitral Jurisprudence

The domestic legal environment is by nature subject to change and evolves irrespective of the will of investors¹. The discussion about the possibility for a state to change its legislation and the limits that investment law poses in that respect has now often been lead under the label of the states' "right to regulate"². Any guarantees states give under domestic law can be altered without the investors' consent. Bearing in mind the states' regulatory powers to change its law at any time, one might wonder whether the law can create

p. 109–119; *Potestà*, Op. cit., p. 110–117; Fair and Equitable Treatment: A Sequel (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II (UNCTAD/DIAE/IA/2011/5)), p. 63.

¹ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on Liability (27 December 2010), ¶ 123, 129, 309(h), 312 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0868.pdf>); *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Award, ¶ 493; *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 305; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 332; *AES Corporation and Tau Power B.V. v. Republic of Kazakhstan*, Award, ¶ 291; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 277; *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, Award (3 February 2006), ¶ 187 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0285_0.pdf); *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No. ARB/03/24, Award (27 August 2008), ¶ 177 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0671.pdf>); *Vigotop Limited v. Hungary*, ICSID Case No. ARB/11/22, Award (1 October 2014), ¶ 625 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4047.pdf>); *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/19, Award (25 November 2015), ¶ 178 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4495.pdf>); *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (22 August 2016), ¶ 525 (<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>); *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)*, Award, ¶ 422.

² *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 305–309; *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, Final Award, ¶ 298; *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 236; *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 278; see generally on the right to regulate in international investment law: A. Titi, *The Right to Regulate in International Investment Law* (= Studies in International Investment Law. Vol. 10 / Studien zum Internationalen Investitionsrecht. Bd. 10), Hart Pub.; Nomos; Dike, 2014, p. 32 et seq., 145 et seq., 276 et seq.

any expectations unless a state specifically represents that it will not change its law in a way which would affect the investors, *e.g.* by incorporating a stabilization clause or an assurance that it shall provide a stable framework for the investments. In that context, an assurance of stability as an element of a representation becomes the central prerequisite for the legitimacy of any expectation that the domestic law remains unchanged. As a consequence, the question arises what the requirements for such an assurance are to be qualified as a specific representation that can give rise to legitimate expectations.

Over the last two decades, numerous arbitral awards have addressed the interplay between specific representations made in domestic laws and the “right to regulate”. Many of the underlying cases originated from the Argentinian financial crisis at the end of the 20th century and, more specifically, out of investments in the Argentinian gas and electricity sectors. More recent cases arose against the background of regulatory regimes for the production of energy from renewable sources implemented in several states within the European Union.

3.1.1. Cases Arising Out of Investments in the Argentinian Gas Sector

When Argentina sought to privatize its energy sector in 1989¹, the Argentinian gas monopoly was reorganized into several utility operators and their shares were offered to private parties². Argentina also implemented a special legal regime for gas utilities. This regime, *inter alia*, allowed utility operators to denominate their tariffs, which were also adjusted periodically, in US Dollars and convert them into Argentinian Pesos at the time of the actual billing. Those options were conditional upon the issuance of individual licences of a certain duration³, which could not have been unilaterally modified by the state⁴.

¹ For a more detailed overview of the Argentinian privatization scheme, the financial crisis and the subsequent litigations, see: *J.E. Alvarez & K. Khamsi*, The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime, in: K.P. Sauvant (ed.), *The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008–2009*, Oxford University Press, 2009, p. 388.

² For a general chronological overview of the facts of the disputes arising out of the Argentinian privatization program in the gas sector, see, *inter alia*: *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 53 et seq.; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 82 et seq.; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 34 et seq.

³ See, *e.g.*: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 44.

⁴ *Ibid.*, ¶ 41; see also: *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 145–146; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 142, 170.

A decade later, Argentina faced a major economic crisis that led to the devaluation of the Argentinian Peso and the growth of utility tariffs¹. Against that background, local authorities unsuccessfully tried to address the increase in the tariffs by entering into tariff agreements with the gas utilities². Despite those efforts, the legal landscape in Argentina eventually changed completely: as the Peso was devalued³, tariffs denominated in US Dollars were forcibly converted into Pesos at an unfavourable exchange rate⁴ and periodical tariff adjustments were abolished⁵. That led to considerable losses for utility companies and their shareholders.

The arbitral award in *CMS v. Argentina* was the first that addressed claims raised by foreign investors that had made investments in Argentinian utilities. CMS had acquired a considerable amount of shares in a gas transportation company called TGN. At the time of the investment, TGN had held a utility licence issued for the term of 35 years. CMS claimed that Argentina breached its legitimate expectations by dismantling all representations on which CMS had relied at the time of its investment⁶. The *CMS* tribunal concluded that the convertibility of the tariffs and periodic tariff adjustments were essential features of the Argentinian regulation in the gas sector⁷. In its subsequent reasoning, the arbitral tribunal emphasized that CMS had a legitimate expectation of stability that originated from representations made by Argentina in its legal framework for the gas industry – in particular concerning rights regarding the convertibility of the tariffs and rights to periodic tariff adjustments⁸ – and that those elements of the framework had been dismantled⁹.

The *CMS* tribunal illustrated its reasoning with regard to the issue of the host state's regulatory powers in the following way: "It is not a question of whether the legal framework might need to be frozen as it can always evolve

¹ *Alvarez & Khamisi*, Op. cit., p. 389; see also: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 55–56.

² *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 57.

³ *Ibid.*, ¶ 64.

⁴ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 65.

⁵ *Ibid.*, ¶ 61–62.

⁶ *Ibid.*, ¶ 269.

⁷ *Ibid.*, ¶ 273–281.

⁸ *Ibid.*, ¶ 275–277.

⁹ *Ibidem*.

and be adapted to changing circumstances, but neither is it a question of whether the framework can be dispensed with altogether when specific commitments to the contrary have been made. <...>”¹.

Tribunals in later cases against Argentina, such as the ones brought by *LG&E*, *Enron* and *Sempra*, followed the same reasoning with minor deviations². The reasoning of all awards follows the proposition that investors in the Argentinian gas sector should have expected changes in the applicable tariff regulations but could not have expected that Argentina was to dismantle the key elements of the framework, *i.e.* the convertibility of the tariffs or periodic tariff adjustments³. Notably, in *LG&E*⁴ and *Enron*⁵, when the tribunals qualified the representations made by Argentina, both tribunals took into account Argentina’s motive to attract foreign investment.

Nevertheless, not all cases arising out of the Argentinian changes to the regulation of its gas sector identified a breach of the investors’ expectations. The *Total* case, for instance, was a notable exception⁶. Despite that, the reasoning of the *Total* tribunal in respect of the measures implemented in the gas sector further illustrates the trend originating from the *CMS* case and other awards. In that case, Total had made a number of investments in Argentina, mainly in the electricity and gas sectors. Total did not take part in the privatization process and bought its shares from a third party in 2000 and 2001. At this time, the Argentinian financial crisis was already looming⁷. After the conversion of the utility tariffs and the abolishment of the periodic tariff adjustments, Total sought to claim losses caused by the reforms in the gas

¹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 277.

² The tribunals in *Sempra* and *LG&E* found that the convertibility of the tariffs and the periodic tariff adjustments were both essential parts of the regulation in the gas sector, while the tribunal in *Enron* found that only the periodic tariff adjustments were (see: *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 141–142, 170; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 133 et seq.; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 264–266).

³ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 133; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 264–267; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 303.

⁴ *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 133.

⁵ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 267.

⁶ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability.

⁷ *Ibid.*, ¶ 152 et seq.

sector much like *CMS*, *LG&E*, *Enron* and *Sempra* had done¹. Yet, unlike Total, that group of investors had made their respective investments much earlier².

As Total had acquired its shares from a third party, it was not able to rely on assurances made by Argentina during the privatization process³. The role of those assurances for the existence of legitimate expectations⁴ and the timing of Total's investment turned out to be the key points of the case⁵. Partially departing from the awards in *CMS*, *LG&E* and *Sempra*, the *Total* tribunal concluded that the right for periodic tariff adjustment was the only key feature of the Argentinian legal regime in the gas sector⁶. In turn, because of the timing of Total's investment, the arbitral tribunal found that it could not have relied on the Argentinian legal framework regulating tariff adjustments as Argentina was already in the process of dismantling it at the time Total made its investment⁷.

In all cases, the gas utilities and Argentina were bound by a set of tangible relationships regulated by the legal framework of the gas sector that applied only to licensed utilities. This framework contained specific references to its stability⁸. The importance of assurances made by the host state outside of its legal framework — e.g., inducement of investment — also played a considerable role in the tribunals' conclusions as to the issue of the specificity of Argentina's representations.

In this regard, all tribunals acknowledged that Argentina's obligations to protect the investors' reasonable expectations did not extend beyond the protection of the "legal framework" from "substantial" changes⁹. While the

¹ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 135.

² Cf.: *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 52; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 58; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 47 et seq.; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 88 et seq.

³ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 147–148.

⁴ *Ibid.*, ¶ 177.

⁵ *Ibid.*, ¶ 156.

⁶ *Ibid.*, ¶ 179–180.

⁷ *Ibid.*, ¶ 154–158.

⁸ *Ibid.*, ¶ 41; see also: *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 145–146; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 142, 170.

⁹ *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 275; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on

tribunals disagreed as to what the central elements of Argentinian framework were, that disagreement was, ultimately, one on matters of Argentinian law, not on whether international law protected expectation on the basis of these domestic norms in general¹.

3.1.2. *Disputes Arising Out of Investments in the Argentinian Electricity Sector and Similar Circumstances*

Much like in the gas sector, Argentina also privatized its electricity monopolies after 1989². Also in this context, utility companies were granted the right to denominate their tariffs in US Dollars and to convert them into Peso at the time of the billing³. Apart from that, electricity utilities were further entitled to “capacity payments” (special subsidies paid by the government in order to encourage the modernization of production equipment)⁴. However, unlike the right for the tariff adjustments in the gas sector, the regulation of the electricity sector did not grant enforceable legal rights to capacity payments⁵. Therefore, save for cases involving concessions, the Argentinian regulation of the electricity sector did not establish bilateral obligations between the state and the utility operators⁶.

Liability, ¶ 139; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 264–267; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 303; *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, Final Award, ¶ 307–310.

¹ As the awards in *CMS, LG&E, Enron, Sempra* and *Total* were rendered within the framework of ICISD Convention, in accordance with Art. 42(1) of the ICSID Convention, all tribunals have identified international law and domestic law as the law relevant for the resolution of the dispute (see: *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 33–40; *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 82–98; *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, Award, ¶ 115–123; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 203–209; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 231–240).

² For an overview of the post-privatization landscape of the Argentinian electricity sector, see: *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 59 et seq.; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 237 et seq.

³ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 64.

⁴ *Ibid.*, ¶ 67.

⁵ *Ibid.*, ¶ 68.

⁶ As was the case in: *National Grid plc v. The Argentine Republic*, Award; *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Award.

Against that background, the tribunals in *El Paso* and *Total* struggled to identify any specific commitment to stability extended to foreign investors¹. For instance, the *El Paso* tribunal found that the regulatory framework of the electricity sector did not contain any specific representations², noting that *El Paso* had no enforceable rights against Argentina³. The tribunal then decided to look at all measures implemented by Argentina “cumulatively”⁴. Based on that premise, the *El Paso* tribunal concluded that the representations that utility operators would be allowed to denominate the electricity prices in US Dollars and receive capacity payments were central elements of the electricity framework⁵. Consequently, it found a breach of FET based on the total alteration of the legal framework by Argentina⁶. Also this tribunal emphasized that Argentina had intentionally incentivized investments in its electricity sector⁷.

The *Total* tribunal did not follow that logic. As in *El Paso*, the facts surrounding *Total*’s investment in the electricity sector did not involve any representations of stability or tangible relationships between electricity operators and Argentina⁸. The tribunal was quick to find that Argentina did not make any representations of stability pertaining to capacity payments or denomination of tariffs in U.S. Dollars to *Total*⁹. Affirming Argentina’s right to regulate, the *Total* tribunal described the provisions of Argentinian law on capacity payments or denomination of tariffs as follows: “<...> They were and are regulation of a general nature, organizing a certain public interest sector in which private companies operate and setting forth the conditions of their operation. No guarantee of stability was included in those provisions. If anything, they were in many respects less rigid rules than those applicable to gas distribution. <...>”¹⁰.

¹ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 353, 390–398, 404 et seq., 510 et seq.; *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 310–314.

² *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 178–198, 404 et seq., 422.

³ *Ibid.*, ¶ 404.

⁴ *Ibid.*, ¶ 459.

⁵ *Ibid.*, ¶ 511–514.

⁶ *Ibid.*, ¶ 510–515.

⁷ *Ibid.*, ¶ 510–512.

⁸ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 306–314.

⁹ *Ibid.*, ¶ 310–314.

¹⁰ *Ibid.*, ¶ 312.

Ultimately, the *Total* tribunal nevertheless found a breach of FET, since Total had proven that it acquired particular legal rights under the Argentinian legal regime that were unilaterally terminated¹. However, in that context, the *Total* tribunal heavily relied on the fact that Argentina radically and disproportionately altered the economic equilibrium of the entire pricing system making Total's business unprofitable².

The other two notable awards in cases dealing with the Argentinian electricity sector were delivered in *National Grid v. Argentina* and *EDF v. Argentina*. The claimants in *National Grid* and *EDF* faced considerably less difficulties with their legitimate expectations claims as both cases involved concessions. In these cases, both investors had suffered from a series of measures adjusting the terms of the concessions, including the forcible conversion of all US Dollar-denominated payments under those instruments into Pesos³.

In particular, the facts of the *National Grid* case involved a number of long-term concessions, which had specifically addressed the denomination of payments in US Dollars and their indexation⁴. In light of this, the arbitral tribunal implicitly recognized that the investor's expectations could have stemmed, *inter alia*, from the provisions of the Argentinian regulatory framework⁵. Therefore, much like in *CMS*, *LG&E*, *Enron*, *Sempra* and *Total*, the tribunal granted protection to National Grid's investments only after ascertaining that key legal relationships pertaining to the investments had been unilaterally modified by Argentina. A similar logic was followed in the other case that involved concessions, *EDF v. Argentina*⁶, although this tribunal employed narrower formulations⁷, emphasizing the investor's reliance on the relevant provisions of the concession agreement⁸.

In the context of the discussion on cases involving concessions, the *Parkerings v. Lithuania* award also needs to be mentioned briefly. In *Parker-*

¹ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 325–335.

² *Ibidem*.

³ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 287–288 et seq.; *National Grid plc v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 60.

⁴ *National Grid plc v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 51–58, 70–78.

⁵ *Ibid.*, ¶ 177–179.

⁶ *EDF International S.A., SAUR International S.A. and León Participaciones Argentinas S.A. v. Argentine Republic*, Award, ¶ 998 et seq.

⁷ *Ibid.*, ¶ 1022.

⁸ *Ibid.*, ¶ 1010.

ings, the investor had entered into a concession agreement for the operation of a parking system with the local municipality of Vilnius¹. The concession granted the investor an exclusive right to collect revenues from parking services and clamping of vehicles for 15 years². The company argued that it had legitimately expected that Lithuania would respect the legal integrity of the concession and maintain a stable legal framework³. Much like in the *Total* award, the *Parkerings* tribunal stressed that an investor's expectations could not have stemmed solely from domestic norms of a general nature and that the changes implemented by Lithuania were within the scope of a normal business risk⁴.

This line of cases further illustrates the relevance of tangible legal relationships between investors and states for findings of a specific representation. In *EDF*, *National Grid* and *Total*, the investors succeeded only with claims that were based on representations that amounted to tangible legal relationships and only where the tribunals were satisfied that Argentina exercised its regulatory rights to a degree that it dismantled the central elements of the "legal framework" governing such relationships.

Only the *El Paso* award represents an exception from the general trend: the tribunal found a breach of legitimate expectations in the absence of any tangible legal relationship or activation of domestic norms. It was rather because of the complete alteration of the legal framework for the investments that the tribunal found a breach of FET⁵. The *Total* tribunal approached the matter similarly, but only once it had established that the investor held vested rights under the relevant regulatory framework⁶. Therefore, even though the tribunals partly used the words legitimate expectations, one can assume, from the doctrinal perspective, that the tribunals rather operated on the basis of the distinct duty of states under the FET standard to provide a stable legal environment.

Finally, unlike in *CMS*, *Enron*, *Sempra* and *LG&E*, where the representations of stability could be elucidated from certain elements of the legal framework and state conduct, the reference to the assurances of stability in

¹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 73.

² *Ibid.*, ¶ 81 et seq.

³ *Ibid.*, ¶ 322.

⁴ *Ibid.*, ¶ 334–336; see also: *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award, ¶ 546 et seq.

⁵ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 517, 519.

⁶ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 325–335.

the reasoning of the *EDF* and *National Grid* tribunals was less noticeable. To the contrary, in the relevant parts of both the *Parkerings*¹ and *Total*² awards, when dealing with expectations based on domestic norms, the importance of a representation of stability was clearly a relevant consideration.

3.1.3. Cases Arising out of the European Renewable Energy Support Cuts

The most recent set of cases emerged from changes made by several European countries to their regulation of the renewable energy sector. Triggered by EU law³, all EU Member States put in place similar support schemes for investments in electricity generation from renewable sources, e.g. solar or wind power. As most of the cases concern the regulatory regime in Spain, the main features of that regime shall shortly be explained.

At the very end of the 20th century through a number of regulations, Spanish authorities established and developed a legal framework for the promotion of renewable energy, commonly referred to as the “Special Regime”. From 2007 onwards, the Special Regime provided that owners of renewable facilities were entitled to sell their produced electricity at advantageous tariffs. This benefit was granted for every qualifying facility for a fixed period⁴. The law, *inter alia*, contained assurances that a certain level of profitability of facilities would be maintained⁵. In 2009, the benefits of the Special Regime were specifically made conditional upon meeting administrative requirements and the issuance of a license by the authorities⁶. Against that background, public officials of the Spanish government advertised and induced investments in renewables by road shows and public statements⁷.

¹ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Award, ¶ 331.

² *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 312.

³ See, e.g.: Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market, OJ, 2001, L 283, p. 33–40.

⁴ See in particular Art. 44.3. of Spanish Royal Decree 661/2007, as recited in: *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 116.

⁵ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 116.

⁶ *Ibid.*, ¶ 118.

⁷ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 108–118; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 496.

After its initial success, Spain began to face increasing difficulties in meeting its tariff obligations¹. As a consequence, the Spanish government implemented a sequence of measures between 2010 and 2013 – *inter alia*, direct or indirect tariff cuts as well as taxation measures². Each individual measure resulted in financial losses for investors³ and Spain ultimately completely dismantled the Special Regime replacing it with a new one⁴.

The first award to evaluate the regulatory measures implemented by Spain was delivered in the *Charanne* case⁵. The *Charanne* award dealt with investments in photovoltaic solar plants. After Spain had started to implement various measures to address the tariff deficit, Charanne was the first investor to lodge its treaty claim. As a result, the claim covered only a portion of the measures implemented by Spain⁶. The *Charanne* tribunal chose to approach various facts of the case individually and not in aggregate. While the tribunal clearly acknowledged the importance of a tangible legal relationship for the existence of a stabilization commitment, it found that the provisions of the Special Regime in isolation could not amount to subjectively specific representations:

“In the present case, there are no specific commitments adopted by Spain directed at the claimants. Such commitments could have been made on the basis of a stabilization clause, or with any kind of statement that the State had directed to the investors, according to which the existing regulatory framework will not change. <...>

<...>

Although RD 661/2007 and RD 1578/2008 were directed to a limited group of investors, it does not make them to be commitments specifically directed at each investor. <...>”⁷.

¹ *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 124 et seq.

² *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 119–133.

³ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 124–137.

⁴ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg), SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 134–152.

⁵ *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 490 et seq.

⁶ *Ibid.*, ¶ 278–312.

⁷ *Ibid.*, ¶ 490, 493.

Likewise, the tribunal concluded that Spain's efforts to attract investments did not give rise to any specific commitments "by themselves"¹. The tribunal then proceeded to assess whether the "existing regulatory framework" could give rise to a legitimate expectation as to the stability of the Special Regime and again concluded that it could not². It found that the licensing process provided in the Special Regime was a mere administrative requirement³. A similar approach was then also followed in the *Blusun v. Italy* case that dealt with a quasi-identical claim filed against the background of Italian measures regarding its renewable energy framework⁴.

The *Charanne* tribunal's restrictive approach to the facts of the case seems to follow a different logic compared to that of the tribunals discussed in the previous sections, even in light of the factual limitations of *Charanne*'s claims⁵. The main difficulty in the majority's logic was also identified by the dissenting arbitrator, who seemingly acknowledged that the complexities of the case could not be addressed if various facts pertaining to the investment were not assessed in aggregate⁶. Pointing to the fact that legitimate expectations can indeed stem from a legal framework⁷, he also noted the quasi-contractual nature of relationship between Spain and Charanne: "...when an investor complies with all the established requirements of the current legislation in order to be entitled to an expected and determinable benefit, subsequent disregard on the part of the State receiving the investment violates a legitimate expectation"⁸.

In the subsequent *Masdar, Novenergia, Eiser, Antin* and *Greentech* awards, the logic of the *Charanne* tribunal was entirely abandoned and the issue of specific representations was addressed with great care⁹. In the *Masdar* case,

¹ *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Final Award, ¶ 496.

² *Ibid.*, ¶ 503.

³ *Ibid.*, ¶ 509–510.

⁴ *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, ¶ 53–77, 312 et seq.

⁵ *Ibid.*, ¶ 278–312.

⁶ *Charanne and Construction Investments v. Spain*, Dissenting Opinion of Prof. Guido Santiago Tawil (21 January 2016), ¶ 6 (https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7097_0.pdf).

⁷ *Ibid.*, ¶ 5.

⁸ *Ibid.*, ¶ 12.

⁹ See in particular: *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 489 et seq.

the investor had made an investment in three solar power plants in Spain¹. Masdar exercised a commendable degree of diligence and precision, sought extensive advice from external counsel and obtained all necessary registrations from the local authorities². It even personally sought and obtained a specific clarification about the tariffs that would be applicable to its plants from the regulator³. As the arbitrators observed on the issue of the representations made by Spain: "...this Tribunal need not to be detained by the decision of the majority of the *Charanne* tribunal, in that it has to consider in this case not only the totality of the Spanish legislative regime... but it must also take account of the existence of specific commitments, outside the general legislation or general documentation"⁴.

Therefore, for the purposes of deciding on whether or not Spain has made a specific representation of stability to Masdar, the tribunal chose to look at the facts of the case in their entirety instead of addressing individual facts of the case separately⁵. Implicitly emphasizing the quasi-contractual character of relationship between Spain and Masdar, the tribunal attached great weight to the fact that the investors had purposefully complied with the Special Regime, obtained necessary licences from the Spanish government, as well as personally sought, and received a clarification as to the stability of benefits under the Special Regime⁶. In that sense, the *Masdar* tribunal found that irrespective of whether general provisions of the Special Regime by itself would be sufficient, the investor could have had a legitimate expectation that it is entitled to the benefits of the Special Regime for the lifetime of its plants⁷.

The facts of the *Masdar* case stand out from other cases and further illustrate the role of the objective and subjective specificity of representations. In light of personalized representations received by the investor, the *Masdar* tribunal confirmed that the investors were entitled to expect that the benefits that they had obtained under the Special Regime would remain unaltered⁸.

¹ *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 97.

² *Ibid.*, ¶ 497.

³ *Ibid.*, ¶ 123, 518–520.

⁴ *Ibid.*, ¶ 511.

⁵ *Ibid.*, ¶ 512.

⁶ *Ibid.*, ¶ 518–519.

⁷ *Ibid.*, ¶ 521–522.

⁸ *Ibid.*, ¶ 521.

The arbitral awards in *Novenergia*¹, *Eiser*², *Greentech*³ and *Antin*⁴ followed a similar methodology of reasoning but resolved that the expectations of investors in those cases were less specific than those in *Masdar*. For example, the *Novenergia* tribunal acknowledged that the provisions of the Special Regime constituted specific representations to stability⁵ and made a special emphasis on the intent that Spain clearly had in inducing investment in its renewables sector⁶, as some other tribunals also did⁷.

Further, under these tribunals' approach, investors should not have expected Spain to waive its right to regulate in respect of the Special Regime but could have anticipated that Spain would not exercise it to fundamentally and abruptly alter its characteristics⁸. As the *Antin* tribunal pointed out, the Special Regime that had been "specifically created to induce investments in the energy sector cannot be radically altered – *i.e.*, stripped of its key features...". Again, however, this is not a straightforward application of the concept of the protection of legitimate expectations. Rather, these tribunals

¹ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, *SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 662 et seq.

² *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, ¶ 362 et seq.

³ *Greentech Energy System A/S, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L., GWM Renewable Energy I S.P.A, GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 356 et seq.

⁴ *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ¶ 532.

⁵ *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, *SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 666–670.

⁶ *Ibid.*, ¶ 668–669.

⁷ *Greentech Energy System A/S, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L., GWM Renewable Energy I S.P.A, GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 378; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, ¶ 532.

⁸ See, *inter alia*: *Greentech Energy System A/S, Foresight Luxembourg Solar 1 S.A.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.A.R.L., GWM Renewable Energy I S.P.A, GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 365; *Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 362–365; *Novenergia II – Energy & Environment (SCA) (Grand Duchy of Luxembourg)*, *SICAR v. The Kingdom of Spain*, Final Award, ¶ 681; *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 532.

⁹ *Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à r.l. and Antin Energía Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain*, Award, ¶ 532 et seq.

have recourse to the distinct category of the FET standard that obliges states to provide a stable and predictable legal framework.

Finally, two more awards, the ones in *Wirtgen v. Czech Republic*¹ and *Antaris v. Czech Republic*², should be addressed. Both cases are illustrative of the effort that arbitral tribunals exercise to maintain a balanced approach to the right to regulate and specific representations. In light of EU law, the incentive regime for renewable energy production in the Czech Republic was quite similar to that in Spain, albeit not as elaborate³. For instance, like in Spain, it included licensing requirements⁴. Furthermore, the Czech Republic, when it faced problems with the financing of its renewable energy support⁵, implemented a number of measures leading to indirect tariff cuts, e.g. additional taxes and a revision of tariff adjustment mechanisms that led to revenue and profit cuts⁶.

The tribunals in *Wirtgen* and *Antaris* looked at the incentive regime devised by the Czech Republic broadly and found that its central element was the guarantee of a “reasonable return” on investments⁷. Against that background, the arbitral tribunals concluded that the only legitimate expectations the claimants could have had in those cases were precisely that of a reasonable return. In their analyses, the tribunals found that various tariff cuts and taxation measures implemented by the Czech Republic did not undermine that guarantee of a reasonable return. Despite that, the *Antaris* tribunal still acknowledged: “There is no doubt that the mechanism of a tax was introduced to avoid claims by investors, especially foreign investors. <...>”⁸.

The abovementioned awards in the cases against Spain, Italy and the Czech Republic further illustrate and confirm the trends identified in the

¹ *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Final Award, ¶ 409–411.

² *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, Award, ¶ 360.

³ For a general overview of the Czech regulatory framework in the renewables sector, see: *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, Award, ¶ 81 et seq.

⁴ *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Award, ¶ 279.

⁵ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, Award, ¶ 120 et seq.

⁶ *Ibid.*, ¶ 94 et seq., 148 et seq.

⁷ *Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic*, Award, ¶ 414; *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, Award, ¶ 440.

⁸ *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic*, Award, ¶ 420.

previous sections. In particular, all tribunals essentially concurred in recognizing the right to regulate that states enjoy in respect of the legal frameworks containing specific representations. Moreover, the existence of tangible legal relationships, direct and indirect, between investors (their investments) and states remained the key feature of the majority of cases in which a breach of legitimate expectations was found. Finally, in most of the above-mentioned cases, the logic employed by the tribunals acknowledged the relevance of assurances of stability, inducement and surrounding circumstances for the identification of specific representations. As a consequence, specific representations contained in laws were assessed in the context of the other facts of the case, save for rare exceptions.

With respect to the right to regulate, all three strands of cases discussed above essentially acknowledged that representations made in domestic laws could contain objectively specific representations. The tribunals often protected such representations and ensuing expectations where they led to the existence of tangible legal relationships. However, it was also acknowledged that the contents of those expectations and relationships are not immune from the effect of the right to regulate: tribunals generally found breaches of legitimate expectations only in cases where essential characteristics of the representations in question were dismantled by the host states.

3.2. Conclusions as to the Specificity of Representations Based on Domestic Laws

The concept of legitimate expectations, in general, protects expectations based on specific representations. In light of this analysis, the view expressed in the *Glamis* award over a decade ago is still relevant today: "...a violation ... based on the unsettling of reasonable, investment-backed expectation requires, as a threshold circumstance, at least a quasi-contractual relationship between the State and the investor..."¹.

In the majority of cases discussed above, where a breach of legitimate expectations was identified, the investors or their investments had — directly or indirectly — entered into tangible legal relationships with the host states. In all these cases, specifically devised legal frameworks implemented for particular purposes governed those relationships. In most cases tribunals also considered the representations together with their context — *e.g.* intent of the host-states to induce investments. With the exception of the award in *El Paso*, and to a very limited extent in the *Total* case, the expectations

¹ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, Award, ¶ 766.

protected by the tribunals arose because of and existed against assurances of stability contained in the applicable legal frameworks.

From a more general perspective, it can also be observed that investors making their investments based on the contents of regulatory frameworks enter into a bilateral, quasi-contractual relationship with the host states. Generally, tribunals have not seen any reason to offer such relationships a lesser degree of protection than that offered to investment contracts. In most cases discussed in this article, the investors that had entered into such relationships with host states were protected. Where quasi-contractual relationship existed, tribunals uniformly acknowledged that in light of the right to regulate only reliance on the most central features of those relationships could be protected by the concept of legitimate expectations. In contrast, where tribunals were not able to identify any quasi-contractual relationships — e.g. where investors relied on non-specific norms — as it was the case, for instance, in *Total*'s claim arising out of the investment in the Argentinian electricity sector¹ — the investors' expectations were not protected. As the *Blusun* tribunal observed in that regard: "<...> International law does not make binding that which was not binding in the first place, nor render perpetual what was temporary only. <...>"².

This general logic developed by arbitral tribunals in respect of their approach to specific representations and the right to regulate finds further confirmation in other awards addressing the investors' legitimate expectations. Those awards include *Micula v. Romania*³, *Philip Morris v. Uruguay*⁴, *Crystallex v. Venezuela*⁵, *Saluka v. Czech Republic*⁶ or *Continental Casualty v. Argentina*⁷. Examining each of those cases in detail, however, goes beyond the scope of this article.

¹ *Total S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Liability, ¶ 310–314.

² *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic*, Award, ¶ 371 et seq.

³ *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, Award, ¶ 674.

⁴ *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay (formerly FTR Holding SA, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay)*, Award, ¶ 426.

⁵ *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Award, ¶ 552.

⁶ *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Partial Award, ¶ 329.

⁷ *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, Award, ¶ 246 et seq., 262.

4. Concluding Remarks

Based on the investment arbitration case law relevant to the FET standard, domestic laws can serve as a basis for legitimate expectations – but only if they amount (on their own or together with other acts of the state) to a specific representation. This proposition is, however, not a novel one. It actually can be traced back to arbitral awards that were rendered over ten years ago. Already the award in *CMS v. Argentina* illustrated this. Even the tribunals that rejected legitimate expectations claims on the basis of domestic laws do not question this basic premise.

Instead, the vital question is not whether laws can form a basis of legitimate expectations but when that is the case. The answer to this can only be found on a case by case basis. Yet, from the jurisprudence this article has taken the reader through, a general pattern is discernible. First and foremost, tribunals will not only take into consideration the relevant norm(s) that is (or are) relied upon. As with the assessment of legitimate expectations in general, all circumstantial factors need to be taken into account. This includes the state's conduct, its legal environment in general as well as its behaviour – through its organs – towards the investor. In addition to a specific representation made to the investors in the domestic laws that are relied upon, which forms the core basis of the expectations, investment tribunals regularly also take note of the state's intent when making the representation. This will not be a determining factor as such. An intent to induce a group of investors or a particular investor to commit themselves will, however, strengthen a claim on the basis of legitimate expectations.

Turning, finally, to the representation potentially made in domestic laws, such a representation will need to be sufficiently specific to found a claim based on legitimate expectations. This, at least, will be the case if it can serve as a basis for a quasi-contractual relationship between the state and the investor. The more specific the guarantees which the host state promises to foreign investors in its laws are, the stronger the legitimate expectations claim will be. Investors will likely need to show that their expectations have been frustrated by a measure that substantively alters the core guarantees given by the state in its domestic laws, save for cases where ancillary personalized representations are given by the host state. In addition, a stabilization clause in the strict sense is not needed. Yet, the guarantees given will need to provide for a commitment of stability to be sufficiently specific, too. Contemporary case law distinguishes between the protection of viable legal relationships, and expectations that have no tangible basis.

Still, in light of the fact that the number of investment treaty arbitrations has significantly increased over the past years¹ and at least some cases concern the consequences of the domestic legislative process, the states are now growing more and more concerned about preserving their regulatory freedom. In that context, a trend to draft more precise and specific formulations of FET clauses and related treaty provisions has emerged. Some notable examples of this trend can be found in the Indian Model BIT², the Brazilian Model BIT³ and the Netherlands Model BIT⁴. Another set of widely discussed treaty drafting examples are Ch. 8 of CETA, the EU-Vietnam Investment Protection Agreement⁵ and the EU-Singapore Free Trade Agreement⁶.

For instance, the EU-Singapore Free Trade Agreement offers a balancing approach to legitimate expectations and sets a clear border for them, limiting the use of the concept by setting out that legitimate expectations arising from “specific or unambiguous representations” may be taken into account during the inquiry into a potential breach of FET⁷. In a similar manner, CETA also leaves the application of the concept of legitimate expectations entirely to the discretion of the adjudicators. Interestingly, however, none of these new (draft) treaties excludes the possibility for domestic laws to serve as a basis for legitimate expectations.

¹ Cf.: The ICISD Caseload – Statistics, 2018, Issue 2, p. 7 (available at: [https://icsid.world-bank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20\(English\).pdf](https://icsid.world-bank.org/en/Documents/resources/ICSID%20Web%20Stats%202018-2%20(English).pdf)).

² Model Text for the Indian Bilateral Investment Treaty (2015) (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3560>); see also: *G. Hanessian & K. Duggal*, The Final 2015 Indian Model BIT: Is This the Change the World Wishes to See?, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, 2017, Vol. 32, Issue 1, p. 226. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siw020>

³ Cooperation and Facilitation Investment Agreement of Brazil (2015) (<https://investment-policyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4786>); see also: *J.P. Muniz, K.A.N. Duggal & L.A.S. Peretti*, The New Brazilian BIT on Cooperation and Facilitation of Investments: A New Approach in Times of Change, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 32 (2017), Issue 1, p. 404–417. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/six007>

⁴ Netherlands Draft Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments (2018) (https://globalarbitrationreview.com/digital_assets/820bcdd9-08b5-4bb5-a81e-d69e6c6735ce/Draft-Model-BIT-NL-2018.pdf).

⁵ EU-Vietnam Investment Protection Agreement (authentic text as of August 2018), Art. 2.5 (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157393.pdf).

⁶ EU-Singapore Investment Protection Agreement (<https://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5714>).

⁷ See: *Ibid.*, Art. 2.4(3).

Needless to say, it is too early to draw conclusions regarding the effect of any new approaches to the drafting of investment treaties. So far, the new treaties mentioned above remain an exception, while the effect of the new generation of investment treaties as well as updated national international investment agreement policies will be evident only in the relatively far future. Even more so, new approaches to the treaty drafting or termination of the existing treaties cannot directly affect the application of roughly 2,700 effective investment treaties or ensure uniformity in their application. In the contemporary framework of international investment law, this task can only be solved by a further evolution of the jurisprudence. This evolution, in particular in light of the current renewable energy cases will likely bring about even more clarity with regard to the question when domestic laws can be the basis for legitimate expectations.

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 5

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 5

СБОРНИК СТАТЕЙ

Под научной редакцией

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

Издатель: Российский институт современного арбитража

Подписано в печать 07.03.2019. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.

Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 29. 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 978-5-6042255-0-9

