

# НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

Под редакцией  
А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина

Association of Private International  
and Comparative Law Studies

# NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 4

COLLECTION OF ARTICLES

*Academic Editors:*

*A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin*



Moscow • 2018

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 4: Collection of Articles** / Academic Editors: A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin; Association of Private International and Comparative Law Studies. – Moscow: Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018. – 356 p.

ISBN 978-5-903604-05-0 (hardcover)

This edition of «New Horizons of International Arbitration» collects the articles of the speakers at the «Russian Arbitration Day – 2018» conference held in Moscow on 30 March 2018, one of the most successful arbitration events in Russia ([www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)).

This is the fourth collection of articles for that conference. The first three RADs were held in 2013, 2014 and 2015. The first three 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 – 2018» 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

[www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)  
<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-903604-05-0

**All rights reserved.**

© A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin, 2018  
© Association of Private International and Comparative Law Studies, 2018

Ассоциация исследователей  
международного частного и сравнительного права

# НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 4

СБОРНИК СТАТЕЙ

*Под научной редакцией*  
*А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина*



Москва • 2018

УДК 341.63  
ББК 67.412.2  
Н 69

**Н 69 Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 4: Сборник статей** / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина; Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права. – М.: Ассоциация исследователей международного частного и сравнительного права, 2018. – 356 с.

ISBN 978-5-903604-05-0 (в пер.)

Настоящее издание – сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day – 2018» (Москва, 30 марта 2018 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России ([www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)).

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

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня – 2018» 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

[www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)  
<http://rad.lfacademy.ru>

ISBN 978-5-903604-05-0

**Все права защищены.**

© А.В. Асосков, А.И. Муранов, Р.М. Ходыкин, 2018  
© Ассоциация исследователей международного частного  
и сравнительного права, 2018

## **CONTENTS**

Preface by the Moderators and Academic Editors.....	11
Partners and Media Sponsors.....	16
Information about the Academic Editors and Authors.....	27

### **SECTION 1. ISSUES OF ARBITRABILITY AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION**

#### **CONSTANTINE PARTASIDES**

Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration .....	48
---	----

#### **MIKHAIL KALININ**

Arbitrability of Disputes and the Russian Doctrine of «Concentration of Important Public Elements».....	58
--	----

#### **OLESYA PETROL**

Prospects of Inheritance Arbitration in Russia.....	86
---	----

#### **DMITRY DAVYDENKO**

Russia and the UNCITRAL Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Mediation .....	106
---	-----

**ANNA GRISHCHENKOVA**

Some Psychological Aspects of Arbitrator Decision-Making ..... 128

**SECTION 2.**

**SPECIFIC TYPES OF INTERNATIONAL ARBITRATION**

**SERGEY ALEKHIN, LEONID SHMATENKO**

Corruption in Investor-State Arbitration – It Takes Two to Tango ..... 150

**DMITRY PENTSOV**

Development of Norms of International Sports Law in Awards  
of the Court of Arbitration for Sport and Decisions of the Swiss  
Federal Tribunal Rendered in 2016–2017 ..... 180

**SECTION 3.**

**PROCEDURAL ISSUES**

**IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

**MICHAEL E. SCHNEIDER**

Interactive Arbitrators? Optimistic Proposals and Cultural Baggage ..... 216

**SERGEY MOROZOV**

Third-Party Funding of Arbitration: International Experience  
and Possible Use in Russia ..... 238

**ISABELLA PRUSSKAYA**

Counsels’ Ethics in International Arbitration ..... 276

**OLGA TSVETKOVA**

Illegal Evidence in International Arbitration:  
Time for a Uniform Approach?..... 293

**ANASTASIA MAGID**

Ways to Implement Arbitration by Default ..... 314

**IRINA SUSPITCYNA**

Assistance of Arbitrators in Settlement between the Parties..... 337

## **СОДЕРЖАНИЕ**

Предисловие модераторов и научных редакторов.....	13
Партнеры и информационные спонсоры.....	16
Информация о научных редакторах и авторах .....	36

### **РАЗДЕЛ 1. ВОПРОСЫ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ И АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ**

#### **CONSTANTINE PARTASIDES**

Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration .....	48
---	----

#### **М.С. КАЛИНИН**

Арбитрабельность споров в свете российской концепции «концентрации общественно значимых публичных элементов».....	58
---	----

#### **О.Д. ПЕТРОЛЬ**

Перспективы введения наследственного арбитража в России .....	86
--	----

#### **DMITRY DAVYDENKO**

Russia and the UNCITRAL Instruments on Enforcement of International Commercial Settlement Agreements Resulting from Mediation .....	106
---	-----

**А.В. ГРИЩЕНКОВА**

Некоторые психологические аспекты принятия решений  
арбитрами ..... 128

**РАЗДЕЛ 2.  
ОСОБЫЕ ВИДЫ  
МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

**SERGEY ALEKHIN, LEONID SHMATENKO**

Corruption in Investor-State Arbitration – It Takes Two to Tango ..... 150

**Д.А. ПЕНЦОВ**

Развитие норм международного спортивного права в решениях  
Спортивного арбитражного суда и Федерального трибунала  
Швейцарии в 2016–2017 гг. .... 180

**РАЗДЕЛ 3.  
ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ  
МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

**МИХАЭЛЬ Е. ШНАЙДЕР**

Интерактивные арбитры? Оптимистические предложения  
и культурный багаж..... 216

**С.В. МОРОЗОВ**

Финансирование арбитража третьими лицами  
(third-party funding): международный опыт  
и перспективы в России..... 238

**ISABELLA PRUSSKAYA**

Counsels' Ethics in International Arbitration ..... 276

**О.А. ЦВЕТКОВА**

Незаконные доказательства в международном арбитраже:  
время для единых стандартов?..... 293

**А.М. МАГИД**

Способы имплементации третейского разбирательства  
«by default» ..... 314

**И.И. СУСПИЦЫНА**

Содействие арбитров в примирении сторон..... 337

## **PREFACE BY THE MODERATORS AND ACADEMIC EDITORS**

This edition of «New Horizons of International Arbitration» collects the articles of the speakers at the «Russian Arbitration Day – 2018» conference held in Moscow on 30 March 2018, one of the most successful arbitration events in Russia.

This is the fourth Russian Arbitration Day (RAD) and consequently this book is the fourth collection of articles for that conference. The first three RADs were held in 2013, 2014 and 2015 (<http://arbitrationday.ru>) with the support of the Russian Chamber of Commerce and Industry, the International Commercial Arbitration Court and the Maritime Arbitration Commission at that Chamber. The first three collections of articles, «New Horizons of International Arbitration», were issued in the same years.

In 2016 and 2017, Russian Arbitration Day did not take place due to difficulties in finding suitable premises (one of the principles of the conference is free participation for everybody) and various issues connected with the reform of the arbitration sphere in Russia, which culminated in 2017.

In 2018, Russian Arbitration Day is held with the support of the Arbitration Center at the Institute of Modern Arbitration (<https://centerarbitr.ru>) and the LF Academy Education Project (<https://lfacademy.ru>).

RAD – 2018 is based on the same principles as previous RADs:

- free participation for all, including the speakers. Unlike at other conferences, sponsors may not nominate speakers;
- encouraging new people to give presentations, and the promotion of new individuals in Russian arbitration;
- providing each speaker with 20–25 minutes to give a thorough report. We would like our conferences to be as informative as possible for all participants and accordingly we limit the number of speakers to give them more time;
- in-depth, competitive selection of reports by the moderators reached by analyzing preliminary applications and applying objective criteria

to determine the most original and well-presented topics. The chosen speakers must also provide articles in advance on the subject matter of their presentations;

- publication by the date of RAD of the collected articles of the speakers, in which additional information about the subject matter of such presentations should be given.

Preliminary applications were subject to the strict competitive selection process; at RAD – 2018 there were three candidates for each speaker position. The moderators applied several criteria in their selection process (in decreasing order of importance): novelty; depth of analysis; practical significance; and author.

Apart from the chosen speakers, two additional Russian applicants were invited to present their articles for this collection.

Eventually 11 articles selected through our competitive process have been included in this collection. Three Russian speaking authors have decided to provide their articles in English.

Two more articles (by Constantine Partasides QC and Michael E. Schneider) have been included in this collection without undergoing such selection processes: the authors well-known in the arbitration world have been individually invited to speak at RAD – 2018 and to present their articles.

The articles are arranged in this book in the same order in which their authors will make presentations at RAD – 2018: «Issues of Arbitrability and Alternative Dispute Resolution», «Specific Types of International Arbitration» and «Procedural Issues in International Arbitration».

Summaries and keywords for articles are prepared by their authors.

In the opinion of the moderators, academic editors and organizers of RAD – 2018, this collection of articles sees significant depth as well as diversity of content (as arbitration should do at all times).

We hope that this collection will be of interest for all who deal with arbitration in Russia and abroad, both in theory and in practice.

The academic editors express their deep gratitude to P.D. Savkin for his editing of this collection.

*Anton Asoskov,  
Alexander Muranov,  
Roman Khodykin*

## **ПРЕДИСЛОВИЕ МОДЕРАТОРОВ И НАУЧНЫХ РЕДАКТОРОВ**

Настоящее издание «Новые горизонты международного арбитража» – сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day – 2018» (Москва, 30 марта 2018 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России.

Это четвертый «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day» (РАД / RAD), и, соответственно, данная книга – четвертый выпуск статей для указанной конференции. Первые три РАД состоялись, как известно, в 2013 г., 2014 г. и в 2015 г. (<http://arbitrationday.ru>) при участии ТПП РФ, МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ. В те же годы были выпущены первые три сборника «Новые горизонты международного арбитража».

Разноплановые статьи во всех этих сборниках представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

В 2016 г. и в 2017 г. «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day» не проводился из-за сложностей с поиском подходящих помещений (один из принципов конференции – бесплатное участие для всех), а также из-за различных вопросов, связанных с реформой сферы арбитража в России, завершившейся в 2017 г.

В 2018 г. «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day» проводится при поддержке Арбитражного центра при Институте современного арбитража (<https://centerarbitr.ru>) и образовательного проекта «LF Академия» (<https://lffacademy.ru>).

РАД – 2018 основывается на тех же принципах, что и ранее:

- бесплатное участие для всех, включая выступающих. Спонсоры, в отличие от других конференций, претендовать на выдвижение выступающего не могут;

- поощрение к выступлениям новых лиц, выявление новых имен в российском арбитраже;
- предоставление каждому докладчику 20–25 минут для качественного выступления. Мы хотим, чтобы конференция стала максимально познавательной для всех, и поэтому, чтобы дать докладчикам больше времени, их количество ограничено;
- тщательный отбор докладов на конкурсной основе модераторами с рассмотрением предварительных заявок и с использованием объективных критериев для выявления наиболее оригинальных и глубоких тем, обязательное заблаговременное представление выбранными выступающими статей по теме докладов;
- публикация к моменту проведения РАД сборника статей лиц, выступающих на РАД, в которых темы их докладов раскрываются дополнительно.

Предварительные заявки прошли строгий конкурсный отбор: на каждое место выступающего на РАД – 2018 претендовали по три кандидата. В ходе отбора модераторами конференции использовались несколько критериев (по степени убывания значимости): новизна; глубина проработки заявки; практическая значимость; автор.

Кроме отобранных выступающих еще двум российским кандидатам было предложено представить статьи в настоящий сборник без выступления с докладом на РАД – 2018.

В итоге в настоящий сборник по результатам отбора вошло 11 статей. При этом три русскоязычных автора решили представить свои статьи на английском языке.

Еще две дополнительно включенные в него статьи (Константина Партасидеса и Михаэля Е. Шнайдера) предварительный отбор модераторов не проходили, поскольку эти авторы, учитывая их известность в мире арбитража, были индивидуально приглашены выступить на РАД / RAD – 2018 и представить свои статьи.

Распределение статей по разделам в настоящем сборнике и их порядок в данных разделах совпадают с распределением выступлений по сессиям и порядком выступлений авторов соответствующих статей на РАД – 2018: «Вопросы арбитрабельности и альтернативного разрешения споров»; «Особые виды международного арбитража»; «Процессуальные вопросы международного арбитража».

Аннотации и ключевые слова для статей подготовлены их авторами.

Данный сборник, по мнению модераторов, научных редакторов и организаторов РАД – 2018, получился не только глубоким по содержанию, но и весьма разноплановым (каким и следует быть подлинному арбитражу).

Мы надеемся, что он вызовет интерес у всех, кто занимается в России и за рубежом арбитражем как в теории, так и на практике.

Научные редакторы выражают большую благодарность П.Д. Савкину за редакторскую работу над данным сборником.

*А.В. Асосков,  
А.И. Муранов,  
Р.М. Ходыкин*

**PARTNERS AND MEDIA SPONSORS**  
**ПАРТНЕРЫ И ИНФОРМАЦИОННЫЕ СПОНСОРЫ**

---



Russia- and CIS-related International Dispute Resolution



The world business organization



**Berwin Leighton Paisner (BLP)**<sup>1</sup> – ведущая международная юридическая фирма, оказывающая полный спектр услуг и объединяющая более 800 юристов в крупнейших коммерческих и финансовых центрах в 9 странах мира в 11 офисах – в Лондоне, Москве, Абу-Даби, Берлине, Брюсселе, Дубае, Франкфурте, Гонконге, Париже, Пекине и Сингапуре. Goltsblat BLP – российская практика Berwin Leighton Paisner.

Практика международного арбитража BLP входит в состав Практики по разрешению споров фирмы, одной из сильнейших на международном рынке, по данным ежегодных рейтингов Legal 500 и Chambers. Специалисты Практики международного арбитража BLP обладают обширным опытом сопровождения крупных международных арбитражных споров с участием сторон из самых разных стран мира, рассматриваемых в соответствии с разнообразными институциональными и специальными (ad hoc) регламентами.

Как отмечает издание Legal 500, юристы арбитражной практики BLP «фокусируются на действительно ключевых вопросах, а не просто зарабатывают очки» и их ценят за их профессионализм и желание быть «по настоящему вовлеченными».

#### **Наши преимущества:**

- **Ведение арбитражных процессов «под ключ»:** от формирования международной стратегии защиты во всех основных арбитражных центрах до приведения решений в исполнение в различных юрисдикциях.
- **Наличие в команде опытных адвокатов.** Мы одна из немногих команд на английском юридическом рынке, партнеры которой самостоятельно выступают в арбитраже; большинство других фирм вынуждены привлекать внешних барристеров, услуги которых оплачиваются отдельно. Кроме того, это позволяет нам получить

---

<sup>1</sup> На дату отправки сборника в печать принято решение о слиянии британской фирмы «Berwin Leighton Paisner LLP» и американской фирмы «Bryan Cave LLP». В будущем объединенная фирма будет называться «Bryan Cave Leighton Paisner LLP».

более глубокое понимание процесса и использовать такой ценный опыт, консультируя клиентов по различным вопросам, связанным с арбитражными разбирательствами.

- **Русскоговорящая команда.** Для российских клиентов несомненным дополнительным преимуществом является значительный опыт работы наших специалистов по арбитражным делам с участием сторон из России и СНГ, а также наличие у нас русскоговорящего арбитражного партнера и русскоговорящей команды в Лондоне. Мы также имеем прекрасную команду в московском офисе, которая работает с нами по делам, связанным с Россией.
- **Отдел судебной бухгалтерии и технологий.** Для удобства наших клиентов мы предлагаем услуги собственного отдела судебной бухгалтерии и технологий, что позволяет вести дела эффективнее и оптимизировать судебные расходы.
- **Альтернативные способы финансирования арбитражных разбирательств.** Сотрудничая с различными институтами, мы помогаем нашим клиентам минимизировать финансовые риски и использовать альтернативные способы финансирования арбитражных разбирательств за счет привлечения инвесторов по делам и страховки на покрытие судебных расходов.

**Muranov, Chernyakov & Partners** law firm was established in 2003 and presently it is among the leading Russian legal services providers.

The firm's practice in the sphere of arbitration and litigation is considered one of the best in Russia. Each year the firm is highly ranked by Chambers Global, Chambers Europe, The Legal 500, Who's Who Legal, Best Lawyers.

The attorneys and lawyers of the firm have considerable experience of conducting cases in well-known international arbitration centers, including the ICAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, ICC International Court of Arbitration, the Arbitration Institute of the SCC, SCAI, SIAC.

They also represent the clients' interests in various disputes in the Russian state commercial courts and courts of general jurisdiction at all levels, including the Supreme Court of the Russian Federation.

A separate successful activity of the firm's attorneys and lawyers is representing the interests of businesses in the Constitutional Court of the Russian Federation.

Apart from that, the firm's practice in the field of competition (antimonopoly) law is one of the best known in Russia.

The firm's attorneys and lawyers also provide services in the following areas: corporate law; tax law; bankruptcy and restructuring; enforcement proceedings; recognition and enforcement of foreign judgments in Russia; foreign investments; private international law; WTO law.

Address: Bld. 6, 23 Denisovsky Lane, Moscow, 105005, Russia

Telephone: +7 495 783 7450; Fax: +7 495 795 0390

E-mail: [info@rospravo.ru](mailto:info@rospravo.ru)

Website: [www.rospravo.ru](http://www.rospravo.ru)

**Коллегия адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры»** основана в 2003 г. и в настоящее время входит в число ведущих российских юридических фирм.

Практика коллегии в области разрешения арбитражных и судебных споров имеет репутацию одной из лучших в России. Коллегия ежегодно входит в ведущие международные юридические рейтинги, включая *Chambers Global, Chambers Europe, Legal 500, Who's Who Legal, Best Lawyers*.

Адвокаты и юристы фирмы имеют большой опыт ведения дел в известных международных центрах арбитража, включая МКАС при ТПП РФ, Международный арбитражный суд ICC, Арбитражный институт SCC, SCAI, SIAC.

Они также представляют интересы клиентов в различных спорах в российских государственных арбитражных судах и в судах общей юрисдикции всех уровней, включая Верховный Суд РФ.

Отдельное известное и успешное направление деятельности адвокатов и юристов фирмы – представление интересов бизнеса в Конституционном Суде РФ.

Кроме того, практика фирмы по вопросам антимонопольного права является в РФ одной из самых известных.

Адвокаты и юристы фирмы оказывают услуги также по следующим направлениям: корпоративное право; налоговое право; банкротство и реструктуризация, исполнительное производство; признание и исполнение решений иностранных судов в РФ; иностранные инвестиции; международное частное право; право ВТО.

Адрес: Денисовский переулок, д. 23, стр. 6, Москва, Россия, 105005  
Телефон: +7 495 783 7450; Факс: +7 495 795 0390  
E-mail: [info@rospravo.ru](mailto:info@rospravo.ru)  
Сайт: [www.rospravo.ru](http://www.rospravo.ru)

**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 150 lecturers, leading experts of the global legal community.

**LF Academy is:**

- effective and popular format
- hundreds of hours of video lectures available 24/7
- all branches of law and law 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** — это инновационный проект нового времени, который дает 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 150 лекторов — ведущих экспертов мирового юридического сообщества.

Зарегистрированным пользователям ресурса открыт доступ к сотням часов видеолекций.

### **LF Академия — это свободный доступ к качественным знаниям!**

- эффективный и актуальный формат
- сотни часов видеолекций, доступных 24/7
- все отрасли права и сферы правоприменения
- международный опыт и знания
- максимально 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

The Arbitration Center at the Institute of Modern Arbitration, one of the first permanent arbitral institutions authorized to administer arbitration in Russia, was established in 2016. The 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 Arbitration Center administers arbitrations in a modern and high-quality manner. The main goal of the Arbitration Center is impartial, professional and final resolution of disputes of any complexity in strict compliance with arbitral procedure. The experts of the Arbitration Center have developed one of the most modern arbitration rules in entire world – Arbitration Rules 2017, which address all recent arbitration trends. The Arbitration Rules 2017 are translated to English and Russian as well as are expected to be soon translated into Chinese.

The Arbitration Center unites more than 140 leading Russian lawyers (practitioners, scholars, retired judges, etc.) as well as 50 highly-qualified international arbitrators. The Board of the Arbitration Center comprises 9 reputable experts, who collectively decide upon appointments and challenges of arbitrators.

In September 2017 the Institute of Modern Arbitration signed a cooperation agreement with Japan Association of Arbitrators (JAA) and in October 2017 – a memorandum of understanding with Singapore International Arbitration Center (SIAC).

Арбитражный центр при Институте современного арбитража создан в 2016 г. и является одним из первых постоянно действующих арбитражных учреждений, получивших право администрировать арбитраж. Право на осуществление деятельности было предоставлено на основании рекомендации Совета по совершенствованию третейского разбирательства и распоряжения Правительства РФ от 27 апреля 2017 г. № 799-р.

Арбитражный центр осуществляет функции по современному и качественному администрированию дел, рассматриваемых в порядке арбитража. Его цель – беспристрастное, профессиональное и окончательное разрешение спора любой сложности в строгом соответствии с арбитражной процедурой. Эксперты Арбитражного центра разработали один из самых современных арбитражных регламентов в мире – Арбитражный регламент 2017, отвечающий всем последним мировым тенденциям. Он переведен на английский и японский языки, также готовится перевод на китайский язык.

Центр объединил более 140 ведущих российских юристов (практикующих специалистов, ученых, судей в отставке и т.д.), а также 50 высококвалифицированных международных арбитров. Президиум Арбитражного центра состоит из девяти авторитетных экспертов, которые коллегиально решают ключевые вопросы, связанные с назначением и отводом арбитров.

В сентябре 2017 г. Институт современного арбитража подписал соглашение о сотрудничестве с Японской ассоциацией арбитров (JAA), а в октябре 2017 г. – меморандум о взаимопонимании с Сингапурским международным арбитражным центром (SIAC).

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.

«Дебевоиз энд Плимптон 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 «Дебевоиз энд Плимптон 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 «Дебевоиз энд Плимптон ЛЛП» в 1 группу по международному арбитражу в 2017 г.

Фирма «Дебевоиз энд Плимптон 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.

## INFORMATION ABOUT THE ACADEMIC EDITORS AND AUTHORS

### ACADEMIC EDITORS

**ANTON V. ASOSKOV**, L.L.D., 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). 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 Council for the Improvement of Arbitration at the Russian Ministry of Justice, and of a member of the Chartered Institute of Arbitrators (MCI Arb). He is the Head of the Nominating Committee of the International Arbitration Commission at the Russian National Committee of the International Chamber of Commerce (ICC Russia), as well as an honorary member of this Commission. Professor Asoskov frequently acts as an expert on Russian law in foreign courts and arbitrations.

**ROMAN M. KHODYKIN**, a partner in the London office of *Berwin Leighton Paisner LLP*<sup>1</sup>, Ph.D. in Law, Associate Professor, Solicitor of Senior Courts of England and Wales.

---

<sup>1</sup> As of the date of the publication, a decision has been taken that *Berwin Leighton Paisner LLP* will merge with *Bryan Cave LLP*. A combined firm will be called *Bryan Cave Leighton Paisner LLP*.

Roman is an arbitration specialist with extensive experience in national and cross-border matters. He is an alternative member of the ICC Court of International Arbitration in Paris and included in the list of arbitrators of the International Commercial Arbitration Court (aka MKAS). He is also an arbitrator of the Arbitration Court for Sport at the Russian Olympic Committee and an editor of the «International Commercial Arbitration Review» (Moscow). 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 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).

Additionally, Roman is a member of the editorial council of the «International Commercial Arbitration Review».

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).

**ALEXANDER I. MURANOV**, managing partner of *Muranov, Chernyakov & Partners* Law Firm (Moscow), attorney-at-law, Moscow Chamber of Attorneys.

Alexander heads the arbitration practice of the firm. He is the main contact in the firm for projects involving international and foreign regulations or representation of foreign clients in Russian state courts and arbitrations. He has extensive practical experience, participated in dozens of major project in Russia and abroad. He is an expert in commercial and in corporate law, private international law and international civil litigation, international trade law and WTO law.

Since 2009 Alexander – arbitrator in cases of the International Commercial Arbitration Court at the Russian Chamber of Commerce and Industry and of the Maritime Arbitration Commission at the same Chamber. He participated in more than 80 cases administered by those arbitration centers.

Alexander was also involved in various arbitration proceedings under the Rules of ICC, LCIA, SCAI, SCC, SIAC, as well as under the UNCITRAL Arbitration Rules.

He frequently acts as an expert on Russian law issues in foreign arbitrations and state courts.

Alexander is the publisher and member of the Editorial Board of the «International Commercial Arbitration Review», the only journal in Russia on international commercial and investment arbitration ([www.arbitrationreview.ru](http://www.arbitrationreview.ru)).

He is an associate professor at the Department of Private International and Civil Law of Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University) at the Russian Ministry of Foreign Affairs and professor of the Department of Private International Law of the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation.

In 2009–2013, Alexander was involved in drafting of amendments to Section VI «Private International Law» in the Russian Civil Code. In 2014–2015 he participated in drafting of federal regulations on domestic and international commercial arbitration in Russia. In 2011–2013 he was a member of the Governing Board of the Russian Federal Chamber of Attorneys. In 2013–2017 – a member of the Presidium of the International Commercial Arbitration Court at the Russian Chamber of Commerce and Industry. In 2012–2017 – deputy chairman and a member of the Presidium of the Maritime Arbitration Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry.

Candidate in Jurisprudence (Ph.D.) – the thesis «The Problem of „Evolution of Law“ in the Substantive Law and in Conflict of Laws», defended in the Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University) at the Russian Ministry of Foreign Affairs in 1999.

Alexander is the author of over 100 works (including several books) covering various issues of international commercial arbitration, private international law and international civil litigation, currency law, civil law, regulation of international commerce.

Alexander graduated *cum laude* from the International Law Department at the Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University) at the Russian Ministry of Foreign Affairs in 1994.

Supervisor and author of the Web-projects [www.naukaprava.ru](http://www.naukaprava.ru), [www.kslitigation.ru](http://www.kslitigation.ru), [www.privintl.ru](http://www.privintl.ru) and some other projects.

## 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 a member of the ICC Young Arbitrators Forum (YAF), and the LCIA Young International Arbitration Group (YIAG).

**DMITRY L. DAVYDENKO** is Chief expert of the Center of Arbitration and Mediation and Executive Secretary of the Maritime Arbitration Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry. Apart from that, he is the Director and a co-editor of the CIS Arbitration Forum (<http://www.cisarbitration.com/>), a collaborative project of scholars and practitioners focusing on commercial dispute resolution involving the former Soviet Union countries.

Dmitry is listed as a recommended arbitrator of International Commercial Arbitration Court and Maritime Arbitration Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry, as well as of other reputed arbitral institutions. He also took part as co-arbitrator in proceedings under the Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce. He practiced as advocate at a leading Russian law firm and has a more than 10 years' experience of advising Russian and international clients on business disputes and related legal matters.

Included in the list of best practitioners in arbitration in Russia (under 45) as of the year 2017 by «Who's Who Legal» and «Global Arbitration Review».

**ANNA V. GRISHCHENKOVA**, a partner, LL.M. in US Law. Recommended by the international legal rankings Chambers Europe, Chambers Global, Legal 500 EMEA and Best Lawyers. In 2016 she was elected a

new regional representative of Russia in the IBA Litigation Committee and also was granted the status of Member of the Chartered Institute of Arbitrators (CIArb). Anna is also a Regional Ambassador at HK45 – Hong Kong International Arbitration Centre’s committee (HKIAC). Anna’s core specialization: construction disputes, corporate disputes, disputes with public authorities, as well as bankruptcy proceedings. Represented clients before Russian and international arbitration centres, acted as an expert in processes conducted in foreign jurisdictions. Included into list of arbitrators in Austria (VIAC), Kuala Lumpur (KLRCA), Hong Kong (HKIAC).

**MIKHAIL S. KALININ** is a paralegal at the Moscow office of *Norton Rose Fulbright (Central Europe) LLP*, his particular focus is international arbitration and cross-border litigation. Mikhail graduated from Lomonosov Moscow State University in 2016 (with honours) and will soon complete his studies at the Higher School of Economics Master’s programme «Private International Law».

As a member of the Lomonosov Moscow State University team, Mikhail twice participated in the Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (Vienna). As of 2016, Mikhail plays an active role as a coach of the Lomonosov Moscow State University Vis Moot team, arbitrates at other dispute resolution moot courts and participates in international groups for younger arbitration practitioners.

**ANASTASIA M. MAGID** is a Trainee Associate at the Moscow office of *Debevoise & Plimpton*. She obtained a bachelor (2015) and master (2017) degrees at Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University), Faculty of International Law and participated in the international students’ contest Foreign Direct Investment International Arbitration Moot.

**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 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. Sergey is the Young IMA Co-Chair.

Sergey graduated with honors from Lomonosov Moscow State University, Faculty of Law, and obtained an LL.M. degree (Master of Laws) in international 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, DC), participating in international arbitration and US litigation matters.

**CONSTANTINE PARTASIDES** is a Queen's Counsel (QC). Prior to founding *Three Crowns LLP*, Constantine led the international arbitration practice of a leading international law firm in London. He has appeared as counsel on some of the largest commercial arbitrations of the last decade, many of which relate to the energy sector. Most recently, Constantine has been lead counsel for commercial clients in claims arising under production sharing contracts against sovereigns and state entities in Algeria, Nigeria, the Kurdistan Region of Iraq and Kazakhstan. He has recently led teams that obtained a monetary award for clients against the Kurdistan Regional Government for \$1.98bn, and a final award for a consortium of clients against the Nigerian National Petroleum Company in excess of \$2bn. Constantine has also advised and represented a variety of investors and states in relation to disputes under relevant bilateral and multilateral investment treaties, and was counsel of record in high profile ICSID successes for the Republic of Kenya in *World Duty Free v. Republic of Kenya*, and for the Republic of Lithuania in *Parkerings v. Republic of Lithuania*.

Constantine has been named as one of the «top 20» individuals in the world of arbitration in the 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 and 2016 «Who's Who» of Commercial Arbitration. He is a co-author of the fourth, fifth and sixth editions of the leading textbook on international arbitration «Redfern and Hunter on International Arbitration». He is a solicitor-advocate (Higher Courts Civil), and was appointed Queen's Counsel in 2014.

Constantine was educated at King's College London and Cambridge University.

**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 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 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 2<sup>nd</sup> at the Geneva Bar Exam). Mr. Pentsov authored and co-authored more than 50 publications, including two books.

**OLESYA D. PETROL** is an Associate Professor at the Department of Fundamentals of Private Law of the Russian School of Private Law, Private Law Practitioner, Master of Law.

**IZABELLA Ya. PRUSSKAYA** specializes in dispute resolution and has been training and practicing law for several years. She worked for *LS Group, Hogan Lovells CIS* and is currently a lawyer at *Timofeev, Vahrenwald & Partners*. Izabella graduated from the National Research University Higher School of Economics (Moscow) in 2016 and from the Northwestern University Pritzker School of Law (Chicago), with honors, in 2017. Izabella is a member of YIAG (LCIA), YAF (ICC), RAA25 and speaks English, German and Russian fluently.

**MICHAEL E. SCHNEIDER** is a founding partner of *LALIVE*. He has practised in international arbitration for more than 40 years as counsel in *ad hoc* proceedings and under various rules, including those of the ICC, ICSID, LCIA, Swiss Rules, Stockholm Institute, the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA), Dubai International Arbitration Centre (DIAC), European Development Fund, UNCITRAL, and before other international bodies, including the WTO Appellate Body and the United Nations Compensation Commission (UNCC). He has also acted as arbitrator (chair, sole or co-arbitrator) under the rules of many institutions both in Switzerland and abroad.

Mr. Schneider's main areas of practice are disputes involving States and corporations in construction, industrial engineering and infrastructure projects, natural resources (in particular oil and gas), pharmaceuticals, telecommunications and investment disputes. He has specific experience in managing large and complex disputes, organizing and leading teams of specialists from different fields and different legal and cultural backgrounds.

Mr. Schneider is the immediate past president of the Swiss Arbitration Association (ASA). At ASA, he developed *inter alia* the Arbitration Practice Seminar organized annually since 1997 with civil law and common law practitioners. He was vice chair of the ICC Commission on Arbitration until 2014, and has been a member of several of its working groups (1998 and 2012 revisions of the ICC Rules, construction, pre-arbitral referee). He chaired the UNCITRAL Working Group II (Arbitration) at its Sessions in New York and Vienna (2006–2010) on the revision of the Arbitration Rules and on the revision of the Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2014–2015) and is now Vice-Chair of the Commission. He is member of the Board of Trustees of the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA) and president of the International Academy of Construction Lawyers.

Mr. Schneider lectures at the University of Fribourg LLM Programme and was Director of Studies at the Centre for Studies and Research at the Hague Academy of International Law (Transnational Arbitration and State Contracts). He studied law and history at the universities of Munich, Bonn and Geneva and completed the 1<sup>st</sup> and 2<sup>nd</sup> State examination (capacity to hold office as a judge). He completed postgraduate studies at the Graduate Institute of International Studies in Geneva and is a former AIESEC trainee with the Shell Company in Sierra Leone.

**LEONID G. SHMATENKO** joined *LALIVE* in 2017 and is a member of the international arbitration team, specializing in international commercial and investment arbitration. He has been involved as counsel and secretary in over twenty international arbitration proceedings conducted in German, English and French.

Leonid is a student fellow of the Chartered Institute of Arbitrators and a member of several international arbitration associations, including the Young International Council for Commercial Arbitration (Young ICCA), the German Institution of Arbitration (DIS) and DIS40, the LCIA Young International Arbitration Group (YIAG) and ASA Below 40.

Leonid studied law at Heinrich Heine University Düsseldorf from 2006 to 2011. He passed the First State examination (Dipl. iur.) in Düsseldorf in 2011

and the Second State examination in 2015. He finished his doctoral thesis and awaits receiving his doctorate from Heinrich Heine University Düsseldorf. He currently teaches investment arbitration at the National Technical University of Ukraine «Igor Sikorsky Kyiv Polytechnic Institute».

**IRINA I. SUSPITCYNA** is the head of projects (arbitration and mediation) at *KIAP*, Attorneys-at-Law. Irina has graduated from Lomonosov Moscow State University and received the Master of Laws degree (LL.M.) in arbitration at Stockholm University (Sweden). Irina has experience in representation of clients in disputes related to SCC Rules, ICC Rules, Rules of the ICAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation and Rules of the IAC at the Chamber of Commerce and Industry of the Republic of Belarus as well as in *ad hoc* arbitrations and Russian commercial courts with regard to recognition and enforcement of foreign arbitral awards and judgments. In 2014, she earned the degree of an Associated Member of the UK Chartered Institute of Arbitrators (ACI Arb). Acted as co-author of the «Practical Commentary to the Russian Arbitration Laws» (RAA).

**OLGA A. TSVETKOVA** is attorney (senior associate) at *Egorov Puginsky Afanasiev & Partners* (Moscow). She is co-Chairperson of the Arbitration Association (RAA40) and co-Chairperson of the Council at the Institute of Modern Arbitration.

She holds an LL.M. from the University of Geneva program «Master of International Dispute Settlement», having previously graduated from the Lomonosov Moscow State University, Law Department.

Olga advises and represents clients' interests in international arbitration disputes and state courts. She specializes in commercial and investment arbitration, coordination of complex cross-border disputes, as well as lawsuits arising out of the set aside, recognition and enforcement of arbitral awards. She is experienced in international public disputes including cases before the European Court of Human Rights, the European Court of Justice and the United Nations International Court of Justice.

## **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 является членом Президиума и председателем Комитета по назначениям арбитража корпоративных споров Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (МКАС при ТПП РФ). 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 по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL).

Он имеет статус члена Совета по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции РФ, а также члена Королевского института арбитров (MCIArb). Он является председателем Комитета по назначениям Комиссии по международному арбитражу Российского национального комитета Международной торговой палаты (ICC), а также почетным членом указанной Комиссии. Профессор Асосков часто выступает экспертом по российскому праву в зарубежных судах и арбитражах.

**АЛЕКСАНДР ИГОРЕВИЧ МУРАНОВ** – управляющий партнер коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» (Москва), адвокат (Адвокатская палата г. Москвы).

Александр возглавляет в коллегии направление по международному коммерческому арбитражу, отвечает за проекты по представительству иностранных лиц в российских государственных судах и проекты, связанные с международным и иностранным регулированием. Имеет обширный практический опыт, участвовал в десятках крупных проектов в РФ и за рубежом. Специализируется в вопросах коммерческого и корпоративного права, международного частного права и международного гражданского процесса, международного торгового права и права ВТО.

С 2009 г. — арбитр по делам МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ. Участвовал в более чем 80 делах, администрировавшихся этими арбитражными учреждениями.

Участвовал также в различных арбитражных разбирательствах по регламентам *ICC*, *LCIA*, *SCAI*, *SCC*, *SIAC*, а также по Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ (*UNCITRAL*).

Часто выступает экспертом по вопросам российского права в иностранных арбитражах и государственных судах.

Издатель и член редакционного совета журнала «Вестник международного коммерческого арбитража», единственного в РФ периодического издания по международному коммерческому и инвестиционному арбитражу ([www.arbitrationreview.ru](http://www.arbitrationreview.ru)).

Доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО, профессор кафедры международного частного права Исследовательского центра частного права имени С.С. Алексеева при Президенте РФ.

В 2009–2013 гг. — член Рабочей группы по внесению изменений в раздел VI «Международное частное право» ГК РФ. В 2014–2015 гг. участвовал в разработке федеральных законов о третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже в РФ. В 2011–2013 гг. — член Совета Федеральной палаты адвокатов России. В 2013–2017 гг. — член Президиума Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. В 2012–2017 гг. — заместитель председателя Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, член ее Президиума.

Кандидат юридических наук (диссертация по теме «Проблема „обхода закона“ в материальном и коллизионном праве» защищена в МГИМО в 1999 г.).

Автор свыше 100 работ (включая несколько книг) по вопросам международного коммерческого арбитража, международного частного права и международного гражданского процесса, валютного регулирования, гражданского права, права международной торговли.

Окончил с отличием международно-правовой факультет Московского государственного института международных отношений (университета) МИД России в 1994 г.

Руководитель и автор веб-проектов [www.naukaprava.ru](http://www.naukaprava.ru), [www.kslitigation.ru](http://www.kslitigation.ru), [www.privintlaw.ru](http://www.privintlaw.ru) и др.

**РОМАН МИХАЙЛОВИЧ ХОДЫКИН** — кандидат юридических наук, доцент, партнер лондонского офиса фирмы «Berwin Leighton Paisner»<sup>1</sup>, солиситор Высших судов Англии и Уэльса.

Роман является специалистом по сопровождению арбитражных разбирательств с огромным опытом ведения национальных и международных проектов. Он является замещающим членом (alternate member) Международного арбитражного суда Международной торговой палаты в Париже и включен в список арбитров МКАС при ТПП РФ. В течение последних нескольких лет Роман выступал консультантом в рамках инициированного против Республики Казахстан инвестиционного арбитражного разбирательства в Международном центре по разрешению инвестиционных споров (Вашингтон), а также принимал участие в арбитражных разбирательствах в Лондонском международном третейском суде (LCIA), 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 Кэмбриджского 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.

Кроме того, Роман является членом редакционного совета журнала «Вестник международного коммерческого арбитража».

Роман также является автором многочисленных публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного пра-

---

<sup>1</sup> На дату отправки сборника в печать принято решение о слиянии британской фирмы «Berwin Leighton Paisner LLP» и американской фирмы «Bryan Cave LLP». В будущем объединенная фирма будет называться «Bryan Cave Leighton Paisner LLP».

ва 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 (ICSID), а также в ходе специальных процедур, в том числе в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (UNCITRAL).

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 членом Форума молодых арбитров ICC (YAF) и LCIA (YIAG).

**АННА ВЛАДИМИРОВНА ГРИЩЕНКОВА** – партнер, магистр по американскому праву (LL.M.). Рекомендована международными рейтингами *Chambers Europe*, *Chambers Global*, *Legal 500 EMEA*, *Best Lawyers*. В 2016 г. избрана новым региональным представителем от России в Судебном комитете IBA, а также получила статус члена (Member) Королевского института арбитров Великобритании (CIArb). Кроме того, Анна является региональным представителем от России в комитете НК45 при Гонконгском международном арбитражном центре (HKIAC). Основная специализация – сопровождение споров в сфере строительства, корпоративных споров, споров с государственными

органами, а также споров в рамках процедур банкротства. За годы практики представляла интересы клиентов в российских и международных арбитражных центрах, выступала в качестве эксперта в процессах, ведущихся в иностранных юрисдикциях. Включена в списки арбитров в Австрии (VIAC), Куала-Лумпуре (KLRCА), Гонконге (HKIAC).

**ДМИТРИЙ ЛЕОНИДОВИЧ ДАВЫДЕНКО** – кандидат юридических наук, ответственный секретарь Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, заместитель председателя Коллегии посредников по проведению примирительных процедур при ТПП РФ, директор *CIS Arbitration Forum* – информационно-аналитического ресурса об урегулировании коммерческих споров в странах СНГ (<http://www.cisarbitration.com/>).

Включен в рекомендованные списки арбитров МКАС и МАК при ТПП РФ. Также принимал участие в качестве арбитра в арбитражных разбирательствах по Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (ICC).

Более 10 лет практиковал в качестве юриста и адвоката в одной из ведущих российских юридических фирм. Международное рейтинговое агентство «Who's Who Legal» включило Дмитрия Давыденко в список лучших практиков в сфере третейского разбирательства в России (в возрасте до 45 лет) за 2017 г.

**МИХАИЛ СЕРГЕЕВИЧ КАЛИНИН** – помощник юриста в практике разрешения споров московского офиса фирмы «Norton Rose Fulbright (Central Europe) LLP», специализируется в области международного арбитража и международных судебных споров. В 2016 г. окончил юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова (с отличием), в настоящий момент завершает обучение в магистратуре НИУ ВШЭ по программе «Международное частное право».

В качестве члена команды МГУ им. М.В. Ломоносова дважды участвовал в конкурсе им. Виллема Виса по международному коммерческому арбитражу (Вена). С 2016 г. активно выступает в роли тренера команды МГУ им. М.В. Ломоносова на конкурсе им. Виллема Виса, арбитра других конкурсов в сфере разрешения споров, участвует в объединениях молодых юристов в области арбитража.

**АНАСТАСИЯ МИХАЙЛОВНА МАГИД** – юрист-стажер московского офиса юридической фирмы «Debevoise & Plimpton». Она с отличием окончила бакалавриат (2015 г.) и магистратуру (2017 г.) международно-правового факультета МГИМО, а также принимала участие в международном студенческом конкурсе «Foreign Direct Investment International Arbitration Moot».

**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 Арбитражному регламенту Международной торговой палаты (ICC), Швейцарскому регламенту международного арбитража (Swiss Rules), Регламенту МКАС при ТПП РФ и по регламентам иных арбитражных институтов), а также консультированием по вопросам гражданского и процессуального права. Сергей является сопредседателем Совета современного арбитража (Young IMA).

Сергей с отличием окончил юридический факультет МГУ им. 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 Морозов принял участие в сессии Арбитражной академии в г. Париже, Франция, по международному 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.

**КОНСТАНТИН ПАРТАСИДЕС** – королевский адвокат (QC). До основания юридической фирмы «Three Crowns LLP» Константин руководил практикой международного арбитража в одной из ведущих международных юридических фирм в Лондоне. Он выступал в качестве советника в нескольких крупнейших энергетических спорах, рассматривавшихся в порядке международного коммерческого арбитража, последнего десятилетия. Недавно Константин представлял интересы предпринимателей в спорах, возникших из соглашений о разделе продукции, с государствами и государственными компаниями в Алжире,

Нигерии, Курдистане и Казахстане. Он также возглавлял команду юристов, которым удалось отстоять интересы своих клиентов и получить компенсацию в размере 1,98 млрд долл. США в споре против Курдистана. Под руководством Константина юристы добились взыскания более чем 2 млрд долл. США с Нигерийской национальной нефтяной компании. Константин консультировал и представлял интересы инвесторов и государств в различных спорах из двусторонних и многосторонних международных соглашений. Он был советником Кении в одном из самых громких дел МЦУИС (ICSID) — компании «World Duty Free» против Кении, а также советником Литвы в деле компании «Parkerings» против Литвы.

Константин входит в число 20 лучших мировых юристов, занимающихся арбитражем, по версии «Who's Who» в 2011, 2012, 2013, 2014, 2015 и 2016 гг. Он является соавтором четвертого, пятого и шестого изданий ведущего учебника по международному арбитражу «Redfern and Hunter on International Arbitration». Он является солиситором (Англия и Уэльс), а также королевским адвокатом с 2014 г.

Константин является выпускником Королевского колледжа Лондона и Кэмбриджского университета.

**ДМИТРИЙ АНАТОЛЬЕВИЧ ПЕНЦОВ** — партнер женевского офиса юридической фирмы «FRORIEP Legal SA». Он возглавляет группу практики фирмы по России и СНГ. Дмитрий окончил с отличием юридический факультет Санкт-Петербургского государственного университета и аспирантуру кафедры гражданского права того же факультета, защитив диссертацию на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Понятие „security“ по законодательству Соединенных Штатов Америки». Имеет диплом магистра права (LL.M.) юридического факультета Джорджтаунского университета (Вашингтон, федеральный округ Колумбия), а также дипломы бакалавра права, магистра права и сертификат специализации в области адвокатуры юридического факультета Женевского университета. Член Санкт-Петербургской городской коллегии адвокатов (Россия) и коллегии адвокатов штата Нью-Йорк (США), адвокат (Женева, Швейцария) (второе место на адвокатском экзамене кантона Женева). Дмитрий Пенцов является автором и соавтором более 50 публикаций, включая две книги.

**ОЛЕСЯ ДМИТРИЕВНА ПЕТРОЛЬ** – доцент кафедры общих проблем гражданского права Российской школы частного права, частно-практикующий юрист, магистр юриспруденции.

**ИЗАБЕЛЛА ЯНОВНА ПРУССКАЯ** – юрист коллегии адвокатов «Тимофеев, Фаренвальд и партнеры». Изабелла специализируется в сфере разрешения споров (судебные и внесудебные проекты) и правовой помощи в ведении трансграничных проектов, а также осуществляет консультирование по вопросам санкционного комплаенса. До присоединения к коллегии Изабелла более трех лет работала в *LS Group* и *Hogan Lovells CIS*. В 2016 г. Изабелла окончила факультет права НИУ ВШЭ, а в 2017 г. с отличием завершила обучение в Северо-Западном университете в г. Чикаго, США (Northwestern University Pritzker School of Law), где она получила степень магистра права. Во время обучения в США Изабелла являлась тренером команды университета, участвовавшей в конкурсе по международному коммерческому арбитражу, а также была академическим ассистентом профессора Чадха (Prof. P. Chadha) (курс по международным переговорам). Изабелла стажировалась в Германии и Кембридже. Свободно владеет английским и немецким языками. Изабелла является членом следующих профессиональных юридических сообществ: *YIAG* (LCIA), *YAF* (ICC), PAA25.

**ИРИНА ИГОРЕВНА СУСПИЦЫНА** – руководитель проектов практики международного коммерческого арбитража адвокатского бюро КИАП. Выпускница юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова и магистр права (LL.M.) международного коммерческого арбитража Стокгольмского университета. Является ассоциированным членом Королевского института арбитров (ACI Arb). Представляет клиентов в арбитражах по регламентам *SCC*, *ICC*, МКАС при ТПП РФ и МАС при БелТПП, арбитражах *ad hoc*, а также в российских судах по делам о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных и судебных решений. Арбитр и тренер команд в студенческих конкурсах по международному арбитражу. Участник и спикер международных конференций по разрешению споров.

**ОЛЬГА АЛЕКСЕЕВНА ЦВЕТКОВА** – адвокат (старший юрист) адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры». Со-

председатель Арбитражной Ассоциации 40 (РАА40) и сопредседатель Совета при Институте современного арбитража.

Магистр права (LL.M. Женевского университета по программе «Master of International Dispute Settlement»), окончила юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова.

Ольга консультирует и представляет интересы клиентов по международным спорам в третейских и государственных судах. В ее специализацию входят коммерческий и инвестиционный арбитраж, координация трансграничных судебных разбирательств, а также процессы в связи с отменой, признанием и приведением в исполнение арбитражных решений. Ее опыт также охватывает международные публичные споры, включая дела в Европейском суде по правам человека, Европейском суде правосудия и Международном суде ООН.

**ЛЕОНИД ГЕННАДЬЕВИЧ ШМАТЕНКО** — адвокат и член международной арбитражной практики юридической фирмы «LALIVE», специализирующейся на международном коммерческом и инвестиционном арбитраже. Он участвовал в качестве адвоката и секретаря в более чем 30 международных арбитражных разбирательствах на немецком, английском и французском языках.

Леонид также является членом нескольких международных арбитражных ассоциаций, в том числе Молодежного международного совета по коммерческому арбитражу (Young ICCA), Немецкой институции по арбитражному делу (DIS) и *DIS40*, *LCIA* (YIAG) и *ASA Below 40*.

До прихода в «LALIVE» Леонид работал в «Kantenwein Zimmermann Fox Kröck & Partner» в Мюнхене и в качестве иностранного адвоката в «Orrick Herrington Sutcliffe LLP» в Париже. Первоначально он стажировался в «Derains & Gharavi» в Париже и во «Freshfields Bruckhaus Deringer LLP» в Дюссельдорфе. Он также прошел стажировку в компании «Freshfields Bruckhaus Deringer LLP» в Париже и «Clayton Utz» в Сиднее, уделяя основное внимание национальному и международному арбитражу. В период с 2011 по 2013 г. он работал ассистентом на кафедре международного права в Дюссельдорфском университете имени Генриха Гейне, где преподавал административное право и инвестиционный арбитраж.

Леонид изучал юриспруденцию в Дюссельдорфском университете имени Генриха Гейне с 2006 по 2011 г. Он сдал первый государственный экзамен (дипломированный юрист) в Дюссельдорфе в 2011 г. и второй государственный экзамен в 2015 г. Он заканчивает свою

докторскую диссертацию и ждет присвоения докторской степени Дюссельдорфским университетом имени Генриха Гейне. В настоящее время он преподает инвестиционный арбитраж в Национальном техническом университете Украины «Киевский политехнический институт имени Игоря Сикорского».

**МИХАЭЛЬ Е. ШНАЙДЕР** – партнер-основатель компании «LALIVE». Он более 40 лет оказывает услуги в области международного арбитража в качестве консультанта в рамках разбирательств *ad hoc*, проводимых в соответствии с регламентами таких арбитражных центров, как Международная торговая палата (ICC), Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), Лондонский международный третейский суд (LCIA), Стокгольмский арбитражный институт, Каирский региональный центр международного коммерческого арбитража (CRCICA), Дубайский международный арбитражный центр (DIAC), Европейский фонд развития, ЮНСИТРАЛ, в соответствии с Швейцарским регламентом международного арбитража, а также перед другими международными органами, включая Апелляционный орган ВТО и Компенсационную комиссию ООН (UNCC). Он также выступал в качестве арбитра (председателя состава третейского суда, единственного арбитра или соарбитра) в разбирательствах, проводимых по правилам различных институтов как в Швейцарии, так и за рубежом.

Основными областями практики г-на Шнайдера являются споры с участием государств и корпораций в сферах строительства, инженерно-технических и инфраструктурных проектов, природных ресурсов (в частности, в нефтегазовом секторе), фармацевтики, телекоммуникаций и инвестиционных споров. Он обладает опытом руководства работой по крупным и сложным делам, возглавляя группы специалистов из разных областей права с различными юридическими и культурными традициями.

Г-н Шнайдер является предыдущим президентом Швейцарской арбитражной ассоциации (ASA). Работая в ASA, он среди прочего организовал семинар по арбитражной практике, который проводился ежегодно с 1997 г. с участием практиков из стран как континентальной, так и англосаксонской системы права. До 2014 г. он являлся вице-председателем Комиссии по арбитражу Международной торговой палаты, а также был членом нескольких ее рабочих групп (поправки в Регламент ICC 1998 и 2012 гг., строительный арбитраж, доарбитраж-

ное производство с участием рефери). Он был председателем Рабочей группы II ЮНСИТРАЛ (Арбитраж и согласительная процедура) на ее сессиях в Нью-Йорке и Вене (2006–2010) по вопросу внесения поправок в Арбитражный регламент и в Комментарии по организации арбитражного разбирательства (2014–2015), а в настоящее время является вице-председателем Комиссии. Также он является членом Попечительского совета Каирского регионального центра международного коммерческого арбитража (CRCICA) и президентом Международной академии юристов в области строительства.

Г-н Шнайдер читает лекции по программе *LLM* в Университете Фрибурга, а ранее он руководил исследованиями в области транснационального арбитража и государственных контрактов в Научно-исследовательском центре международного права и международных отношений Гаагской академии международного права. Он изучал право и историю в университетах Мюнхена, Бонна и Женевы, сдав 1-й и 2-й государственные экзамены (с предоставлением права занимать должность судьи). Он продолжил обучение в Женевском институте международных отношений и развития. В годы учебы он работал стажером в компании «Shell» в Сьерра-Леоне по программе фонда *AIESEC*.

## **Section 1**

# **ISSUES OF ARBITRABILITY AND ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION**

---

## **Раздел 1**

# **ВОПРОСЫ АРБИТРАБИЛЬНОСТИ И АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ**

## REDISCOVERING THE LOST PROMISE OF INTERNATIONAL ARBITRATION<sup>1</sup>

CONSTANTINE PARTASIDES,  
QC

*International arbitration today is often anything but fast, cheap and simple, as it intended to be many decades ago. Why the promise of international arbitration has been lost nowadays? The author does not believe in explanation that counsel and arbitrators alike have a commercial interest in making the process as complex and as costly as possible. Today arbitrators too often are fearful of giving a losing party an undue process basis for challenging an award. This approach has already been labelled as «due process paranoia». But «due process» requires only a reasonable and equal opportunity to be heard. Arbitrators should drive the procedure, rather than be content to be «passengers» until the merits hearing approaches. Such arbitrator control of the process will not create serious due process risks. In this way, arbitration can once more fulfil its promise, so that each and every case can truly be «a microcosm of potential procedural reform». The author illustrates his ideas by cases considered by English, French and the US courts.*

*Keywords: promise from international arbitration; conspiracy of counsel and arbitrators; undue process basis; due process paranoia; fairness; principle of contradiction (principe de la contradiction); expedition of the arbitration proceedings.*



<sup>1</sup> Статья с таким же названием была опубликована автором в качестве гл. 5 в коллективной работе «Expedited Procedures in International Arbitration» (в соавторстве) (см.: *Partasides C., Prewett B.* Chapter 5. Rediscovering the Lost Promise of International Arbitration // *Expedited Procedures in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 16) / L. Lévy, M. Polkinghorne (eds.)* (ICC Publication No. 793E). — P.: ICC Pub., 2017. P. 110–132). С ее учетом специально для настоящего сборника автором была подготовлена новая статья, предлагаемая вниманию читателей.

*Международный арбитраж сегодня часто далек от того, чтобы быть быстрым, недорогим и простым, каким он задумывался многие десятилетия назад. Почему его обещания оказались невыполненными? Автор не верит в то объяснение, что представители сторон и арбитры, преследуя коммерческий интерес, стремятся сделать процесс максимально сложным и затратным. Арбитры сегодня слишком часто опасаются давать проигравшей стороне такое основание для оспаривания арбитражного решения, как ненадлежащее ведение процесса. Этот подход уже прозвали «паранойей надлежащего процесса». Однако «надлежащий процесс» требует лишь предоставления разумной и равной возможности быть выслушанным. Арбитрам следует руководить разбирательством, а не играть роль «пассажиров» вплоть до слушания дела по существу. Такой контроль с их стороны не создает серьезные процессуальные риски. Следуя по этому пути, арбитраж однажды приблизится к исполнению своих обещаний, и тогда в каждом деле может действительно раскрыться «микрокосм потенциальной процессуальной реформы». Автор иллюстрирует свои идеи делами, рассмотренными английскими, французскими и американскими судами.*

*Ключевые слова: обещание от международного арбитража; заговор представителей и арбитров; ненадлежащее ведение процесса как основание для обжалования; паранойя надлежащего процесса; справедливость; принцип состязательности; ускорение арбитражного разбирательства.*



## 1. Introduction

As someone who was originally a student of history, let me begin by recalling for you the distant past. Let me take you back exactly 125 years, to a then little-heralded event that took place in cold, dark and foggy London in the year 1892, at the launch of a new institution then called the London Chamber of Arbitration: «*This Chamber is to have all the virtues that the law lacks. It is to be expedient when the law is slow, cheap where the law is costly, simple where the law is technical, a peace-maker instead of a stirrer-up of strife*»<sup>1</sup>.

It is interesting, in a revealing kind of way, to note how today these aspirations might vaguely amuse those of us who specialise in international

<sup>1</sup> E. Manson, The City of London Chamber of Arbitration, Law Quarterly Review, Vol. IX (1893), p. 86, as cited in Alan Redfern's article on the rising tide of judicialisation in international arbitration (see: A. Redfern, Stemming the Tide of Judicialisation in International Arbitration, World Arbitration & Mediation Review, Vol. 2 (2008), No. 5, p. 22).

arbitration. And that is because international arbitration today is often anything but fast, cheap and simple. It often appears to be the very opposite of peace-making.

If you ask one of my co-authors of the text book *Redfern & Hunter on International Arbitration*, Alan Redfern, about the state of arbitration today his eyes will narrow and he will talk darkly of the «rising tide of judicialisation» that is now swamping the arbitration process. My other co-author, Professor Martin Hunter, will talk even more dramatically of the *death* of the «golden age» of international arbitration.

And even those of us that could not be accused of romanticising the past must accept that something is being lost of the «promise» of arbitration. And that is because that is what our clients – the consumers of the process – are now repeatedly telling us.

So what is the promise of international arbitration, and how has it been lost?

## 2. Lost Promise

I heard someone once say that «*every arbitration can be a microcosm of potential procedural reform*». Those ten words encapsulate a powerful idea.

As a young English litigator in the mid-1990s, I watched civil procedure lumbering on with slow, microscopic incremental evolutions, punctuated by once-in-a-generation leaps forward every few decades by grace of something as revolutionary as Lord Woolf's civil procedure reforms that took place in England in the late 1990s.

In contrast, arbitration offered something altogether more exciting: constant procedural progress in each and every case, leading you closer to procedural perfection; not just in our lifetime, but by the time of our very next case.

That is the theory, but let us compare it to the modern reality of international arbitration.

In contrast, the reality of modern international arbitration might be described rather differently, as follows:

- a rigid standard-form procedure that is imposed by overly busy, unthinking arbitrators on over-busy, unthinking counsel regardless of the particular issues in dispute;
- a procedure that embraces the worst procedural traditions of all of the participants in the process; that prioritises a procedural lowest common denominator;
- a procedure that is now *all too often* punctuated throughout by the kind of lawyer excess that has been labelled *all too appropriately* as the «guerilla tactics» of international arbitration;

• and all at great expense, 10s of millions of dollars in legal fees is no longer so unusual in a single international arbitration, and all taking far too long, with half a decade no longer unusual in significant cases. I was involved in a case – not as counsel, I hasten to add – in which the fees for the liability phase alone, for one side, was over 30 million pounds.

So not so much a microcosm of potential procedural reform, as a mutation into actual procedural degeneration.

For many, that is the modern reality of international arbitration. So how can the next generation of arbitration leaders, that may include some of the people in this room, put it right?

In order to put that right, we must first identify the causes of that lost promise.

And one cannot address the subject of causes without dealing head on with a suspicion that exists amongst some users that practitioners of international arbitration – counsel and arbitrators alike – have a commercial interest in making the process as complex and as costly as possible.

For Professor Pierre Lalive, one of the late, great master-craftsmen of arbitration speaking at the beginning of that modern mutation, the conduct of arbitrations had itself become big business, and in his view this explains the increasingly expensive manner in which arbitrations are conducted.

So is there a grand conspiracy amongst the initiated?

Well you might think that you couldn't possibly expect this speaker – someone ensconced in the «big business» of arbitration for 20 years – to confirm that suspicion. And you would be right; I won't confirm it. Not because I am not willing to deal with the allegation openly, but because I think it is a misdiagnosis. I believe that it confuses cause and effect.

Arbitration *has* become big business, and that is partly the *consequence* of its modern procedural symptoms. But there is a deeper *cause* of those symptoms – less convenient, and more pervasive. And that cause is itself a consequence of arbitration's success.

As arbitration emerges from its past as a procedural exoticism to become a mainstream method for resolving international commercial disputes, so the constituency of arbitration practitioners and users has grown exponentially.

With that growth, new counsel participants in the process – often very experienced national court litigators – are importing into the process their litigation practices. They do so not self-servingly because such practices are more lucrative for counsel, but because they consider those practices to be part and parcel of doing their level best to defend their clients' interests.

And they are doing so on behalf of the second growing constituency: the constituency of users, our clients. Many of whom are themselves schooled in

court litigation practice, and are ready simply to accept those methods proposed by their counsel as being part and parcel of the best defence of their interests.

That leaves us with one constituency that hasn't grown sufficiently: the constituency of arbitrators (and that raises other problems of over-extension and unavailability that I won't discuss today). But arbitrators tend not to push back against counsel-initiated, client-supported procedural initiatives because they have been imbued with an instinct – perhaps not an unhealthy one – to defer to the parties' procedural preferences in an effort to protect the legitimacy of their process, and the enforceability of its end product – the award.

So the individual motivations of each of the participants may not be nefarious. Indeed, I might even suggest that they are individually respectable. But throw them all together, and the combined effect leads to the very opposite of the promise of a business-like method of efficient dispute resolution that international arbitration could be.

### **3. Attempts to Rediscover the «Promise»**

If those are the causes of the lost promise, let us turn next to the means by which we might address the resulting disappointment and rediscover that promise.

There are many answers to this question. Indeed, there is now an arbitration sub-industry in diagnosing and treating arbitration inefficiency.

As a result, there are multiple diagnoses and multiple treatments. But I believe that they can be reduced to one over-arching diagnosis and one over-arching treatment to my mind, and they are these.

My one over-arching diagnosis of the problem is this: the prevailing predisposition for Tribunals to prioritise consensus on issues of procedure, by trying to give both sides what they want.

- If a Claimant files a 250-page Statement of Claim, the Tribunal will neither stop it, nor direct less prolixity in future.
- If a Respondent wants five months or more to file its Statement of Defence, many tribunals will often accede to that request with little question.
- If counsel are not available for the earliest hearing date, a tribunal will usually accommodate them and look for later dates, perhaps much later, when counsel tells the Tribunal that they are available.

Why do arbitrators do this?

The cynical answer is that they are appointed by counsel and, while this fact won't impact their decision on the merits, this often does leave arbitrators reluctant to be tough with those same counsel on their general procedural requests.

The less cynical answer, which is the one I choose to focus on today, is that arbitrators are fearful of taking robust procedural decisions that deprive parties of procedural opportunities they want, for fear of giving a losing party a *due process* basis for challenging an award.

This featured in Queen Mary's International Arbitration Survey of modern perceptions of arbitration by its users and practitioners, and was labelled by it «Due process paranoia».

Now as someone once said, just because someone is paranoid, doesn't mean that they are wrong. But in this case, in most circumstances, they are wrong to be paranoid. Because «due process» requires only a reasonable and equal opportunity to be heard, not an exhaustive opportunity to determine yourself the opportunity to be heard. And awards, for the most part, will not be «set aside» or «unenforced» because Tribunals have not given a party everything it wants procedurally.

Let me recount to you a recent experience I had before the English court.

It was an experience of court derived from an arbitration which is a matter of public record so I can talk a little bit about it.

The case involved a claim brought by my clients, two independent oil companies based in the Middle East, against the Kurdistan Regional Government of the Kurdistan Region of Iraq, a semi-autonomous region that has its own constitutional capacity to enter into upstream contracts in relation to its region separate from the Federal Government of Iraq.

Without going into the details, suffice it to say for present purposes that, the KRG entirely stopped making all payments under an upstream contract entered into with my clients, which allowed it to continue to take petroleum products entirely for free, and in the process, and as it well knew, opened my clients up to the real risk of insolvency and collapse that might come about long before a final award in the arbitration.

On this basis, we applied for urgent interim relief to preserve the status quo pending a final decision on the merits, to the effect that the Tribunal order the KRG to pay an uncontroversial amount in respect of production that it was still receiving from our clients on an interim basis pending the final award.

The Tribunal ordered such interim relief, but our opponents disregarded that order, citing amongst other things that all of the spare cash it had was being used to finance the *Peshmerga* in its righteous fight against ISIS who were bearing down on the capital of the KRI in Erbil, less than 100 miles east of Mosul.

In the face of the KRG's disregard for the Tribunal's interim order, we made use of an avenue that exists under the English arbitration act to transform that order into what is called in England a «peremptory order», that if unperformed can be taken in turn to the court and transformed into, and

enforced as, a court order. A failure by our opponents to perform an English court order would, in turn, raise for them the risk of contempt in court, which was not purely academic given that some senior representatives of the KRG had sizeable private homes on the outskirts of London.

Our Tribunal followed the logic of our approach, and acceded to the transformation of their interim order into a peremptory order, and to our request that we be allowed to seek enforcement of that peremptory order before the English court.

That brings me to the English court procedure which is the purpose of this little detour.

- Because the arbitral process of making our application for interim relief, then converting it into a peremptory order, then getting approval from the Tribunal to enforce it from an English court, before we could finally enter the doorway of the English court took a period of many months.

- In comparison, the process before the court to seek to enforce our peremptory order was over in a matter of weeks.

- And that court process culminated in an email exchange between the judge and the parties during the five days before our scheduled court hearing in which the judge ordered the applicant to make its submissions on a *Tuesday*, ordered the respondent to file its response by *midday* on a *Thursday* so that he, our judge, could render his decision by close of business on that same Thursday; which is precisely what he did.

- The *logic for such expedition was that the parties*, by this time, knew their case, the facts, and their arguments, inside out. On this basis, a fair opportunity to present their respective cases could be done, in the view of the judge, within the space of a single week.

- And, in the event, the judge was right; we presented our arguments in the space of a few days, the respondent replied to those arguments in the space of less than two days, and a decision was rendered before the end of the very same week.

- Yes the submissions were shorter, but our respective opportunities to present the key arguments were not deprived, and justice was done – as it should be – swiftly.

All this happened while we waited for a final hearing in the arbitration that those court proceedings were designed only to support. Was that a lack of due process? No, both parties represented by experienced counsel had an adequate and equal opportunity to explain their position.

Would it have become a «due process» problem if it had happened in the arbitration procedure itself? I say: in precisely the same way, of course not, surely the same due process standard must apply whether it be a judicial or arbitral process.

And if you have any doubt in my confidence on this point let's look together at the decisions that exist across national courts that show how unlikely it is for a robust procedural decision to become a lack of due process.

The line is not fine, and it is not difficult to identify. Let us identify its contours by looking at a French court decision and an English court decision and a US court decision on what does and does not constitute a valid due process complaint.

First on what does constitute a valid due process complaint, we turn to the French *Cour de Cassation*, and its landmark decision in *Overseas Mining Investments Ltd. v. Commercial Carribean Nique*<sup>1</sup>.

The case involved a breach of a joint venture agreement to exploit nickel deposits in Cuba. Following the Defendant's repudiation of the joint venture, the Claimant invoked the agreement's arbitration clause and sought damages for lost profits. The Tribunal held that the Claimant was entitled to more than US\$50 million in damages. Crucially, however, in its award the Tribunal rejected the lost profits argument raised and chose to award damages based on a loss of a chance. This was a different legal basis which was neither raised nor discussed before the parties.

The French *Cour de Cassation* held that this amounted to a violation of due process, under the «principe de la contradiction», which entitles both parties must have the opportunity to present arguments on the law and facts that form the basis of the award. In this case, the Tribunal acted *sua sponte* and reached its decision on a basis that the parties were not given the opportunity to contest: «...that by failing to invite the parties to explain themselves on this point, the arbitrators have ignored the principle of contradiction...»<sup>2</sup>.

That is the *principe de la contradiction*, for which the key word is «opportunity». This focus on opportunity is echoed by the English courts and their judgment of what is *not sufficient* to amount to a valid due process complaint. And so we come to the case of *Minmetals Germany GmbH v. Ferco Steel Ltd.*<sup>3</sup>

The background to this case requires more of an explanation. It concerns a dispute over a sale contract under which the Respondent (hereinafter – Seller) agreed to sell steel components to the Claimant (hereinafter – Buyer). The

<sup>1</sup> *Overseas Mining Investments Ltd. (OMI) c/ Commercial Caribbean Niquel SA (CCN)*, Cass. 1<sup>o</sup> civ., 29 juin 2011, pourvoi n<sup>o</sup> 10-23.321, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 125 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024292579>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> «...*Qu'en omettant d'inviter les parties à s'expliquer sur ce point, les arbitres ont méconnu le principe de la contradiction...*» (Ibidem (free translation)).

<sup>3</sup> [1999] 1 All ER (Comm.) 315 <<http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/8/18550.pdf>> (last accessed – 20 February 2018).

Buyer, in turn, sold the steel components to a Chinese subsequent buyer. A dispute arose over the quality of the components delivered, the Chinese subsequent buyer rejected the goods and the Buyer initiated arbitration proceedings against the Seller in China seeking lost profits on its sub-sale.

The same Tribunal had previously arbitrated a dispute between the Buyer and the Chinese subsequent buyer. And a due process issue arose because the Tribunal referred to its award in the subsequent sale arbitration in its later award made in favour of the Buyer against the Seller. This was controversial because the subsequent sale award had not been introduced in evidence in the arbitration proceedings between the Buyer and Seller. This led to a Chinese court remitting the dispute to the Tribunal on the basis that the Seller had not been afforded the opportunity to present its views concerning the sub-sale award. In the resumed arbitration proceeding, however, the Seller did not ask to see the subsequent sale award or make any submissions on the propriety of the Tribunal's reliance on it. The second award maintained the first award.

The Seller then sought to resist recognition in the English courts of the awards on the grounds that it had been unable to present its case on the sub-sale award. The English court found that the Seller had been given the opportunity to present its case at the resumed arbitration but failed to take advantage of that opportunity. So we see that there is no lack of due process as long as a party is given an adequate opportunity to present its case. «*Where, however, the enforcee has, due to matters within his control, not provided himself with the means of taking advantage of an opportunity given to him to present his case, he does not in my judgment bring himself within that exception to enforcement under the Convention*»<sup>1</sup>.

The third case I will refer to, *Karaha Bodas v. Pertamina*, is a decision of the District Court for the Southern District of Texas<sup>2</sup>. On review, it confirms the high hurdle that rightly exists to establish a violation of due process.

This case involved a joint venture between the Claimant and the Defendant, a state-owned Indonesian oil and gas corporation, to produce and develop geothermal energy (that's volcanic energy). After the project was underway, the Indonesian government issued a decree indefinitely postponing the project. The Claimant commenced an UNCITRAL arbitration in Geneva pursuant to an arbitration clause in the joint venture, and obtained

---

<sup>1</sup> [1999] 1 All ER (Comm.) 315, p. 13 (Colman J).

<sup>2</sup> *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara (Pertamina)*, 190 F. Supp. 2d 936 (S.D. Tex. 2001) <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/190/936/2504161/>> (last accessed – 20 February 2018).

an award of over US\$260 million in damages. The Defendant then sought to resist the Claimant's attempts to enforce the award before the District Court.

For present purposes, I draw your attention to the Defendant's challenge of two procedural orders made by the Tribunal. The Defendant argued that it was not afforded due process because it was denied a request for continuance and additional discovery after the Claimant filed a rebuttal which allegedly included a new position.

The Court reviewed the authorities on due process to hold that these procedural decisions did not breach due process but fell within an arbitral tribunal's broad procedural discretion: «*The fundamental requirement of due process is the opportunity to be heard at a „meaningful time and in meaningful manner“.*

<...>

*In any event, these procedural decisions were well within the reasonable exercise of the Tribunal's discretion. These decisions did not prevent Pertamina from having a meaningful hearing. They do not rise to the level of fundamental unfairness necessary to deny enforcement of the arbitration award»<sup>1</sup>.*

So this leads to my one over-arching treatment of the problem that leads to the «lost promise of arbitration»: let not our arbitrators confuse due process for what I will call «undue process».

- The former requires only a reasonable and equal opportunity to be heard.
- The latter stops the process being what it can be, what it was meant to be; what users have a right to expect it to be.

What does this mean in concrete terms? It means:

- more frequently, our arbitrators should find themselves saying no to the parties' procedural proposals;
- more frequently, our arbitrators should find themselves imposing deadlines, imposing page-limits, imposing day limits for hearings, and enforcing those decisions when a party fails to comply;
- more frequently, our arbitrators should drive the procedure, rather than be content to be passengers until the merits hearing approaches.

Such arbitrator control of the process will not create serious due process risks.

What is more, it will not damage an arbitrator's reputation amongst appointing counsel who are increasingly frustrated by the «passenger arbitrator». Indeed, to the contrary, in my experience counsel are increasingly looking for arbitrators who will be the very opposite.

In this way, arbitration can once more fulfil its promise, so that each and every case can truly be «*a microcosm of potential procedural reform*».

---

<sup>1</sup> 190 F. Supp. 2d 936, 949, 952 (S.D. Tex. 2001) (quoting: *Iran Aircraft Indus. v. Avco Corp.*, 980 F.2d 141, 146 (2d Cir. 1992)).

## АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ СПОРОВ В СВЕТЕ РОССИЙСКОЙ КОНЦЕПЦИИ «КОНЦЕНТРАЦИИ ОБЩЕСТВЕННО ЗНАЧИМЫХ ПУБЛИЧНЫХ ЭЛЕМЕНТОВ»

**М.С. Калинин,**  
помощник юриста в практике разрешения споров,  
*Norton Rose Fulbright (Central Europe) LLP*

*Статья посвящена анализу и критике возникшей в российской судебной практике последних лет тенденции ограничения арбитрабельности со ссылкой на «концентрацию общественно значимых публичных элементов». Автор начинает с анализа сложившихся в развитых правовых порядках принципов ограничения арбитрабельности, а также обзора развития арбитрабельности в российском праве.*

*Исходя из сделанных в первой части статьи выводов, автор отстаивает тезис, согласно которому ограничение арбитрабельности со ссылкой на «концентрацию общественно значимых публичных элементов» несостоятельно и противоречит как устоявшемуся международному подходу к арбитрабельности, так и нормам и принципам российского законодательства.*

*Ключевые слова: арбитрабельность; критерии арбитрабельности; концентрация общественно значимых публичных элементов.*



## **ARBITRABILITY OF DISPUTES AND THE RUSSIAN DOCTRINE OF «CONCENTRATION OF IMPORTANT PUBLIC ELEMENTS»**

**MIKHAIL KALININ,**  
Paralegal at the Dispute Resolution Group,  
*Norton Rose Fulbright (Central Europe) LLP*

*The article scrutinises and criticises limitation of arbitrability with reference to «concentration of important public elements» that developed in Russian court practice over the last few years. The author first analyses principles for limitation of arbitrability adopted in developed jurisdictions and then provides an overview of the general trend on arbitrability in Russian law.*

*With inferences from the first part of the article in mind, the author argues that limitation of arbitrability of disputes based on the doctrine of «concentration of important public elements» is unfounded. It is suggested that the doctrine contradicts both the internationally accepted principles for limitation of arbitrability and the Russian law.*

*Keywords: arbitrability; principles of arbitrability; the doctrine of concentration of important public elements.*



## 1. Введение

В последние десятилетия во всех развитых правовых порядках наблюдается ярко выраженная тенденция к расширению сферы арбитрабельных<sup>1</sup> споров. В результате такой «смерти неарбитрабельности» почти не осталось коммерческих споров, которые нельзя было бы разрешить посредством арбитража<sup>2</sup>.

Тем не менее российская судебная практика достаточно часто и неожиданно меняется и систематически признает обширные и принципиально важные для гражданского оборота категории споров неарбитрабельными. Так, суды сначала признавали неарбитрабельными споры о правах на объекты недвижимости, а затем — корпоративные споры. Как известно, спустя несколько лет обе категории споров были признаны арбитрабельными, хотя и с рядом неоднозначных (и почти не имеющих зарубежных аналогов) ограничений в сфере корпоративных споров.

Однако двумя нападениями на арбитраж в части арбитрабельности споров суды решили не ограничиваться и с 2014 г. начали новый «крестовый поход». На этот раз неарбитрабельными были признаны споры с «концентрацией общественно значимых публичных элементов».

Как и в двух предыдущих случаях, концепция «концентрации публичных элементов» признает неарбитрабельными споры, возникающие в одной из самых обширных и важных правовых и экономических сфер. Но на этот раз судебная практика заходит на шаг дальше: ограничения не просто касаются важной сферы экономики, но совершенно непредсказуемы и «заражают» все новые виды правоотношений. Так, суды уже признавали неарбитрабельными споры, связанные с применением Лесного кодекса РФ, утратившего силу Федерального закона от 21 июля 2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» (далее — Федеральный закон о размещении заказов), федеральных законов от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (далее — Федеральный закон о концессионных соглашениях),

<sup>1</sup> Под неарбитрабельными понимаются споры, объект которых не может быть предметом арбитражного разбирательства. Используемый в России термин «(не)арбитрабельность» является калькой с английского термина «(in)arbitrability».

<sup>2</sup> См.: *Youssef K.* Chapter 3. The Death of Inarbitrability // *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (= *International Arbitration Law Library*. Vol. 19) / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (eds.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009. P. 47–68; см. также *Born G.B.* *International Commercial Arbitration*. 2<sup>nd</sup> ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. Ch. 6.

от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон об ОЭЗ), от 18 июля 2011 г. № 223-ФЗ «О закупках товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц» (далее – Федеральный закон о закупках), от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». При этом указанные федеральные законы прямо не устанавливают запрет на передачу споров в третейский суд, как того требует, например, п. 8 ч. 2 ст. 33 АПК РФ.

В настоящей работе предпринимается попытка установить политико-правовые цели признания определенных категорий споров неарбитрабельными, а также принципы проведения границы между арбитрабельными и неарбитрабельными спорами. Автор анализирует подход, устоявшийся в развитых зарубежных юрисдикциях (разд. 2), а также коротко описывает общую картину развития арбитрабельности в России (разд. 3). После этого на основании сделанных выводов подвергается критике появившаяся в российской судебной практике концепция «концентрации публичных элементов», в том числе в аспекте ее соответствия российскому праву (в частности, с учетом реформы арбитражного законодательства), а также современному подходу к ограничению арбитрабельности споров, устоявшемуся в развитых правовых системах (разд. 4).

Следует также отметить, что на момент написания настоящей статьи на изучении у судей КС РФ находится запрос № 13643/15-01/2017, направленный ВС РФ в рамках дела № А40-165680/2016<sup>1</sup>. Автор работы выражает надежду, что по результатам рассмотрения указанного запроса КС РФ положит конец очередной волне необоснованного ограничения арбитрабельности гражданско-правовых споров.

## 2. Принципы признания споров неарбитрабельными

В современном праве сложилось понимание коммерческого арбитража как альтернативного способа разрешения коммерческих споров, основанного на соглашении сторон<sup>2</sup>. Бесспорно, коммерческий арбитраж является частным институтом и не может полноценно заменить собой государственный суд. Например, не вызывает сомнений, что

<sup>1</sup> См. Определение ВС РФ от 23 октября 2017 г. № 305-ЭС17-7240 по делу № А40-165680/2016.

<sup>2</sup> См.: *Gaillard E. Legal Theory of International Arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 2010.

арбитр не может вынести приговор по уголовному делу, наложить административный штраф за нарушение антимонопольного законодательства или отменить постановление правительства<sup>1</sup>.

В качестве отправной точки начнем с рассмотрения норм Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее – Нью-Йоркская конвенция). Статья II(1) Нью-Йоркской конвенции обязывает суды передавать в арбитраж только споры из правоотношения, «*объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства*». Каждое государство само определяет сферу арбитрабельных споров<sup>2</sup> и исключает из нее споры, рассмотрение и разрешение которых является прерогативой государственных судов<sup>3</sup>. Равным образом Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже содержит положение (ст. 1(5)), в соответствии с которым он «*не затрагивает действие любого... закона... в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж*».

По мнению автора, можно выделить два взаимодополняющих фактора неарбитрабельности споров. Во-первых, спор может не попадать в очерченную законодательством сферу арбитрабельных споров (например, коммерческих споров о правах, которыми стороны могут свободно распоряжаться, заключив мировое соглашение)<sup>4</sup>. Во-вторых, в отношении определенной категории арбитрабельных по общему правилу коммерческих споров законодателем может быть сделано исключение, запрещающее их разрешение в арбитраже. Примером такого исключения служит запрет разрешения в арбитраже дел о банкротстве.

---

<sup>1</sup> См.: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 6<sup>th</sup> ed. – Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 110; *Mistelis L.A.* Chapter 1. Arbitrability – International and Comparative Perspectives. Is Arbitrability a National or an International Law Issue? // *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (= International Arbitration Law Library. Vol. 19) / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (eds.). P. 2–3.

<sup>2</sup> См.: ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges. – The Hague: ICCA, 2011. P. 63 <[http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges\\_guide\\_english\\_composite\\_final\\_jan2014.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf)> (последнее посещение – 15 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Ibid. P. 105.

<sup>4</sup> См.: *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Comparative International Commercial Arbitration. The Hague; L.; NY: Kluwer Law International, 2003. P. 194–195 (fn. 43–45); *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 110 (fn. 183).

К сожалению, исчерпывающие определения арбитрабельности почти не встречаются ни в доктрине, ни в законодательстве или правоприменительной практике. Существующие дефиниции обычно кратко описывают действие (не)арбитрабельности как принципа, но редко упоминают причины и цели признания споров неарбитрабельными. Можно привести следующие характеристики (не)арбитрабельности, встречающиеся в доктрине:

– неарбитрабельны споры, «которые в соответствии с определенным национальным правом не могут быть разрешены посредством арбитража»<sup>1</sup>;

– арбитрабельность «сводится к определению категорий споров, которые могут быть разрешены посредством арбитража, и категорий, которые относятся к исключительной компетенции судов»<sup>2</sup>;

– «ссылка на неарбитрабельность как основание для отказа по ст. V(2)(a) Нью-Йоркской конвенции доступна, когда объект спора захватывает правоотношения, подсудные исключительно судам»<sup>3</sup>;

– арбитрабельность – это «условие, при котором третейский суд может признать свою юрисдикцию»<sup>4</sup>; «определение сферы права разрешить спор в арбитраже»<sup>5</sup>.

Для целей дальнейшего анализа российского подхода к спорам с «концентрацией общественно значимых публичных элементов» ниже будет осуществлен анализ критериев и причин, по которым те или иные категории споров признавались (не)арбитрабельными в правоприменительной практике иностранных государств. При этом с учетом объема и целей настоящей работы акцент будет сделан именно на общих принципах, а не на всеобъемлющем исследовании категорий споров, арбитрабельность которых вызывает вопросы.

Именно такой подход представляется наиболее уместным с учетом того, что рассматриваемая автором концепция «концентрации общественно значимых публичных элементов» не относится к конкретной категории споров, а применяется судами, если нака-

<sup>1</sup> См.: *Born G.B.* Op. cit. P. 944.

<sup>2</sup> См.: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 109.

<sup>3</sup> См.: *ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges.* P. 104.

<sup>4</sup> См.: *Brekoulakis S.* Chapter 2: On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern // *Arbitrability: International & Comparative Perspectives* (=International Arbitration Law Library. Vol. 19) / L.A. Mistelis, S.L. Brekoulakis (eds.). P. 39.

<sup>5</sup> См.: *Youssef K.* Op. cit. P. 49.

пливается некоторая критическая масса факторов, указывающих, по мнению суда, на неарбитрабельность спора в связи с его публичной значимостью.

### **2.1. Арбитрабельность частноправовых требований**

Начнем анализ зарубежной практики с известного дела *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*<sup>1</sup>, без которого не обходится, пожалуй, ни одна работа на тему арбитрабельности. Решение Верховного суда США об арбитрабельности споров, затрагивающих антимонопольное регулирование (т.е., бесспорно, сферу права, регулиющую общественно значимые отношения), является особенно показательным, поскольку в нем подробно анализируются аргументы как за, так и против признания таких «общественно значимых» споров арбитрабельными.

В рассматриваемом деле стороны договорились о передаче разногласий в арбитраж, администрируемый основанным в Японии арбитражным учреждением, а также подчинили основное соглашение праву Швейцарии. Заявитель в американских судах — компания *Soler* — утверждала, что избранный ею способ защиты (требование о выплате особого вида убытков за нарушение антимонопольного регулирования) основан на антимонопольном законодательстве США и может быть применен только судами США.

Суд первой инстанции не согласился с доводами о неарбитрабельности и направил стороны в арбитраж, однако Апелляционный суд первого округа США отменил это решение. Апелляционная инстанция сочла, что арбитрабельность любых антимонопольных споров исключена, и применила так называемую доктрину «американской безопасности»<sup>2</sup>.

Апелляционный суд второго округа, сформировавший эту доктрину, указал, что антимонопольные споры неарбитрабельны по следующим четырем причинам: в качестве первой причины указывались существенная роль антимонопольного регулирования и его влияние на экономику государства; второй — потенциальное принуждение более слабой стороны к подписанию арбитражной оговорки, вклю-

---

<sup>1</sup> 473 U.S. 614 (1985).

<sup>2</sup> Эта доктрина была разработана в рамках дела, в котором участвовала компания с наименованием «American Safety Equipment», которое было сокращено до слов «American Safety» («американская безопасность») (см.: *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., Inc.*, 391 F.2d 821 (2d Cir. 1968)).

ченной в договор присоединения; третьей причиной была названа потенциальная сложность споров, затрагивающих вопросы антимонопольного законодательства; наконец, в качестве четвертой причины суды ссылались на потенциальную некомпетентность абстрактного состава третейского суда, состоящего из частных лиц, назначенных для разрешения спора.

Решение Апелляционного суда вызвало бурную реакцию международного арбитражного сообщества<sup>1</sup>. В итоге за рассмотрение дела *Mitsubishi* взялся Верховный Суд США, решение которого можно условно поделить на две части. Первая состоит из критики доктрины «американской безопасности», а вторая сравнивает преимущества и риски признания споров, затрагивающих антимонопольное регулирование, арбитрабельными.

Критикуя перечисленные Апелляционным судом причины признания спора неарбитрабельным, Верховный суд:

– сослался на неоправданность презумпции принуждения к заключению арбитражного соглашения и указал, что принуждение – вопрос действительности самого соглашения, а не арбитрабельности охватываемых им споров;

– указал на необоснованность презумпции сложности антимонопольных споров и невозможности их разрешения арбитрами;

– отверг предположение, что для разрешения возникшего спора стороны назначат некомпетентных или предвзятых арбитров.

Единственным фактором, который не вызвал у Верховного суда однозначное отторжение, была признанная им важность антимонопольного регулирования для экономики государства. Тем не менее Суд указал, что сам факт важности антимонопольного законодательства не делает связанный с ним спор неарбитрабельным, и подчеркнул, что арбитраж дает возможность разрешить требования о возмещении убытков, основанные на положениях антимонопольного регулирования.

Делая такой вывод, Суд прямо указал на преобладающее значение политики поощрения международного арбитража с учетом его особой роли для международных коммерческих отношений и важности принуждения их сторон к исполнению заключенных ими соглашений. Он также учел отсутствие какого-либо запрета, установленного

<sup>1</sup> В частности, в адрес Верховного суда США поступили обращения (*amicus curiae*) от Международной торговой палаты и Международного центра по урегулированию инвестиционных споров.

Конгрессом, на передачу соответствующего спора в арбитраж. Кроме того, Суд сослался на возможность контроля за решением арбитража на стадии его исполнения: по мнению Верховного суда, на данной стадии суды без оценки и пересмотра решения арбитража по существу должны убедиться в том, что его исполнение не нарушит публичный порядок США.

Другим показательным делом является спор, недавно разрешенный Верховным судом Канады<sup>1</sup>. Стороной спора выступал потребитель, ссылавшийся на невозможность предъявления в арбитраж классового иска потребителей и навязанность арбитражной оговорки в рамках договора присоединения. Верховный суд Канады отверг доводы потребителя и указал, что арбитражное соглашение в добровольно заключенном договоре (пусть даже и договоре присоединения) является действительным, после чего перешел к аргументу о невозможности предъявления классового иска потребителей в третейский суд.

Верховный суд Канады отверг и этот довод, используя при этом один из выводов Верховного суда США по делу *Mitsubishi*. Так, Суд указал на широкие полномочия третейского суда и возможность удовлетворения им заявленных потребителем требований, из чего сделал вывод об отсутствии оснований для ограничения арбитрабельности рассматриваемого спора. Кроме того, Верховный суд Канады, как и американские суды, счел, что для ограничения арбитрабельности необходим прямой законодательный запрет, а не абстрактные ссылки на важность или сложность спора<sup>2</sup>.

Аналогичный подход сложился и во Франции, где суды неоднократно признавали арбитрабельность частноправовых требований, связанных с антимонопольным регулированием и возникших из нарушения антимонопольного или другого публичного законодательства. При этом французские суды также проводят границу арбитрабельности между частными требованиями, которые могут быть удовлетворены составом третейского суда, и публичными полномочиями судов<sup>3</sup>. В частности, Апелляционный суд Парижа указал, что состав третейского суда не может запретить антиконкурентную деятельность на основании ст. 85 Договора о функционировании

---

<sup>1</sup> См.: *Seidel v. TELUS Commc'ns Inc.*, 2011 SCC 15 (Can.).

<sup>2</sup> См.: *Éditions Chouette (1987) Inc. v. Desputeaux*, 2003 SCC 17 (Can.).

<sup>3</sup> См.: *Société Labinal c/ Sociétés Mors et Westland Aerospace*, CA Paris, 1<sup>o</sup> ch., 19 mai 1993, Rev. arb. 1993, p. 645, 650, note Ch. Jarrosson.

Европейского Союза (Рим, 25 марта 1957 г.)<sup>1</sup>, поскольку компетенцией в этой области обладает Европейская Комиссия, однако может удовлетворить частноправовые требования о компенсации убытков, возникших в связи с нарушением<sup>2</sup>. Указанный подход был окончательно закреплен решением Кассационного суда Франции в 2008 г.<sup>3</sup>

Равным образом на фоне расширения арбитрабельности и другие споры, затрагивающие общественно значимое регулирование, признаются в ведущих зарубежных юрисдикциях арбитрабельными.

Например, споры из отношений в области государственных закупок — одна из основных категорий споров, в которых российские суды разглядели «концентрацию общественно значимых публичных элементов», — признаются арбитрабельными в развитых зарубежных юрисдикциях. При этом в отдельных правовых порядках встречаются определенные особенности регулирования, однако в целом вопрос арбитрабельности как таковой не встает в принципе. Об этом свидетельствует в том числе и то, что государственные закупки не упоминаются в крупных трудах по арбитрабельности наряду с другими сферами правоотношений.

В США возможность передачи в арбитраж споров, возникающих из государственных закупок (*government contract*), установлена законом (однако признается судебный контроль за соблюдением императивных норм законодательного регулирования закупок)<sup>4</sup>. Во Франции государственные контракты арбитрабельны в международном контексте, а редкие правовые вопросы возникают лишь в части подведомственности заявлений об исполнении и отмене решений, вынесенных по таким спорам<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> В действующей редакции Договора — ст. 105.

<sup>2</sup> См.: *Société Aplix c/ Société Velcro*, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 14 octobre 1993, Rev. arb. 1994, p. 164, note Ch. Jarrosson.

<sup>3</sup> См.: *Société SNF c/ Société Cytec Industries BV*, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 4 juin 2008, pourvoi n<sup>o</sup> 06-15.320, Bull. civ. I, n<sup>o</sup> 162, D. 2008, p. 2560, obs. S. Bollée, Rev. arb. 2008, p. 473.

<sup>4</sup> См.: Contract Disputes Act, sec. 6(d); Administrative Dispute Resolution Act, secs. 4, 6.

<sup>5</sup> См.: *Syndicat mixte des aéroports de Charente c/ sociétés Ryanair Limited et Airport Marketing Services Limited*, TC, 24 avril 2017, n<sup>o</sup> 4075 <[http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/4075\\_Commentaire\\_commentaire\\_tc\\_4075.pdf](http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/4075_Commentaire_commentaire_tc_4075.pdf)> (последнее посещение — 15 февраля 2018 г.); *Foxmax LNG*, CE Ass., 9 novembre 2016, n<sup>o</sup> 388806 <<https://www.legifrance.gouv.fr/af-fichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000033364623>> (последнее посещение — 15 февраля 2018 г.).

Аналогичный путь прошел вопрос арбитрабельности и тех споров, в которых стороны либо факты свидетельствуют о возможном коррупционном элементе или нарушениях императивных норм, хотя предотвращение коррупции, безусловно, является важнейшей функцией государства. Еще несколько десятилетий назад заявление о коррупции убедило известного шведского судью и арбитра Гуннара Лагергрена отказать в рассмотрении спора<sup>1</sup>. Однако со временем практика кардинально изменилась, и сейчас арбитрабельность таких споров не вызывает сомнений<sup>2</sup>.

Описанный выше подход, принятый в развитых зарубежных юрисдикциях, показывает, что частноправовые требования должны признаваться арбитрабельными, даже если они связаны с важным публичным регулированием. При этом большинство аргументов за неарбитрабельность (потенциальное принуждение к заключению арбитражного соглашения или потенциальная некомпетентность состава третейского суда) вовсе не относятся к арбитрабельности, тогда как другие основаны исключительно на недоверии к арбитражу как способу разрешения споров<sup>3</sup>.

Так, принуждение к заключению соглашения должно оцениваться со стороны действительности арбитражного соглашения по общим правилам действительности сделок, а предвзятость арбитров или другие процессуальные нарушения — через призму процессуальных оснований для отказа в признании решения.

Наконец, важность той или иной отрасли права для публичного порядка государства сама по себе не должна приводить к неарбитрабельности спора. Соответствующие нарушения должны рассматриваться на стадии признания решения в отношении имеющегося противоречия публичному порядку, а не в контексте потенциальной абстрактной ошибки арбитров в применении нормы, якобы более важной, чем другие.

Показательной является такая оценка международной тенденции к либерализации арбитрабельности: «...с коллапсом доктрины неарби-

---

<sup>1</sup> См.: *Gillis Wetter J. Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110 // Arbitration International. 1994. Vol. 10. Issue 3. P. 293.*

<sup>2</sup> См.: *Born G.B. Op. cit. P. 990.*

<sup>3</sup> См.: *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — The Hague; L.; NY: Kluwer Law International, 1999. Para. 562; Youssef K. Op. cit. P. 50–51.*

трабильности сфера арбитража существенно расширилась и включает... требования, основанные на императивных нормах законодательства, имеющие важные социальные последствия. На сегодняшний день рассмотрение споров, связанных с публичным порядком... стало рутинной для арбитров»<sup>1</sup>.

## **2.2. Неарбитрабельность споров, которые невозможно эффективно разрешить в арбитраже**

Важный критерий, часто определяющий неарбитрабельность споров, — практическая нецелесообразность (или даже невозможность) разрешения определенной категории споров в арбитраже. Такой фактор проявляется в первую очередь в контексте признанной в большинстве юрисдикций неарбитрабельности дел о банкротстве, основной целью которого (в случае невозможности восстановления платежеспособности должника) является распределение активов должника. Раздельное разрешение требований множества кредиторов и их правильное удовлетворение в отдельных независимых процессах попросту не представляется возможным. При этом для достижения целей конкурсного производства необходимо обеспечить доступ в процесс всех кредиторов должника и публичность информации о начале процедуры банкротства<sup>2</sup>.

Другая категория дел, чаще всего признаваемых неарбитрабельными, — дела по спорам о регистрации и действительности патентов<sup>3</sup>. Как и в случае с банкротством, сведения о таком процессе должны быть публичными, и любое третье лицо, считающее себя действительным правообладателем, должно иметь право на участие в процессе.

Встречается и другой (менее однозначный) пример споров, разрешение которых может быть менее эффективно в арбитраже, — споры о решениях общих собраний акционеров<sup>4</sup>. Действительно, разрешить такой спор между обществом и одним из его акционеров или между частью акционеров достаточно проблематично, если вообще воз-

<sup>1</sup> См.: *Brekoulakis S.* The Protection of the Public Interest in Public Private Arbitrations (8 May 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/05/08/the-protection-of-the-public-interest-in-public-private-arbitrations/>> (последнее посещение — 15 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> См., например: *Born G.B.* Op. cit. P. 997.

<sup>3</sup> См., например: *Brekoulakis S.* Chapter 2: On Arbitrability: Persisting Misconceptions and New Areas of Concern. P. 44.

<sup>4</sup> См.: *Ibid.* P. 31.

можно. Однако в отношении такой категории отсутствует второй фактор, присущий производству по делам о банкротстве или регистрации патента: круг участников юридического лица (по крайней мере непубличного акционерного общества) в большинстве случаев можно определить заранее, и все они могут заключить между собой арбитражное соглашение<sup>1</sup>.

### **2.3. Арбитрабельность споров с участием публичных субъектов**

Еще один фактор неарбитрабельности, на который часто ссылаются российские суды, — участие в правоотношениях публичного субъекта. Однако в развитых правовых системах международные коммерческие споры с участием публичных образований встречаются регулярно. Международный коммерческий арбитраж нередко используется как метод разрешения споров, возникающих из коммерческих отношений между государствами и частными лицами — контрагентами таких государств или государственных компаний. Статистика Международной торговой палаты (МТП) свидетельствует, что в более чем 10 % споров (т.е. в более чем 300 делах каждый год), рассматриваемых Международным арбитражным судом МТП, участвуют государства или государственные компании<sup>2</sup>.

Заключение арбитражного соглашения при ведении крупных международных проектов для государства часто является необходимым: только при таком условии в проект согласятся вступить крупные и профессиональные контрагенты. Например, в одном из решений по делу с участием публичного субъекта, развивающих аналогичную практику Кассационного суда Франции, Апелляционный суд Руана подчеркнул, что *«вся сделка очевидно не была бы заключена без... арбитражной оговорки»*<sup>3</sup>.

Как известно, в частнопроводных отношениях государство и государственные образования выступают на равных началах с частными

---

<sup>1</sup> К слову, реформированное российское законодательство разрешает указанную проблему именно требованием заключения общего арбитражного соглашения (см. ст. 225.1 АПК РФ).

<sup>2</sup> См.: 2014 ICC Dispute Resolution Statistics // ICC Dispute Resolution Bulletin. 2015. Issue 1.

<sup>3</sup> Цит. по: *Gaillard E. Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunity from Execution and Autonomy of State Entities – Three Incompatible Principles // State Entities in International Arbitration (= IAI Series on International Arbitration. No. 4) / E. Gaillard, J. Younan (eds.). – NY: Juris Pub., 2008. P. 180.*

лицами: обычно признается, что государство выступает в гражданском обороте в роли юридического лица<sup>1</sup>.

#### **2.4. Арбитрабельность в контексте международных споров**

Важной особенностью арбитража является широко признанный более либеральный подход к арбитрабельности в международном контексте. Такой подход объясняется именно международным характером отношений, поскольку единственной альтернативой наиболее широкой арбитрабельности споров часто было бы неэффективное ведение множества параллельных процессов в судах разных государств, что также приводило бы к противоречащим решениям и попыткам *forum shopping*<sup>2</sup>.

#### **2.5. Выводы касательно принципов признания споров неарбитрабельными**

На основании вышеизложенного можно сделать следующие выводы. Во-первых, по мере повышения доверия к арбитражу в развитых юрисдикциях неарбитрабельность стала применяться лишь в исключительных случаях, а аргументы о возможной несправедливости или некомпетентности состава третейского суда отвергаются судами. Арбитрабельными признаются те требования, в отношении которых третейский суд может вынести обязательное для сторон решение, даже если такие требования затрагивают или основаны на публичном регулировании. Редкие ограничения арбитрабельности в связи с публичным интересом основаны исключительно на прямом законодательном исключении, которое должно однозначно определять узкие категории неарбитрабельных споров; абстрактные ссылки на публичную значимость, сложность спора или участие публичного субъекта недостаточны для признания его неарбитрабельным.

Во-вторых, неарбитрабельными остаются те редкие категории коммерческих споров, которые не могут быть разрешены посредством арбитража как частноправовой альтернативы судебному разбирательству. Таковыми являются требования, основанные на исключительных полномочиях органов государственной власти (например,

<sup>1</sup> Аналогичный подход принят и в ГК РФ (см. п. 2 ст. 124).

<sup>2</sup> См.: *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506 (1974); *Lew J.D.M., Mistelis L.A., Kröll St.M.* Op. cit. P. 199; ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges. P. 104; *Mistelis L.A.* Op. cit. Paras. 1-24, 1-50; *Born G.B.* Op. cit. P. 957-958.

подтверждение сделки по слиянию двух компаний с точки зрения антимонопольного регулирования), и требования, которые не могут быть разрешены в арбитраже в силу его договорной природы (такие как дела о банкротстве и споры по установлению патентообладателя).

Наконец, в-третьих, в отношении споров с международным элементом как положения Нью-Йоркской и Европейской<sup>1</sup> конвенций, так и условия коммерческих трансграничных отношений требуют от правоприменителей установить максимально либеральный подход к арбитрабельности международных коммерческих споров.

### **3. Арбитрабельность в российском праве**

Концепция арбитрабельности в российском праве (пусть и с задержкой) эволюционирует в том же направлении, что и в зарубежных юрисдикциях.

#### ***3.1. Развитие понятия арбитрабельности в российском праве***

На настоящий момент российская практика, как и ранее практика в развитых зарубежных юрисдикциях, прошла через ряд попыток судов существенно ограничить арбитрабельность тех или иных споров, однако в обоих основных случаях она возвращалась в правильное русло.

Так, до 2011 г. судебная практика считала неарбитрабельными споры о недвижимости. При этом суды тоже ссылались на наличие якобы публичного элемента в этих правоотношениях — необходимость внесения государственным органом изменений в государственный реестр недвижимости<sup>2</sup>. Этот порочный подход судебной практики был исправлен сначала известным Постановлением КС РФ от 26 мая 2011 г. № 10-П (далее — Постановление № 10-П), а недавно и вовсе прямым законодательным дозволением вносить изменения в государственные реестры на основании признанных государственными судами арбитражных решений (ст. 43 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» (далее — Федеральный закон об арбитраже)).

---

<sup>1</sup> Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.).

<sup>2</sup> См., например, определения ВАС РФ от 20 мая 2010 г. № ВАС-3977/10 по делу № А63-14448/2009, от 28 мая 2008 г. № 5520/08 по делу № А72-4942/07-27/306.

Еще один пример (относительной) либерализации арбитрабельности в России – корпоративные споры, которые преобладающей судебной практикой признавались неарбитрабельными<sup>1</sup>. Недавняя реформа арбитражного законодательства, хотя и поставила ряд жестких условий и требований, дозволила передачу в арбитраж почти всех корпоративных споров, возникающих из частноправовых требований (ст. 33, 225.1 АПК РФ). Единственным существенным исключением все еще остается неарбитрабельность корпоративных споров в отношении *«обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»* (п. 3 ч. 2 ст. 225.1 АПК РФ). Представляется, что такой подход вызван остаточными элементами недоверия к арбитражу, а также, вероятно, негативным опытом участия государства в серии арбитражных разбирательств с бывшими акционерами ЮКОСа.

Недавними изменениями, внесенными в российские процессуальные кодексы, были предусмотрены списки неарбитрабельных споров (ч. 2 ст. 33 АПК РФ и ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ). Каждый из таких списков сам по себе не является закрытым; вместе с тем устанавливается, что арбитрабельность может быть ограничена только *«в случаях, прямо предусмотренных федеральным законом»* (п. 8 ч. 2 ст. 33 АПК РФ и п. 10 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ). При этом важно, что законодатель прямо подчеркивает закрытый характер перечней неарбитрабельных споров и стремление к максимальному расширению сферы арбитрабельности<sup>2</sup>.

Действительно, за исключением споров из правоотношений государственных закупок, неарбитрабельными признаются лишь те споры, которые не являются частноправовыми (споры из административных и публичных правоотношений, споры о возмещении вреда, причиненного окружающей среде, истцом по которым в силу закона

<sup>1</sup> См. Определение ВАС РФ от 30 января 2012 г. № ВАС-15384/11 по делу № А40-35844/2011-69-311.

<sup>2</sup> Например, именно так заместитель министра юстиции РФ Ю.С. Любимов анонсировал проект на первом чтении в Государственной Думе РФ: *«устранение неопределенности законодательного регулирования арбитрабельности споров по отношению к государственным судам»*; *«...законопроектами определяется общий подход в отношении споров, которые могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, так называемых арбитрабельных споров, с одновременным определением закрытого перечня споров, которые не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда, то есть неарбитрабельных споров»* (фрагмент стенограммы заседания 245 (1 июля 2015 г.) <<http://sozd.parlament.gov.ru/bill/788159-6>> (последнее посещение – 15 февраля 2018 г.)).

выступает прокурор<sup>1</sup>). К неарбитрабельным спорам по-прежнему отнесены дела о банкротстве (практически неразрешимые в арбитраже) и, например, дела по установлению фактов, имеющих юридическое значение.

### **3.2. Критерий разграничения публичных и частных правоотношений**

В российской правовой доктрине основным критерием разграничения публичных и частных правоотношений является метод правового регулирования. В гражданско-правовых (частных) правоотношениях субъекты выступают в качестве равных субъектов, отношения между которыми складываются по принципу координации (согласования). Напротив, публично-правовые отношения складываются по принципу субординации (подчинения), когда публичный субъект стоит над частным субъектом, устанавливая правила обязательного поведения<sup>2</sup>.

Резюмируя, можно прийти к выводу, что в российском праве сложилась тенденция, в целом схожая с зарубежной: неарбитрабельными в основном признаются либо публичные (некоммерческие) споры, либо споры, которые процессуально невозможно разрешить в арбитраже. Арбитрабельность других категорий споров, пусть даже значимых, законодатель поступательно стремится либерализовать.

## **4. Концепция «концентрации общественно значимых публичных элементов»**

Несмотря на общую позитивную тенденцию расширения сферы арбитрабельности, в 2013–2014 гг. в российской судебной практике сформировались новая категория споров, которые суды сочли неарбитрабельными. Неарбитрабельность обосновывалась «концентрацией общественно значимых публичных элементов».

---

<sup>1</sup> См. ниже п. 4.5.

<sup>2</sup> См.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / Отв. ред. Е.А. Суханов. 4-е изд., стереотип. — М.: Статут, 2016. С. 57–58 (автор гл. 1 — Е.А. Суханов). Подробный анализ разграничения публичных и частных правоотношений в контексте арбитрабельности споров по российскому праву произведен в Экспертном заключении проф. А.В. Асоскова в связи с разбирательством об аннулировании решений третейского суда, вынесенных по делам ППТС № АА226, АА227 и АА228 (см.: <[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4154\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4154_0.pdf)> (последнее посещение — 15 февраля 2018 г.)).

#### **4.1. История возникновения и развития концепции «концентрации публичных элементов»**

Было бы неверно утверждать, что идея неарбитрабельности споров из гражданских правоотношений с некоторым элементом государственного интереса возникла в 2014 г. Так, еще в 2012 г. со схожей мотивировкой Президиум ВАС РФ признал неарбитрабельность инвестиционного контракта.

В Постановлении от 3 апреля 2012 г. № 17043/11 по делу № А41-29131/10 Президиум ВАС РФ перечислил ряд предусмотренных инвестиционным контрактом обязательств муниципального образования (в том числе *«передать обществу в установленном порядке земельный участок и находящиеся на нем здания и сооружения»* и *«не осуществлять с момента подписания контракта [отчуждение] жилых и нежилых площадей»*)<sup>1</sup>.

Далее Президиум указал, что такие обязательства *«являются публично-правовыми и непосредственно связаны с выполнением органами муниципального образования властно-распорядительных функций»*, т.е. требования *«вытекают из публично-правовых отношений, поэтому... не подлежат рассмотрению третейским судом»*.

Однако «кристаллизовалась» данная концепция в двух делах, рассмотренных Президиумом ВАС РФ почти одновременно: по спору, возникшему из отношений государственных закупок (Постановление от 28 января 2014 г. № 11535/13 по делу № А40-148581/12, А40-160147/12 («Арбатстрой») (далее – Постановление № 11535/13)), и спору из договора аренды лесных участков (Постановление от 11 февраля 2014 г. № 11059/13 по делу № А26-9592/2012 («Форест-групп») (далее – Постановление № 11059/13)).

Позже она неуклонно поддерживалась определениями ВС РФ<sup>2</sup> и на момент написания статьи «заразила» также правоотношения, связанные с федеральными законами о концессионных соглашениях,

<sup>1</sup> Казалось бы, обычные гражданско-правовые обязательства совершать одни действия с имуществом, воздерживаясь при этом от совершения других действий с ним. Кроме того, требования, удовлетворенные отмененным решением третейского суда, не выходили за рамки обычных требований, предусмотренных ГК РФ: расторжение контракта, взыскание реального ущерба и упущенной выгоды.

<sup>2</sup> См. определения ВС РФ от 3 марта 2015 г. по делу № 305-ЭС14-4115, А41-60951/13, от 28 февраля 2017 г. № 305-ЭС17-5 по делу № А40-2650/2016. При этом показательно, что как в деле, рассмотренном Президиумом ВАС РФ, так и в большинстве других дел сторонами, ходатайствовавшими об отмене решений третейских судов, выступали именно частные, а не публичные субъекты.

об ОЭЗ и о закупках. При этом автоматический поиск по словосочетанию «концентрация общественно значимых публичных элементов» позволяет найти более 250 судебных актов, из которых около половины вынесены в 2017 г.<sup>1</sup>

#### **4.2. Содержание концепции «концентрации публичных элементов»**

В рассмотренном Президиумом ВАС РФ деле с участием ООО «Арбатстрой» частный подрядчик заключил в порядке открытого аукциона в соответствии с Федеральным законом о размещении заказов контракт с государственным казенным учреждением здравоохранения. Проиграв процесс в третейском суде, подрядчик подал заявление об отмене решения третейского суда. Президиум ВАС РФ согласился с требованиями подрядчика и отменил решение третейского суда, ссылаясь на совокупность нескольких оснований.

Во-первых, Суд фактически признал арбитражное соглашение действительным со ссылкой на п. 3 ст. 5 действовавшего в тот момент Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон о третейских судах). Указанный пункт запрещал включать арбитражные оговорки в договоры присоединения, и был применен Судом, потому что механизм заключения контракта в порядке открытого аукциона идентичен подписанию договора присоединения.

Во-вторых, Президиум указал на «непрозрачность», подозрительность и «немотивированность» выбора государственным предприятием третейского суда, организованного незадолго до заключения контракта с подрядчиком и рассматривавшего преимущественно споры между государственным предприятием и его контрагентами.

В-третьих, Президиум сослался как минимум на пять особенных обстоятельств, формировавших, по его мнению, концентрацию общественно значимых публичных элементов и влекших признание спора неарбитрабельным. Концентрация публичного интереса была выведена из характера контракта – его заключения публичным лицом, в публичных интересах и при публичном финансировании из бюджета.

Другими факторами были:

- императивный характер регулирования государственных закупок;
- невозможность третейского суда признать размещение заказа недействительным;

---

<sup>1</sup> Автором использован автоматический поиск сервиса *Caselook* (<<https://caselook.ru/>> (последнее посещение – 15 февраля 2018 г.)) по арбитражным судам всех инстанций.

- непрозрачность арбитражного разбирательства, якобы противоречащая принципам отношений государственных закупок;
- менее формальный процесс доказывания;
- необходимость уплаты третейского сбора, потенциально повышающая издержки на ведение процесса в сравнении с размерами государственной пошлины.

Наконец, Президиум указал, что применимое законодательство, регулирующее отношения в сфере государственных закупок, не содержит нормы, позволяющей передачу спора в третейские суды, но лишь ссылки на необходимость разрешения споров в судебном порядке.

Перечислив приведенные выше факторы, Президиум пришел к достаточно сомнительному выводу об одновременной недействительности арбитражной оговорки и неарбитрабельности всех охватываемых ею споров, а также заключил, что сам факт рассмотрения такого спора третейским судом нарушает публичный порядок России. При этом он никак не объяснил, на каком именно основании сделан каждый из указанных выводов, мотивировав все три ссылкой на совокупность описанных факторов.

#### ***4.3. Критика «концепции концентрации публичных элементов»***

Представляется, что первые два довода — о заключении арбитражного соглашения в порядке присоединения<sup>1</sup> и о заключении арбитражного соглашения в пользу третейского суда, который не мог гарантировать справедливость разбирательства, — действительно могли быть надлежащим основанием для оспаривания арбитражного соглашения. Вместе с тем очевидно, что связаны они не с проблемой арбитрабельности, а с вопросами действительности арбитражного соглашения и независимости третейского суда.

Тем не менее остальные аргументы не выглядят обоснованными. Наиболее противоречивым представляется вывод о нарушении публичного порядка России самим фактом рассмотрения спора из государственного контракта третейским судом, поскольку нарушать публичный порядок может лишь арбитражное решение<sup>2</sup> (или, точнее, последствия его признания<sup>3</sup>). При этом публичному порядку не может

<sup>1</sup> В соответствии с действовавшей на тот момент нормой п. 3 ст. 5 Федерального закона о третейских судах.

<sup>2</sup> См. ст. V(2)(b) Нью-Йоркской конвенции.

<sup>3</sup> См., например, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 г. № 156.

противоречить сам процесс разрешения спора третейским судом, который может включать в себя рассмотрение возражений ответчика против его юрисдикции с последующим отказом третейского суда признать свою компетенцию, основанным на недействительности арбитражного соглашения или выводе о неарбитрабельности спора.

Однако важнее всего тот факт, что перечисленные Президиумом «особенные» обстоятельства не могут приводить к неарбитрабельности спора. Как было указано выше, в праве развитых зарубежных юрисдикций, равно как и в российском праве, для оценки арбитрабельности спора следует оценивать характер требования, а не его абстрактную «важность» или основание (договор, гражданское законодательство или регулирование, содержащее императивные нормы).

Как следует из судебных актов по анализируемому делу, резолютивная часть отмененного Президиумом ВАС РФ решения третейского суда содержала единственный пункт – о взыскании с подрядчика в пользу государственного заказчика установленной договором неустойки<sup>1</sup>. При этом очевиден и не поддается сомнению факт исключительно гражданско-правового характера требования о взыскании договорной неустойки (п. 1 ст. 330 ГК РФ).

#### ***4.4. Политико-правовая несостоятельность «концепции концентрации публичных элементов» и влияние реформы арбитражного законодательства***

Важно, что концепция «концентрации публичных элементов» была несостоятельна с момента ее появления в практике ВАС РФ. Она противоречила существовавшей еще до реформы норме, в соответствии с которой неарбитрабельным признавался лишь тот спор, который *«в соответствии с федеральным законом не может быть предметом третейского разбирательства»*<sup>2</sup>. С указанной нормой согласуется и позиция КС РФ, указывавшего в контексте арбитрабельности споров о недвижимости на необходимую *«тенденцию к упрочению демократических начал правосудия»*, основанную на закрепленном в ст. 55 (ч. 3) Конституции РФ запрете на необоснованное ограничение прав<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Стоит отметить, что, хотя размер и характер неустойки не могут влиять на квалификацию спора в качестве (не)арбитрабельного, ссылки на штрафной характер неустойки в судебных актах отсутствуют.

<sup>2</sup> Пункт 2 ст. 42 Федерального закона о третейских судах.

<sup>3</sup> Пункт 3.3 Постановления № 10-П.

Кроме того, данная концепция не приводила каких-либо четких критериев определения арбитрабельных споров, что впоследствии привело к неконтролируемому учащению ссылок на неарбитрабельность и вызвало правовую непредсказуемость в ее применении судами<sup>1</sup>.

К сожалению, критикуемая практика не только не ушла в прошлое, но и усилилась. Это противоречит как букве, так и духу современного российского арбитражного законодательства. Так, п. 8 ч. 2 ст. 33 АПК РФ устанавливает, что споры считаются неарбитрабельными только «в случаях, прямо предусмотренных федеральным законом».

Кроме того, из норм реформированного арбитражного законодательства следует, что законодатель стремится избежать излишних ограничений арбитрабельности. В частности, п. 6 ч. 2 ст. 33 АПК РФ фактически подтверждает гражданско-правовой характер и арбитрабельность споров, возникающих из более «строгих» отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд.

Хотя на данный момент указанная категория споров не является арбитрабельной, запрет перестанет применяться со дня вступления в силу закона, определяющего постоянно действующее арбитражное учреждение по администрированию споров в сфере контрактной системы. Таким образом, споры в сфере контрактной системы отнесены законодателем к гражданско-правовым и арбитрабельными — с учетом временного ограничения, вызванного недоверием к абстрактным (не определенным законом) арбитражным учреждениям.

Важно учитывать, что реформа арбитражного законодательства уже ввела жесткие требования к получению разрешения для администрирования арбитражного разбирательства, призванные обеспечить доверие судов и пользователей к арбитражу, а законодательный запрет на передачу в арбитраж споров, содержащих «концентрацию публичных элементов», отсутствует<sup>2</sup>.

Поскольку как подход развитых юрисдикций, так и реформированное арбитражное законодательство России позволяют ограничения арбитрабельности только при условии «*прямо предусмотренного*» (!)

<sup>1</sup> См.: *Беляева О.А., Габов А.В.* Арбитрабельность споров, возникающих в сфере закупок // Журнал российского права. 2017. № 5. С. 50.

<sup>2</sup> За исключением временного запрета на передачу в арбитраж споров, возникающих из отношений, регулируемых законодательством Российской Федерации о контрактной системе.

законодательного запрета, изначально несостоятельная концепция «концентрации публичных интересов» в настоящий момент прямо нарушает норму федерального законодательства.

#### **4.5. Критика конкретных «публичных элементов»**

Равным образом при более детальном рассмотрении приведенных Президиумом ВАС РФ факторов можно сделать лишь один вывод: ни один из них не должен являться основанием для признания спора неарбитрабельным.

Так, участие в частных правоотношениях публичного лица является обычным для гражданского оборота, а ГК РФ (п. 1 ст. 124) прямо устанавливает, что публичные субъекты участвуют в гражданском обороте *«на равных началах с иными участниками»* гражданского оборота – гражданами и юридическими лицами. Более того, сам Президиум ВАС РФ указывал, что *«участие [публичного субъекта] в договорных правоотношениях само по себе не меняет их гражданско-правовую природу на публично-правовую»*<sup>1</sup>.

Ссылка на потенциальные издержки бюджета, вызванные третейским сбором, полностью несостоятельна. Во-первых, (в условиях нормального арбитражного разбирательства), более высокие издержки в виде арбитражного сбора объясняются повышенным качеством рассмотрения спора сторон, возможностью для них избрать специалистов в соответствующей сфере права и многими другими преимуществами арбитража, которыми и объясняется его популярность. Во-вторых, издержки в виде арбитражного сбора сложно назвать непропорциональными. Для наглядности можно привести дело АО «Особые экономические зоны», в котором ВС РФ усмотрел нарушение публичного интереса в издержках на арбитражный сбор<sup>2</sup>. Из судебных актов следует, что сбор Третейского суда при Фонде «Право и экономика ТЭК» составил 1,5 млн руб. при удовлетворенных требованиях в размере 430 млн руб., т.е. 0,0035 (0,35 %) от их суммы. Наконец, расходы на ведение спора, понесенные лицом, получавшим средства из бюджета, не могут быть признаны расходом бюджетных средств. В большинстве случаев стороны спора будут распоряжаться не бюджетными средствами, а своим собствен-

---

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 3 апреля 2012 г. № 17043/11 по делу № А41-29131/10.

<sup>2</sup> См. Определение ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014.

ным имуществом. Денежные средства предоставляются не напрямую, а, например, через гражданско-правовой институт членства в юридическом лице или в рамках заемных правоотношений<sup>1</sup>.

Ссылка на императивный характер регулирования равным образом противоречит как описанным выше принципам, так и элементарной логике: в каждом гражданско-правовом споре возможна ссылка, например, на статьи ГК РФ, регулирующие течение и срок исковой давности. Нормы ГК РФ об исковой давности, равно как и многие другие нормы, являются императивными и обеспечивают важнейшие устои гражданского оборота и экономики страны, однако факт их применения (или отказа в применении) не может влечь неарбитрабельность связанного с ними спора.

Менее формальный характер доказывания также не может влечь неарбитрабельность отдельно взятых категорий споров: с одной стороны, он не означает более низкое качество принимаемых решений; с другой стороны, процессуальные различия не отменяют право сторон на передачу их споров в арбитраж<sup>2</sup>.

Режим конфиденциальности разбирательства также не означает утаивания информации, которая в иных случаях была бы доступна. Так, далеко не вся информация о договорных отношениях с «публичным элементом» доступна широкой общественности. Вместо передачи спора в арбитраж сторона правоотношений может в добровольном порядке удовлетворить претензию другой стороны, а может сама не заявлять требования в связи с возможным нарушением ее прав. Следовательно, режим конфиденциальности разбирательства на одном коротком временном отрезке гражданских правоотношений не скрывает от публики информацию, поскольку и без разбирательства она со всей вероятностью могла не быть опубликована.

Примечательно, что защитой общества от коррупционных и иных преступных нарушений должны заниматься правоохранительные органы, а не суды, рассматривающие и разрешающие гражданско-правовые

<sup>1</sup> См.: *Беляева О.А., Габов А.В.* Указ. соч. С. 54.

<sup>2</sup> См. Постановление № 10-П; см. также: Cour européenne des droits de l'homme, Arrêt du 28 octobre 2010, *Suda c. République Tchèque* (requête n° 1643/06) <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101333>> (последнее посещение – 15 февраля 2018 г.); Report of the European Commission of Human Rights (Plenary) of 12 December 1983, *Bramelid and Malmström v. Sweden* (applications Nos. 8588/79, 8589/79) <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-92813&filename=BRAMELID%20AND%20MALMSTROM%20v.%20SWEDEN.pdf>> (последнее посещение – 15 февраля 2018 г.).

споры. Тем не менее решение третейского суда и материалы арбитражного разбирательства доступны суду на стадии его исполнения, и в случае обнаружения коррупционного элемента в конкретном решении суд может отказать в его исполнении со ссылкой на нарушение публичного порядка<sup>1</sup>.

Судьбу споров, связанных с отношениями государственных закупок, разделили и споры, возникшие из договоров аренды лесных участков. Спустя всего две недели после Постановления № 11535/13 Президиум ВАС РФ принял аналогичное Постановление № 11059/13, которым отменил решение третейского суда, вынесенное по спору из договора аренды лесных участков. Позиция Президиума, изложенная в Постановлении № 11059/13, также была подтверждена последующей практикой ВС РФ без заметных изменений<sup>2</sup>.

Как и в случае с Постановлением № 11535/13, Президиум сослался на заключение арбитражного соглашения путем присоединения к договору через участие в лесном конкурсе, публичный характер субъекта правоотношений, совокупность особых условий и необходимость прозрачности в разрешении споров.

Тем не менее в рассмотренном Президиумом ВАС РФ споре третейский суд опять же удовлетворил обычное гражданско-правовое требование о взыскании задолженности. Очевидно, что ни требование о взыскании задолженности, ни требование о расторжении договора, основанное на нарушении контрагентом своих обязанностей по внесению арендной платы, не являются публично-правовыми требованиями, которые не мог бы разрешить третейский суд.

Указанный вывод также подтверждается реформированной нормой ст. 33 АПК РФ, в соответствии с п. 7 ч. 2 которой неарбитрабельны лишь *«споры, возникающие из отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного окружающей среде»*. Таким образом, по мнению автора, гражданско-правовые споры, возникающие из отношений по аренде лесных участков (включая споры о взыскании задолженности по арендной плате или споры о расторжении договора), должны быть признаны арбитрабельными. Равным образом арбитрабельным

---

<sup>1</sup> В России сформировалась обширная практика, в соответствии с которой суды отказывают в приведении в исполнение арбитражных решений, использованных сторонами в попытке легализации неправомερных действий, таких как фабрикация задолженности для манипуляции банкротством (см., например, Определение ВС РФ от 17 октября 2017 г. № 310-ЭС17-8992 по делу № А54-3033/2016).

<sup>2</sup> См., например, определения ВС РФ от 31 августа 2015 г. № 307-ЭС15-9849 по делу № А26-7793/2013, от 21 апреля 2015 г. № 307-ЭС15-2920 по делу № А26-7536/2013.

должно признаваться любое гражданско-правовое требование при условии его отделимости от неарбитрабельного публично-правового спора<sup>1</sup>.

Исключением выступают лишь публичные споры о возмещении вреда, причиненного «*окружающей среде в результате ее загрязнения, истощения, порчи, уничтожения, нерационального использования природных ресурсов, деградации и разрушения естественных экологических систем, природных комплексов и природных ландшафтов и иного нарушения законодательства в области охраны окружающей среды*»<sup>2</sup>. При этом истцами по таким делам выступают прокуроры<sup>3</sup> и службы по контролю и надзору в сфере окружающей среды<sup>4</sup>, размер возмещения вреда рассчитывается в соответствии со специальными таксами и методиками<sup>5</sup>, а срок исковой давности составляет 20 лет<sup>6</sup>.

#### **4.6. Концепция «концентрации публичных элементов» в международном арбитраже**

Как указано выше, подход к вопросу арбитрабельности в международном контексте должен быть еще более либеральным. Примечательно, что либеральный подход к арбитрабельности отразился в том числе и в российской практике — и именно в контексте концепции «концентрации публичных элементов». Впервые такой принцип упоминается (но не применяется) в Определении ВС РФ от 28 июля 2017 г. по делу № 305-ЭС15-20073, А40-188599/2014, который дополнил ссылку на «концентрацию публичных интересов» во внутреннем споре следующим комментарием: «*В порядке исключения [споры с концентрацией публичных элементов] могут признаваться арбитрабельными, если в правоотношениях, из которых возник спор, обеспечивается более значимый общественный интерес (в частности, потребность общества*

<sup>1</sup> См.: Нестеренко А. В. Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации // Арбитражный и гражданский процесс. 2005. № 8 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>2</sup> Пункт 1 ст. 77 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды» (далее — Федеральный закон об охране окружающей среды).

<sup>3</sup> См. Определение ВС РФ от 2 февраля 2016 г. № 73-КГ15-13.

<sup>4</sup> См. Определение ВС РФ от 25 ноября 2015 г. № 306-ЭС15-10433 по делу № А55-22035/2014.

<sup>5</sup> См. п. 3 ст. 77 и п. 2 ст. 78 Федерального закона об охране окружающей среды.

<sup>6</sup> См. п. 3 ст. 78 Федерального закона об охране окружающей среды.

*в товарах, работах, услугах, которая иным образом обеспечена быть не может, например, в отношениях международного характера».*

В последующем схожая формулировка была использована АС Московского округа<sup>1</sup>. Тем не менее, как и сама концепция «концентрации общественно значимых публичных элементов», использованный судами критерий лишен конкретики и предсказуемости и не позволяет сторонам международных правоотношений быть уверенными в арбитрабельности возможных споров.

## 5. Выводы

В последние десятилетия в развитых правовых системах наблюдалась тенденция сужения категорий неарбитрабельных споров, красочно названная в доктрине «*смертью неарбитрабельности*». В результате такой тенденции неарбитрабельными остались лишь публичные споры и те коммерческие споры, которые не могут быть разрешены в арбитраже из-за его договорной природы и невозможности привлечения в процесс лиц, не являющихся сторонами арбитражного соглашения (например, дела о банкротстве и установлении патентообладателя). При особой важности определенных правоотношений законодатель может в исключительных случаях принять норму, прямо ограничивающую арбитрабельность. В отсутствие прямого законодательного запрета суды признают, что аргументов о публичной значимости тех или иных отношений недостаточно для признания спора неарбитрабельным. Кроме того, в международных правоотношениях устоялся еще более либеральный подход к арбитрабельности.

В последние десятилетия российская судебная практика развивалась в схожем направлении. Временные проблемы в сфере споров о недвижимости и корпоративных споров были преодолены при помощи КС РФ и реформы арбитражного законодательства. Реформа также отразила волю законодателя установить узкие границы неарбитрабельности, определенные закрытым перечнем правоотношений.

С учетом указанных выводов концепция неарбитрабельности споров с «концентрацией общественно значимых публичных элементов» представляется несостоятельной. Она возникла при попытке судов проконтролировать возможные злоупотребления, допущенные в кон-

---

<sup>1</sup> См. постановления АС Московского округа от 17 августа 2017 г. № Ф05-11789/2017 по делу № А40-40850/2017 и от 24 октября 2017 г. № Ф05-15362/2017 по делу № А40-70470/17.

кретных делах, которые сочли более важными, чем другие гражданско-правовые споры. Однако допущенные в ходе арбитражного разбирательства злоупотребления или процессуальные нарушения должны влечь отказ в признании решения из-за конкретных нарушений, а не введение абстрактного запрета на передачу всех споров в арбитраж.

Кроме того, критикуемая концепция однозначно нарушает законодательную норму, запрещающую ограничение арбитрабельности, кроме как в *«случаях, прямо предусмотренных федеральным законом»*, и идет вразрез с конституционно-правовым толкованием, данным КС РФ в Постановлении № 10-П в свете ст. 55 Конституции. Ни один из используемых судебной практикой «элементов» не может обуславливать неарбитрабельность рассматриваемой категории споров. Ссылки на такие «элементы» сами по себе несостоятельны, равно как и не изменяют гражданско-правовую природу правоотношений.

По мнению автора, критикуемая концепция не имеет правового обоснования, и единственным правильным путем развития судебной практики является полный отказ от ссылок на «концентрацию публичных элементов» в контексте вопроса арбитрабельности гражданско-правовых споров. В частности, автор надеется, что именно по этому пути пойдет КС РФ при рассмотрении обращения ВС РФ № 13643/15-01/2017.

## ПЕРСПЕКТИВЫ ВВЕДЕНИЯ НАСЛЕДСТВЕННОГО АРБИТРАЖА В РОССИИ

**О.Д. ПЕТРОЛЬ,**  
доцент кафедры общих проблем  
гражданского права Российской школы частного права,  
частнопрактикующий юрист, магистр юриспруденции

*Автор ставит под сомнение правило о запрете наследственного арбитража, существующее в российском праве. По мнению автора, это правило нецелесообразно, помимо прочего, в связи с нечеткостью границ сферы его применения и возможными практическими неудобствами. Автор сравнивает правило о запрете наследственного арбитража с подходами в праве США, Германии и Австрии. Утверждается, что арбитраж наследственных споров может иметь ряд преимуществ в сравнении с рассмотрением этих споров судами общей юрисдикции.*

*Ключевые слова: наследственный арбитраж; наследственное право; объективная арбитрабельность; согласие на арбитраж; завещательная арбитражная оговорка.*



## PROSPECTS OF INHERITANCE ARBITRATION IN RUSSIA

**OLESYA PETROL,**

Associate Professor at the Department of Fundamentals  
of Private Law of the Russian School of Private Law,  
Private Law Practitioner, Master of Law

*The author express doubts in respect of the rule of the Russian law prohibiting inheritance arbitration. In the author's view, the rule is counterproductive due to, among other, vagueness of borders of its application and practical inconveniences. The author compares the rule with approaches of US, German and Austrian law. It is stated that arbitration of inheritance disputes may have several advantages comparing with dealing such disputes in general courts.*

*Keywords: inheritance arbitration; inheritance law; objective arbitrability; consent to arbitration; testamentary arbitration clause.*



В настоящее время в России складываются объективные условия для реформирования наследственного права. Среди этих условий заслуживают быть названными, во-первых, достижение преклонного возраста лицами, которые в период первоначального накопления капитала составляли экономически активное население; во-вторых, значительное количество иностранного имущества, которое может принадлежать таким лицам; в-третьих, неизбежное в силу многих причин применение российского права к имуществу значительной группы граждан.

Эти условия пока не привели к полноценной реформе наследственного права — в последнее время произошли лишь некоторые изменения, касающиеся одновременной смерти двух и более лиц, доверительного управления наследственным имуществом, наследственных фондов и связанной с ними возможности ограничения права на обязательную долю в наследстве. Какая-либо концепция реформы, которая адаптировала бы отечественное наследственное право, нацеленное на распределение небольших, «потребительских» имуществ, к многомиллионным состояниям, в настоящее время не принята.

В ходе вероятной реформы, как представляется, окажутся очевидными противоречия между интересами, с одной стороны, наследников и наследодателей значительных состояний и, с другой стороны, подавляющей части граждан страны. Наследственное право считается одной из наиболее обусловленных национальной культурой и традициями и вместе с тем инерционных и неповоротливых областей частного права, поэтому нет оснований надеяться на достижение компромисса между диаметрально противоположными группами интересов.

Указанным условиям созвучна проблема, которая ставится в настоящей статье: есть предположение, что определенная часть затруднений, порождаемых наследованием значительных имуществ по российскому праву, вытекает не из норм материального права — она связана с отсутствием надлежащей инфраструктуры для рассмотрения споров такого рода. Одним из элементов подобной инфраструктуры (который позволил бы, не трогая положения материального права, учесть интересы обладателей и наследников значительных состояний) может быть арбитраж наследственных споров. В настоящей работе ставятся под сомнение выдвигаемые против него аргументы.

## 1. Объективная арбитрабельность наследственных споров

Под объективной арбитрабельностью понимается принципиальная возможность споров определенного рода быть предметом рассмотрения в арбитраже. В настоящее время вопрос об объективной арбитрабельности наследственных споров прямо разрешен в ст. 22.1 ГПК РФ, прямо исключившей споры о наследовании из числа арбитрабельных. Пункт 4 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ устанавливает, что не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда подведомственные судам в соответствии с настоящим Кодексом споры, возникающие из наследственных отношений.

Возникают сомнения относительно содержания понятия «споры, возникающие из наследственных отношений», которое использовано в ст. 22.1 ГПК РФ. Прежде всего необходимо определиться с тем, кто является сторонами наследственных отношений. В литературе высказана идея, что сторонами наследственного отношения выступают наследник и наследодатель. Однако эта позиция подвергнута, как представляется, справедливой критике исходя из того, что никакого отношения между наследником и наследодателем существовать не может, поскольку, пока наследодатель жив, лица, которые могут в будущем стать наследниками, с точки зрения права наследниками не являются ввиду отсутствия у них каких бы то ни было прав на наследственное имущество. С очевидностью можно констатировать, что в момент смерти наследодателя никакое отношение между ним и наследниками возникнуть не может по причине полного прекращения правоспособности наследодателя<sup>1</sup>.

Следовательно, под «наследственными отношениями» для целей ст. 22.1 ГПК РФ, видимо, надо понимать споры между иными лицами. Едва ли законодатель имел в виду споры между наследниками и нотариусом (поскольку они, будучи делами особого производства, также исключены из области третейского разбирательства). Видимо, речь идет о спорах между наследниками. Рассмотрим требование о разделе наследства, когда наследники не могут договориться о том, каким образом поделить унаследованное имущество. Относятся ли такие споры к наследственным? Вопрос не представляется очевидным, поскольку в результате наследования возникает общая долевая собственность на все объекты, входящие в наследственную массу,

<sup>1</sup> См., например: *Ягельницкий А.А.* Категория правопреемства в российском гражданском праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 9–10.

и спор наследников о разделе данного имущества в значительной мере аналогичен спору сособственников, общая собственность которых возникла из любого другого основания. Однако неясны причины, по которым спор сособственников о разделе общего имущества не мог бы быть при наличии арбитражного соглашения между ними рассмотрен третейским судом.

Вопрос о «наследственном» характере споров о разделе наследства обостряется еще и в связи с тем обстоятельством, что наследодатель может состоять в браке, к которому применяется общий режим имущества супругов. Таким образом, у супруга право на унаследованные объекты возникает по двум основаниям: одно из них связано с прекращением брака смертью другого супруга; второе относится к правам супруга как наследника первой очереди. Является ли спор между, например, вдовой, право которой на наследственное имущество возникает из двух оснований — наследственно-правового и семейно-правового, с другими наследниками в чистом виде «наследственным спором»? Актуальность вопроса возрастает еще и потому, что дела о разделе между супругами совместно нажитого имущества прямо названы в ст. 22.1 ГПК РФ (п. 2 ч. 2) арбитрабельными. Исходя из перехода арбитражной оговорки по наследству, есть основания полагать, что в случае смерти одного из супругов, когда ее последствия для общего имущества установлены содержащим арбитражную оговорку брачным договором, спор между наследниками и вдовой о судьбе общего имущества должен будет, как представляется, рассматриваться в арбитраже. Получается, что и при действующем регулировании вполне возможно, что часть имущественных последствий смерти наследодателя будет определяться третейским судом, а оставшаяся часть (в силу неарбитрабельности наследственных споров) — государственным судьей.

Развивая сомнения в том, что спор о разделе наследства является «спором из наследственных правоотношений», допустимо поставить такой вопрос: относится ли к наследственному спору требование о взыскании долга по договору, право требования по которому перешло к наследнику? Очевидно, нет, поскольку статус истца как наследника правового значения не имеет — наследование является лишь основанием, по которому истец стал кредитором, но это не влияет на характер спора о востребовании исполнения по договору.

В связи с этим есть причины полагать, что определение какого-то круга споров как неарбитрабельных по тому критерию, что право, принадлежавшее наследодателю, в какой-то момент перешло к правопреемнику в порядке наследования, требует более глубокого обоснования.

Примером применения этой, на наш взгляд, небезупречной методологии стало определение круга наследственных споров в постановлении Пленума ВС РФ от 29 мая 2012 г. № 9 «О судебной практике по делам о наследовании», в п. 1 которого дано следующее разъяснение: дела, возникающие из наследственных правоотношений, связаны с переходом имущественных прав и обязанностей в порядке универсального правопреемства от наследодателя к наследникам; данные дела независимо от субъектного состава их участников и состава наследственного имущества подведомственны судам общей юрисдикции. В качестве примера Пленум ВС РФ привел две категории дел: споры о включении долей, акций в состав наследственного имущества и споры о взыскании в пользу наследников участников обществ с ограниченной ответственностью действительной стоимости доли.

Очевидно, что критерием подведомственности в указанном разъяснении выступил не характер спора, а всего лишь то обстоятельство, входит ли в основание приобретения права истцом момент наследственного преемства. Это привело к тому, что споры, по существу относящиеся к корпоративным, признаны Пленумом ВС РФ наследственными с их соответствующим изъятием из компетенции арбитражных судов.

Буквальное применение данного разъяснения ВС РФ привело бы к следующему парадоксу. Если акции акционера без его волеизъявления (например, по подложному передаточному распоряжению) списаны и зачислены на счет третьего лица, то иск акционера подлежит рассмотрению в арбитражном суде. Если же акционер, не успев подать иск, умирает, то его наследникам надлежит обращаться с требованием о включении акций в наследственную массу в суд общей юрисдикции. Непонятно, как случайная смерть акционера смогла так серьезно повлиять на характер спора.

Это привело к забавному последствию: если участник общества с ограниченной ответственностью выходит из него и заявляет требование о действительной стоимости доли, то спор считается корпоративным и относится к подведомственности арбитражного суда. Если же участник умирает и другие участники отказывают его наследникам в приеме в общество, то абсолютно аналогичное требование о взыскании действительной стоимости доли оказывается подведомственным суду общей юрисдикции. Очевидно, что такое странное регулирование плохо приживается в правоприменительной практике<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 10 сентября 2013 г. № 2332/13 по делу № А08-5402/2011; постановление АС Московского округа от 23 декабря 2015 г.

Указанное Постановление Пленума ВС РФ порождает и систематические риски для арбитража корпоративных споров: нельзя исключить, что приведенный выше его п. 1 будет использоваться судами при толковании понятия «споры из наследственных отношений», употребленного в ст. 22.1 ГПК РФ; в этом случае смерть любого из участников арбитражного соглашения об арбитраже корпоративных споров рискует изъять их значительную часть (если не все) из области компетенции третейского суда.

Возвращаясь к арбитрабельности наследственных споров, нельзя не отметить, что значительная часть споров между наследниками, несмотря на различные формулировки исковых требований, является спорами о разделе общего имущества либо в том или ином виде спорами об истребовании у третьих лиц имущества, право на которое перешло к наследникам. Близкая аналогия между этими спорами и спорами о разделе общего имущества, для которой неарбитрабельность нехарактерна, создает определенные сомнения в обоснованности обозначенного в ст. 22.1 ГПК РФ исключения арбитрабельности наследственных споров.

Решение о неарбитрабельности наследственных споров не является единственно возможным. Правопорядки континентальной правовой семьи (например, Германия<sup>1</sup>, Австрия<sup>2</sup>) содержат прямое правило о том, что наследственные споры являются арбитрабельными. Аналогичное решение закреплено и в ряде штатов США — или на уровне закона, или в судебной практике<sup>3</sup>.

---

№ Ф05-17029/2015 по делу № А40-162473/13; постановления Девятого арбитражного апелляционного суда от 4 октября 2016 г. № 09АП-45105/2016 по делу № А40-19876/2016, от 4 марта 2016 г. № 09АП-3943/2016-ГК по делу № А40-166967/2014; постановление АС Поволжского округа от 26 декабря 2016 г. № Ф06-15790/2016 по делу № А55-25110/2015; апелляционное определение Московского городского суда от 30 января 2017 г. по делу № 33-3457/2017.

<sup>1</sup> *Aschauer Chr., Gantenberg U., Gabriel S.* 4. Kapitel. Schiedsfähigkeit // *Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit: Deutschland – Österreich – Schweiz* / H. Torggler, F. Mohs, F. Schäfer, V.V. Wong (Hgs.). 2. Aufl. Baden-Baden: Nomos; Wien: Verlag Österreich; Zürich: Schulthess, 2017. S. 215–216.

<sup>2</sup> *Neuber M., Zeiler G.* International Arbitration in Austria // *International Commercial Arbitration: A Practitioner's Guide* / St. Balthasar (ed.). München: C.H. Beck; Oxford; Portland: Hart Pub.; Baden-Baden: Nomos, 2016. P. 194.

<sup>3</sup> *Logstrom B.A., Stone B.M., Goldman R.W.* Resolving Disputes with Ease and Grace // *ACTEC Journal*. 2005. Vol. 31. P. 236 <[https://www.flprobatelitigation.com/wp-content/uploads/sites/206/2007/09/Journal\\_V31\\_N3\\_Winter05.pdf](https://www.flprobatelitigation.com/wp-content/uploads/sites/206/2007/09/Journal_V31_N3_Winter05.pdf)> (последнее посещение – 17 февраля 2018 г.); *Strong S.I.* The European Succession Regulation and the Arbitration of Trust Disputes

Особого внимания заслуживает эволюция арбитрабельности наследственных споров в США. В 1799 г., когда Джордж Вашингтон написал свое завещание, он завершил его арбитражной оговоркой примерно следующего содержания: если моя воля будет неясна, пусть спор будет разрешен тремя умными людьми, двое из которых будут выбраны спорящими сторонами, а третий – этими двумя, и их решение, которое будет вынесено безотносительно закона или юридических конструкций, должно быть обязательным, как если бы оно было вынесено Верховным судом США. У автора завещания, видимо, не было сомнений в действительности такого арбитражного завещательного распоряжения. В последующем американские суды стали скептически относиться к арбитрабельности наследственных споров; не последнее значение имели, во-первых, «юридические конструкции», от которых, видимо, предостерегал Джордж Вашингтон, а во-вторых, опасение бесконтрольности наследственного траста, что может создать нежелательный эффект «мертвой руки»<sup>1</sup>. На фоне споров судов разных штатов о допустимости завещательных арбитражных оговорок<sup>2</sup> был принят Федеральный акт об арбитраже (Federal Arbitration Act (FAA)), который может быть воспринят как допускающий наследственный арбитраж<sup>3</sup>. В итоге маятник, видимо, качнулся в сторону распространения завещательной свободы на установление арбитражного рассмотрения споров: в настоящее время суды штатов все чаще высказываются в пользу арбитрабельности наследственных споров, что поддерживается учеными<sup>4</sup>.

---

(University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2017-11) <<http://ssrn.com/abstract=2942889>> (последнее посещение – 17 февраля 2018 г.). П. 3.

<sup>1</sup> См., например: *Mayersak T.* Examining the Use of Arbitration and Dealing with Decedent's Wishes in Wills, Trusts and Estates // *European Journal of Law Reform*. 2010. Vol. 12. Issue 3–4. P. 406.

<sup>2</sup> Термин «завещательная арбитражная оговорка» является условным – в отсутствие более удобного выражения, которое описывало бы условие об арбитраже в завещании.

<sup>3</sup> *Connor C.* Changing the Game: The Effects of the 2012 Revision of the ICC Arbitration Rules on the ICC Model Arbitration Clause for Trust Disputes // *Georgia Journal of International and Comparative Law*. 2015. Vol. 43. P. 669 <<http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2295&context=gjicl>> (последнее посещение – 17 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *Delaney N.E., Byer J., Schwartz M.S. Rachal v. Reitz* and the Evolution of the Enforceability of Arbitration Clauses in Estate Planning Documents // *Probate & Property Magazine*. 2013. Vol. 27. No. 6. P. 13.

Определенный интерес представляет то обстоятельство, что изменения Регламента Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (ICC)) 2012 г. в значительной мере были связаны с намерением их авторов сделать Регламент подходящим и для споров о наследственных распоряжениях: более глубокая проработка положений об участии третьих лиц, уточнение правил о конфиденциальности, отказ от ограничения круга споров только коммерческими спорами, как указывается в литературе, связаны с конкуренцией с Американской арбитражной ассоциацией (American Arbitration Association (AAA)), выпустившей в 2009 г. Регламент рассмотрения споров из трастов и завещаний (Wills and Trusts Arbitration Rules) и опубликовавшей соответствующую рекомендуемую арбитражную оговорку, за коммерчески привлекательную группу споров<sup>1</sup>.

Решения законодателя или правоприменителя в таких правопорядках ставят под сомнение наличие фундаментальных естественных причин, которые могли бы обусловить неарбитрабельность наследственных споров. Споры о наследстве – это споры исключительно имущественные. Какой-либо явно выраженный публичный интерес, который обусловил бы необходимость рассмотрения спора в государственном суде, в наследственных делах обнаружить сложно.

## **2. Проблема согласия наследников на арбитраж**

Допущение объективной арбитрабельности наследственных споров ставит проблему согласия на арбитражное разбирательство, которое является краеугольным камнем арбитража<sup>2</sup>. Видимо, не возникает сложности в ситуации, когда наследники, которые не смогли достичь договоренности о разделе наследственного имущества, заключают между собой арбитражное соглашение в отношении спора о разделе.

Более интересной представляется ситуация, когда указание на арбитраж содержится только в завещании, составленном наследодателем, однако наследники на рассмотрение споров арбитрами не согласны.

В литературе, посвященной иностранным правопорядкам, приводятся разные обоснования эффективности завещательной арбитражной оговорки, с которой не согласны наследники.

---

<sup>1</sup> Connor C. Op. cit. P. 670.

<sup>2</sup> Jahnke W., Sykora D., Glatthard N. Arbitration in Matters of Succession with Special Consideration of the Regularion (EU) No. 650/2012 // b-Arbitra – Belgian Review of Arbitration. 2015. Issue 1. P. 35.

В континентальных правопорядках логика, опосредующая юридическую иррелевантность несогласия наследника на арбитраж, состоит в следующем. После смерти наследодателя призываемые к наследству наследники имеют, как правило, два варианта поведения: либо принять наследство, либо отказаться от него. К принятию наследства применяется принцип *unitas actus*: наследство принимается одним актом, и принятие распространяется на все имущество наследодателя, в чем бы оно ни состояло и где бы ни находилось. Наследнику, разумеется, не предоставляется право принять лишь отдельные части наследства, например отдельные виды имущества. Применительно к наследованию по завещанию это означает, что наследник не может принять лишь отдельные условия завещания: он или соглашается на завещание целиком, или полностью отказывается от наследства. Если же наследник по завещанию принял наследство, то ввиду отсутствия у него возможности каким-то образом модифицировать завещательное распоряжение он считается принявшим и завещательную арбитражную оговорку<sup>1</sup>. Эта же логика применяется и к легатариию.

Таким образом, несогласие наследника или легатария на арбитраж рассматривается так же, как и последующее противодействие арбитражу стороны, которая выразила волю на арбитражную оговорку: оно просто не принимается во внимание.

Можно увидеть определенное сходство этого обоснования со следующим приводимым в американской литературе рассуждением. Как известно, отношения по посмертному переходу прав на имущество в англо-американском праве опосредуются двумя инструментами: завещанием и различными видами траста. В качестве примера напоминающего завещание траста можно привести следующий: лицо учреждает траст, назначает себя выгодоприобретателем и указывает, что после его смерти выгодоприобретателем по данному трасту будет его сын. Это стало основанием для разрешения вопроса о том, а может ли сын, ссылающийся на ненадлежащее управление трастовым имуществом, обращаться с иском к управляющему, минуя условие об арбитраже, установленное в соглашении покойного учредителя траста и управляющего. В англо-американском праве проблема усу-

<sup>1</sup> *Haas U.* Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10<sup>th</sup> Book of German Code of Civil Procedure). Chapter X: Arbitral Tribunals Not Established by Agreement, § 1066 – *Mutatis Mutandis Application of the Provisions of the 10<sup>th</sup> Book // Arbitration Law in Germany: The Model Law in Practice / К.-Н. Böckstiegel, St.M. Kröll, P. Nacimiento (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015. P. 554.*

губляется тем, что природа траста вызывает споры, и позиция о том, что соглашение между учредителем траста и управляющим является договором, не является господствующей<sup>1</sup>. Сложность определения письменного договора между выгодоприобретателем траста и управляющим состоит еще и в том, что в их отношениях затруднительно увидеть встречное предоставление (*consideration*), наличие которого все еще играет значительную роль при установлении действительности договора. Несмотря на все это, в судебной практике ряда штатов выработалась позиция, согласно которой выгодоприобретатель траста, принимая причитающиеся ему время от времени предоставления, совершает «эстоппель прямых благ» («*direct benefit estoppel*»), что позволяет государственным судам признавать силу арбитражного соглашения между выгодоприобретателем траста и управляющим<sup>2</sup>.

Хотя это рассуждение, осложненное техническими подробностями американского права, имеет весьма низкую познавательную ценность для российского юриста, оно наталкивает на возможность при констатации письменного волеизъявления наследника на завещательную арбитражную оговорку ссылаться на п. 3 ст. 438 ГК РФ. Ситуация выглядит похоже: лицо, принявшее наследство пусть даже фактическими действиями, может считаться согласившимся с условиями письменной завещательной арбитражной оговорки.

В литературе приводится и более, если можно так сказать, глобальное обоснование действительности завещательной арбитражной оговорки в отношении наследника. Отмечается, что между государством и гражданином — потенциальным наследодателем существует некий подразумеваемый наследственный договор. Условия его таковы: государство гарантирует гражданину определенную степень завещательной свободы, взамен рассчитывая на то, что гражданин

---

<sup>1</sup> *Bruyere M.P., Marino M.D. Mandatory Arbitration Provisions: A Powerful Tool to Prevent Contentious and Costly Trust Litigation, But Are They Enforceable? // Real Property, Probate and Trust Journal. 2007. Vol. 42. No. 2. P. 361–364; Rutledge P.B. The Testamentary Foundation of Commercial Arbitration // Ohio State Journal on Dispute Resolution. 2015. Vol. 30. Issue 2. P. 282 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2747548](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2747548)> (последнее посещение — 17 февраля 2018 г.); см. также по вопросу об арбитрабельности трастов в Англии: Trust Law Committee. Arbitration of Trust Disputes // Trusts & Trustees. 2012. Vol. 18. Issue 4. P. 296–306 <<https://www.kcl.ac.uk/law/research/centres/trustlawcommittee/otherpapersandreports/Arbitration-of-Trust-Disputes.pdf>> (последнее посещение — 17 февраля 2018 г.).*

<sup>2</sup> *Delaney N.E., Byer J., Schwartz M.S. Op. cit. P. 14.*

продолжит зарабатывать деньги и не растратит все свое имущество впустую. Наследники в такой трактовке оказываются не более чем третьими лицами, которые вправе получить выгоды из договора, не являясь его стороной. В этом же рассуждении отмечается, что все права возможных наследников производны от прав наследодателя; за наследодателем остается финальное решение о том, передать ли что-то наследникам, и если передать, то что. В конце концов в рамках такого «подразумеваемого договора» потенциальный наследодатель может перед смертью растратить все свое имущество и оставить наследников ни с чем. Из этой очевидной зависимости прав наследников от наследодателя, а также из статуса наследников как лиц, которые могут получить блага по договору, но не являются субъектами прав по нему, логически вытекает и то, что если государство и наследодатель согласны на предоставление наследодателю права учинить завещательное арбитражное распоряжение, то такое распоряжение связывает наследников<sup>1</sup>.

В итоге посредством разных аргументативных техник делается естественный вывод: наследник по завещанию связан арбитражной оговоркой в силу производности его прав от воли наследодателя; игнорирование завещательной арбитражной оговорки будет актом явного неуважения к воле покойного, благодаря которой наследники по завещанию вообще получают какие-то права.

Однако отсутствие проблемы с согласием наследников по завещанию на арбитраж не является точкой в рассуждении о субъективной арбитрабельности наследственных споров. Ряду правопорядков – в том числе и российскому – известны так называемые обязательные наследники, которые имеют право на долю в наследственном имуществе даже в том случае, когда наследодатель явно лишил их наследства. Возникает очевидная проблема с обоснованием производности прав таких наследников от воли наследодателя.

В литературе, посвященной праву Германии, обращается внимание на несколько аспектов арбитража по поводу обязательной доли. Прежде всего признается, что наследодатель во всяком случае вправе связать всех своих наследников арбитражной завещательной оговоркой в части того имущества, которое он вправе свободно завещать. Однако применительно к необходимым наследникам высказываются

<sup>1</sup> *Spitko G.E.* The Will as an Implied Unilateral Arbitration Contract // Florida Law Review. 2016. Vol. 68. P. 83–85 <<https://digitalcommons.law.scu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1879&context=facpubs>> (последнее посещение – 17 февраля 2018 г.).

диаметрально противоположные позиции. Одни авторы полагают, что, коль скоро необходимый наследник имеет право на получение обязательной доли в установленном размере, он имеет право и на полный набор процессуальных гарантий, которые процессуальное право предоставляет при рассмотрении спора государственными судами. Другие авторы менее категоричны. Во-первых, они указывают, что предусмотренное законом право на обязательную долю является материальным, однако из предоставления материального права не следует предоставление процессуальных гарантий его реализации в каком-то строго определенном объеме: если правопорядок допускает арбитражное рассмотрение споров и не считает отсутствие некоторых процессуальных механизмов нарушением права на справедливый суд, становится непонятным, почему материальное право на получение обязательной доли должно с необходимостью связываться с его защитой только в государственном суде. Пока не доказано, что арбитраж чем-то хуже разбирательства в государственном суде, отсутствуют основания для такого далеко идущего вывода.

Во-вторых, отмечается, что тезис о наделении необходимого наследника имущественным правом против воли умершего не совсем точен: наследодатель все-таки имеет возможность перед смертью растратить все свое имущество, и тогда наследник — каким бы необходимым он ни был — ничего не получит. Следовательно, зависимость прав наследника от наследодателя при необходимом наследовании не исключается<sup>1</sup>.

Можно также привести аргумент о сохранении наследства: принимая гипотезу о скорости и дешевизне арбитража в сравнении с государственным правосудием (применительно к разбирательству наследственных споров в судах общей юрисдикции эта гипотеза как минимум в части скорости арбитража не выглядит такой уж обосновательной), действия наследодателя по включению завещательной арбитражной оговорки направлены на имущественный эффект в виде сохранения наследственного имущества и перехода к наследникам, насколько это возможно, всей его экономической ценности, а не остатков по итогам длительных и дорогих судов. При этом необходимо взвесить интерес, с одной стороны, наследодателя в сохранении своего имущества (который, безусловно, признается правом) и, с другой стороны, интерес необходимого наследника в разрешении спора именно в государственном суде. С учетом двух изложенных выше аргументов (производно-

---

<sup>1</sup> *Jahnel W., Sykora D., Glatthard N. Op. cit. P. 42.*

сти прав необходимого наследника от того, что делал наследодатель, и недоказанности того, что арбитраж хуже разбирательства в государственном суде) есть основания полагать, что интерес наследодателя должен пользоваться большей защитой.

Поскольку вопрос о связанности необходимых наследников завещательной арбитражной оговоркой в Германии не имеет однозначного решения, в литературе предлагаются способы обхода потенциально возможной позиции о несвязанности необходимого наследника арбитражной оговоркой. Предлагаемые техники «втягивания» необходимого наследника в арбитражную оговорку отличаются характерной для немецкого права изощренностью. Во-первых, предлагается завещать необходимому наследнику какое-то имущество: если необходимый наследник это имущество примет, то его статус станет аналогичен статусу наследника по завещанию, и он не сможет отрицать арбитражную оговорку. Вторым вариантом распространения на наследника арбитражной оговорки является условное завещание: наследодатель завещает необходимому наследнику нечто, в чем он заинтересован, но под условием, что он примет арбитражную оговорку. Если же необходимый наследник арбитражную оговорку не примет, ему завещается нечто, в чем такой наследник очевидно не заинтересован. Третьим предлагаемым вариантом является инструмент, аналогичный нашим завещательному отказу или завещательному возложению: на необходимого наследника возлагается обязанность заключить арбитражное соглашение, а кредитором по такому легату являются остальные наследники по завещанию, каждый из которых вправе в суде потребовать от необходимого наследника исполнения отказа<sup>1</sup>.

В праве Англии и США проблема обязательной доли столь остро не стоит. Однако и в этих правовых порядках могут быть обойденные наследники, которые пожелают оспорить завещание в государственном суде. Приведенная выше доктрина «подразумеваемого наследственного договора» в значительной мере решает эту проблему: несмотря на то что наследник не назван в завещании, он является лишь сторонним выгодоприобретателем от такого договора; все его права производны от прав наследодателя, а следовательно, его несогласие на арбитраж не может влиять на действительность завещательной наследственной оговорки<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Haas U.* Op. cit. P. 556.

<sup>2</sup> *Spitko G.E.* Op. cit. P. 83–85.

В современной литературе также отмечается, что неарбитрабельность споров об обязательной доле, создающая объективное усложнение (получается, что часть споров остается в юрисдикции национального суда, а часть уходит в арбитраж), в условиях мобилизации населения приведет к нежелательным последствиям. Так, если в рамках рассматриваемого арбитрами наследственного спора возникнет вопрос о применимом праве, при этом один из претендующих на применение правопорядков будет содержать правило об обязательной доле, а другой не будет, принятие арбитрами решения в пользу необходимого наследника будет означать, что третейский суд не имеет компетенции на рассмотрение спора; вместе с тем, разумеется, никто не обещает необходимому наследнику, что государственный суд признает применимым к наследственному спору то же право, которое применил состав третейского суда. Это может привести к очередному усложнению наследственных дел. С учетом принятия Директивы ЕС № 650/2012, направленной на упрощение наследственного права и процесса, специалисты высказываются в пользу прямого закрепления арбитрабельности споров об обязательной доле<sup>1</sup>.

### **3. Предпосылки арбитража наследственных споров в РФ**

Арбитрабельность наследственных споров традиционно связывается с арбитрабельностью семейных споров. Несмотря на то что арбитраж наследственных споров по общему правилу запрещен, согласно п. 2 ч. 2 ст. 22.1 ГПК РФ допустимо передавать на рассмотрение третейского суда споры о разделе совместно нажитого имущества супругов. Практика раздела супружеского имущества третейскими судами уже имеется<sup>2</sup>. Такой подход российского законодателя к арбитрабельности споров из семейных отношений заслуживает поддержки: споры собственно семейно-правовые (например, об установлении или оспаривании отцовства, об определении места жительства ребенка и порядка общения с отдельно проживающим родителем) сложно признать арбитрабельными ввиду, во-первых, интересов

---

<sup>1</sup> *Jahnel W., Sykora D., Glatthard N.* Op. cit. P. 56.

<sup>2</sup> См., например: определение Дорогомиловского районного суда г. Москвы от 25 мая 2017 г. по делу № 2-1058/2017; определение Курагинского районного суда Красноярского края от 26 февраля 2015 г. по делу № 2-236/2015; см. также: *Рузакова О.А., Рузаков А.Б.* Влияние новелл процессуального законодательства на разрешение семейных споров // Семейное и жилищное право. 2016. № 3 (СПС «Консультант-Плюс»).

детей, а во-вторых, достаточно интенсивно выраженного публично-правового интереса. Но эти соображения не могут обусловить неарбитрабельность споров о разделе общего имущества супругов: такие споры носят сугубо имущественный характер.

Нельзя не отметить, что споры о наследстве очевидно ближе к спорам о разделе супружеского имущества, чем к спорам, например, об установлении места жительства детей. Поэтому изменения ст. 22.1 ГПК в части запрета на арбитраж наследственных споров, как представляется, соответствовали бы идее, которую законодатель более или менее последовательно провел при решении вопроса об арбитрабельности семейных споров.

Попутно необходимо отметить, что, как было указано выше, в России распределение имущества после смерти наследодателя производится с помощью двух инструментов: если наследодатель и его супруг не изменили законного режима собственности супругов, пережившему супругу выделяется супружеская половина, а оставшаяся половина наследуется. Очевидно, что неблагоприятная ситуация, когда спор из брачного договора арбитрабелен, а спор между наследниками нет, может привести к крайне неудобному с практической стороны расщеплению форумов. Предоставление арбитрам права рассматривать наследственные споры — в сочетании с работой юристов, которые будут иметь возможность предлагать клиентам указывать один и тот же третейский суд и в брачном договоре, и в завещании, — даст возможность собрать все посмертные споры по поводу одного имущества в одном и том же форуме.

Можно выдвинуть ряд иных аргументов в пользу арбитрабельности наследственных споров.

Во-первых, степень конфиденциальности при рассмотрении спора третейским судом несравнима с рассмотрением спора государственным судом. Даже оставляя в стороне то, что предоставленное судье право закрыть судебное заседание является дискреционным полномочием и не всегда понятно, как судья его реализует, в любом случае доступными остаются факт спора и наименования спорящих сторон, а в значительной части случаев — также и содержание судебного решения. В арбитраже эти обстоятельства не становятся доступными неопределенному кругу лиц на стадии рассмотрения дела. Что же касается потенциального рассмотрения государственным судом вопроса о выдаче исполнительного листа на решение арбитрав (или, соответственно, вопроса об отмене арбитражного решения), то хотя конфиденциальность при этом в полной мере и не обеспечи-

вается, но ограниченность круга вопросов, с которыми имеет дело государственный суд на стадии выдачи исполнительного листа либо оспаривания, позволяет ее в достаточной степени гарантировать.

Во-вторых, в арбитраже наследодатель может создать условия для рассмотрения спора лицом более профессиональным, чем судья государственного суда. В литературе отмечается, что судья, как правило, является носителем ценностей, характерных для большинства общества. Наследодатель же может не разделять эти ценности. В случае такого рода решение вопроса, например, о толковании завешания лицом с иным набором ценностей, нежели у наследодателя, может привести к искажению воли покойного<sup>1</sup>. Применительно к рассмотрению споров о крупных наследствах в российских судах нельзя также не отметить, что районные суды в основном не обладают необходимым набором навыков для их качественного разрешения. Характер основной массы дел, которые достается рассматривать районным судам, недостаточный профессионализм многих представителей, значительные нагрузки, безусловно, оказывают влияние на работу судьи. Не давая оценку данному влиянию, отметим лишь, что едва ли наследодатель — обладатель значительного состояния хотел бы, чтобы спор о толковании его волеизъявления попал на рассмотрение к такому судье. Во всяком случае предоставление наследодателю выбора, кто — судья как носитель ценностей большинства общества или арбитр как носитель ценностей меньшинства — рассмотрит спор между его наследниками, как представляется, расширяет возможности наследодателя по контролю за посмертным движением его имущества, а следовательно, пусть и опосредованно, укрепляет веру наследодателя в справедливое посмертное распоряжение его имуществом и усиливает стимулы к накоплению последнего.

В-третьих, несмотря на то что проведенная реформа законодательства оценивается в периодике по-разному, нельзя не отметить в качестве положительного результата такой реформы прекращение деятельности арбитражных институтов, беспристрастность деятельности арбитров в которых вызывала значительные сомнения. Представляется, что сокращение численности арбитражных институтов привело к тому, что подозрения в небеспристрастности арбитров ведущих арбитражных центров едва ли имеют под собой существенно больше оснований, чем подозрения в небеспристрастности государственных судей.

---

<sup>1</sup> *Rutledge P.B.* Op. cit. P. 277.

В-четвертых, в отношении самых незащищенных слоев населения — необходимых наследников — есть основания полагать, что введение арбитража наследственных споров может оказаться для них неожиданным благом. Дело в том, что в ситуации смерти наследодателя, имущество которого рассредоточено в разных юрисдикциях, необходимый наследник для определения своей доли будет пытаться убедить суд в том, что наследодателю принадлежит и некоторое иностранное имущество. Далее, в случае если наследодатель проживал в нескольких местах, установление его последнего места жительства, а значит, по презумпции и права, применимого к наследованию, может представлять определенную выше сложность. Едва ли районные суды — в том числе с учетом озвученных выше факторов — можно признать лучшим местом для правильного решения вопросов об адекватном определении права, применимого к наследованию, и о поиске иностранного имущества для определения размера обязательной доли. Практике известны серьезные сложности, с которыми сейчас сталкиваются истцы, пытающиеся, например, доказать право бенефициарной собственности; нет оснований полагать, что ситуация улучшится в ближайшем будущем. Предоставление наследодателю права перенести решение этих сложных вопросов в арбитраж может не только не нарушить интересы необходимых наследников, но и, напротив, предложить им более компетентный форум, в котором их законные интересы могут получить бóльшую защиту.

Аргумент о защите необходимых наследников как о якобы препятствии для арбитража наследственных споров в России ослабляется еще и следующим соображением. Как известно, с принятием изменений в часть третью ГК РФ «обязательность» обязательной доли была существенно ослаблена. Если ранее такая доля была жестко императивной, ее размер устанавливался в виде части доли, которая причиталась бы необходимому наследнику при применении правил о наследовании по закону, то теперь ситуация иная. Наследодатель не имеет возможности напрямую исключить применение правил об обязательной доле, но вправе сделать это с использованием обходного механизма — посредством установления в наследственном фонде обязательного наследника в качестве выгодоприобретателя. Если же наследник откажется от прав выгодоприобретателя фонда, он вправе требовать получения части наследства, однако у судьи возникает право снизить размер обязательной доли исходя из его разумных потребностей и уровня жизни до смерти наследодателя. Это изменение закона представляется поспешным, однако оно под-

тверждает общую логику связанности необходимых наследников волей наследодателя.

Вместе с тем введение арбитража наследственных споров в России потребует, разумеется, определенной корректировки институтов, сопровождающих наследование, с целью обеспечения нормального функционирования потенциально возможного наследственного арбитража.

Во-первых, помимо изменения ст. 22.1 ГПК, будет необходимо решение вопроса о распространении завещательной наследственной оговорки на арбитраж. С учетом изложенного выше представляется, что — хотя включение необходимых наследников в спор в третейском суде и может быть обеспечено различными ухищрениями — более верным будет закрепление в законе обязательности арбитражной оговорки, содержащейся в завещании.

Во-вторых, будет весьма желательна определенная корректировка Основ законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1. С одной стороны, необходимо закрепление обязанностей по информационному обмену между нотариусом и арбитрами (например, обязанности нотариуса направлять арбитрам копию наследственного дела и запросы по поручению арбитров). С другой стороны, необходимы процессуальные механизмы, которые смогут обеспечить приостановление выдачи свидетельства о праве на наследство нотариусом до завершения спора в третейском суде. Это может быть сделано как «длинным» путем — посредством принятия арбитрами обеспечительных мер и последующей поддержки этих мер районным судом, так и «коротким» — посредством обязанности нотариуса приостановить выдачу свидетельства о праве на наследство на основании соответствующего постановления арбитров.

#### 4. Заключение

Наследственный арбитраж в настоящее время является спорной и оживленно дебатруемой в западных правовых областях область применения (потенциального или реального) альтернативного разрешения споров. Неоднозначность и полемический характер высказываемых применительно к нему позиций в других правовых системах<sup>1</sup> являются,

---

<sup>1</sup> См., например, сравнительно недавнее решение Верховного суда Индии, объявившего споры из траста неарбитрабельными: *Shri Vimal Kishor Shah & Ors. v. Mr. Jayesh Dinesh Shah & Ors.*, [2016 (8) SCALE 116]; см. также: *Mahla M.* Trust Disputes Non-Arbitrable in India (27 March 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/03/27/trust-disputes-non-arbitrable-in-india/>> (последнее посещение — 17 февраля 2018 г.).

конечно, индикатором преждевременности изменений в отечественной правовой системе. Вместе с тем взвешенный подход отечественного законодателя к арбитрабельности семейных споров, допустимость арбитража наследственных споров в далеко не самых либеральных и при этом близких к российскому правопорядкам германской правовой семьи, а также конкретно-исторические условия, на наш взгляд, дают основания для постановки вопроса об изменении оценки арбитрабельности наследственных споров.

## **RUSSIA AND THE UNCITRAL INSTRUMENTS ON ENFORCEMENT OF INTERNATIONAL COMMERCIAL SETTLEMENT AGREEMENTS RESULTING FROM MEDIATION**

**DMITRY DAVYDENKO<sup>1</sup>,**

Ph.D. in Law, Executive Secretary of the Maritime Arbitration  
Commission at the Russian Chamber of Commerce and Industry,  
Director of CIS Arbitration Forum

*The UNCITRAL Working Group is currently developing an instrument on the enforcement of settlement agreements reached as a result of international commercial mediation. The instrument is aimed at creating a mechanism for simplified and accelerated enforcement of out-of-court settlement agreements concluded by the parties following such procedures (mediated agreements). Such international instrument, if implemented by states, can play a very positive role in the development of an out-of-court settlement of international commercial disputes through mediation, adding further certainty to the outcome of such a settlement. Adoption of this instrument would be useful for Russian participants in the foreign commerce, as well as for the development of the Russian legal system.*

*It would be useful to develop and then implement such instrument in the form of an international convention and amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002. At the same time, the form of amendments to the UNCITRAL Model Law would allow to better take into account the specific needs of the Russian legal system and provide protection from the risks of abuse of the mechanism of simplified enforcement of mediated agreements.*

*The absence in Russia as well as in some other countries of the mechanisms for the simplified enforcement of out-of-court settlement agreements does not*

---

<sup>1</sup> The author thanks Max Planck Institute for Comparative and International Private Law in Hamburg (Germany) for the valuable resources of the Library and other support to this research. The author also thanks Mariya Lazarova, intern of CIS Arbitration Forum for her assistance with the draft article.

*impede the implementation of such instrument. The UNCITRAL mechanism for simplified enforcement of settlement agreements provides an opportunity for the courts to minimize the risks of abuse on a case-by-case basis. It is generally balanced and takes into account the interests of the parties as well as public interests.*

*At the same time, while considering such implementation it will be necessary to elaborate further on the issues related to the need to combat the abuses.*

*Keywords: UNCITRAL; mediation; settlement agreement; mediated agreement; alternative dispute resolution (ADR); enforcement of arbitral awards.*



*В настоящее время Рабочая группа ЮНСИТРАЛ ведет подготовку документа о приведении в исполнение международных коммерческих мировых соглашений, достигнутых в рамках посредничества (процедуры медиации). Он направлен на создание механизма упрощенного и ускоренного приведения в исполнение внесудебных мировых соглашений, заключаемых сторонами по итогам таких процедур. Этот документ в случае его имплементации государствами может сыграть весьма позитивную роль в развитии внесудебного урегулирования международных коммерческих споров посредством медиации, внося дополнительную определенность в результат такого урегулирования. Имплементация данного документа в случае его принятия ЮНСИТРАЛ была бы полезна для российских участников внешнеэкономического оборота, а также для развития российской правовой системы.*

*Разработка и последующая имплементация такого документа возможна как в форме международной конвенции, так и в форме поправок к Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г. В то же время форма поправок к типовому закону позволит в большей степени принять во внимание специфические потребности российской правовой системы и обеспечить защиту от рисков злоупотреблений механизмом упрощенного и ускоренного приведения в исполнение медиативных соглашений.*

*Имплементации подобного документа не препятствует отсутствие в России, а также в некоторых других странах механизмов упрощенного принудительного исполнения внесудебных мировых соглашений. Предусмотренный в документе ЮНСИТРАЛ механизм предоставляет возможность судам снизить риски злоупотреблений в каждом конкретном случае. Этот механизм в целом является сбалансированным и учитывает интересы сторон и публичные интересы.*

*В то же время работа по имплементации потребует для минимизации возможных злоупотреблений дополнительного рассмотрения всех возникающих вопросов.*

*Ключевые слова: ЮНСИТРАЛ; медиация; мировое соглашение; медиативное соглашение; альтернативное разрешение спора (АРС); приведение в исполнение арбитражных решений.*



## 1. Introduction

When the international business chooses between the dispute settlement procedures, it usually pays attention to sustainability and enforceability of the result. This follows, in particular, from the global survey made within the recent Global Pound conference series: 52 % of those polled saw the demand for certainty and enforceability of outcomes as a key influencer on such decision<sup>1</sup>.

As regards international arbitration, its legal result consists in an arbitral award, which, if necessary, can be internationally enforced through the mechanism established in the New York Convention in 1958. The court considering an application to enforce the award shall grant it without any further trial on the merits. The party against whom the award is enforced may invoke a very limited number of grounds for the court to refuse it.

Things are quite different with international dispute settlement by mediation. Its legal result consists in a settlement agreement reached with the assistance of a mediator («settlement agreement»). Should a party fail to fulfill it, the other party would have to commence litigation or arbitration against it through an ordinary procedure, often time-consuming and costly. This discourages use of international mediation which is a valuable tool for a smooth development of the world economy and has a great potential to harmonize turbulent business relations. Therefore the problem of establishing a special mechanism for international enforcement of mediated settlement agreements has come into international agenda.

In other words, a cross-border settlement agreement is usually considered as a contract and is internationally enforceable in the same way as other

---

<sup>1</sup> *Th.J. Stipanowich, What Have We Learned from the Global Pound Conferences? (27 November 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/27/learned-global-pound-conferences/>> (last accessed – 29 January 2018).*

contracts. Meanwhile, currently UNCITRAL carries out work to make it internationally enforceable in a way similar to foreign arbitral awards.

UNCITRAL Working Group has focused on working out draft instruments on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation<sup>1</sup> in the form of a convention and, as an alternative, amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002 (hereinafter – Draft Convention, Draft Model Law; in total – Draft). At its 68<sup>th</sup> session on 5–9 February 2018 in New York the Working Group including the Russian delegation continued its work on preparation of the Draft.

This paper analyzes whether it makes sense for Russia to take part in such international convention or to adopt legislation following the proposed amendments to the said Draft Model Law.

The legal analysis in this paper is limited to Russian law only.

## 2. Essence of the Draft

The Draft aims to provide an opportunity to give legal effect and enforce settlement agreements outside the country of their conclusion in a simple and convenient way. With this aim, a party would need to apply at the court (or other competent authority) of the state where the agreement is sought to be relied upon. As the New York Convention of 1958, the Draft provides a limited list of grounds to refuse such application, such as an incapacity of the party, nullity of the agreement under the applicable law, and some others. Therefore, it is not about an automatic coercive enforcement of settlement agreements, but, in fact, it is *just about reducing the range of possible grounds for the court to refuse recognition and enforcement*.

---

<sup>1</sup> A/CN.9/WG.II/WP.205/Add.1 – Settlement of commercial disputes – International commercial mediation: preparation of instruments on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/22/PDF/V1708322.pdf?OpenElement>> (last accessed – 29 January 2018).

Initially the Working Group used the term «conciliation», but at its 67<sup>th</sup> session the Working Group reached a shared understanding that the terms «conciliation», «conciliator» and other similar terms should be replaced with the terms «mediation», «mediator» and corresponding terms in the instruments as well as in the UNCITRAL Conciliation Rules (1980) (see: A/CN.9/WG.II/WP.205 – Settlement of commercial disputes – International commercial mediation: preparation of instruments on enforcement of international commercial settlement agreements resulting from mediation. Note by Secretariat, para. 4 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V17/083/16/PDF/V1708316.pdf?OpenElement>> (last accessed – 29 January 2018)).

The Draft deals specifically with *international* «settlement agreements». An agreement is international if at least two parties to the settlement agreement have their places of business in different states; or the state in which the parties to the settlement agreement have their places of business is different from either: (i) the state in which a substantial part of the obligations under the settlement agreement is to be performed; or (ii) the state with which the subject matter of the settlement agreement is most closely connected<sup>1</sup>.

The Draft does not cover enforcement of those settlement agreements, which have been approved by the court judgment in the state of their conclusion or by an arbitral tribunal as an arbitral award on agreed terms<sup>2</sup>. The agreements approved by the court judgment can be enforced abroad in the same manner as ordinary foreign judgments (and there are other international instruments for that, e.g. treaties on legal assistance and the Hague Choice of Court Convention of 2005). Foreign arbitral awards on agreed terms are subject to enforcement abroad like ordinary foreign arbitral awards in accordance with the New York Convention of 1958.

So, the essence of the Draft consists in creating a mechanism for a simplified cross-border enforcement of extrajudicial settlement agreements similar to the mechanism of simplified cross-border enforcement of arbitral awards established in the New York Convention of 1958 and in Art. 35 (Grounds for Refusing Recognition or Enforcement) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

### **3. Legal Effect and Enforcement of Settlement Agreements in Russian Law**

At present, the following regime for enforcement of settlement agreements operates in Russia. A settlement agreement on a dispute arising out of civil legal relations, concluded by the parties as a result of mediation, conducted without referring the dispute to court or arbitral tribunal, is, in itself, a civil contract. Protection of rights violated as a result of failure to properly perform such contract is carried out by ways provided for by civil law<sup>3</sup>.

An agreement concluded by the parties as a result of mediation, conducted after the referral of the dispute to litigation, may be approved by the

---

<sup>1</sup> Draft Convention, Art. 3(1); Draft Model Law, Art. 15(4).

<sup>2</sup> Draft Convention, Art. 1(3); Draft Model Law, Art. 15(3).

<sup>3</sup> Federal Law of 27 July 2010 No. 193-FZ (as amended on 23 July 2013) «On Alternative Procedure for the Settlement of Disputes Involving a Mediator (Mediation Procedure)» (hereinafter – Law on Mediation), Art. 12(4).

court as a settlement agreement in accordance with procedural legislation. The resulting ruling is enforceable as a court judgment on the merits or, as appropriate, legislation on arbitration<sup>1</sup>. If the parties concluded a settlement agreement after the referral of the dispute to arbitration they may ask the arbitral tribunal to render a consent award enforceable in the same way as an arbitral award on the merits.

Consequently, if a settlement agreement is concluded out-of-court, it is enforceable likewise as any other contract: through filing an appropriate claim at competent court or arbitral tribunal.

Russian legislation does not provide for a special procedure for enforcement of international settlement agreements.

Therefore, in Russian law now there is no special regime for enforcement of settlement agreements: it remains the same as for other contracts.

#### **4. Advisability of Russia's Implementation of the Draft from Different Perspectives**

##### ***4.1. Improvement of the Environment for Foreign Commerce and Investment Attractiveness of Russia***

As follows from the mentioned above, in Russian law if a party to an out-of-court settlement agreement fails to perform its obligations voluntarily, the other party will be forced to file a claim at court or arbitral tribunal in ordinary proceedings. The proceedings can be very time-consuming: in states courts, due to several levels of judicial review; in arbitration, taking into account overall lengthy procedure. They also often prove costly, especially for foreign parties, and their outcome is frequently uncertain. As a result, parties tend to view the settlement agreement as an instrument that is not effective enough, and the attempt to settle the dispute peacefully – as a waste of time and other resources. Therefore they seek to resolve their disputes by litigation or arbitration, rather than settle them amicably. This prejudices the good business relations of the parties, which entails loss of profit. It also contributes to increasing the burden of caseload on judges.

In international business disputes, it is especially important for the parties to ensure the sustainability of the result of the dispute settlement terms: the legal force and enforceability of the settlement agreement in the jurisdiction where the counterparty and / or its property are located. This is connected to the additional difficulties for the foreign party to protect

---

<sup>1</sup> Law on Mediation, Art. 12(3).

their rights abroad (foreign legal system, costs for legal representatives, differences in legal culture).

Thus, the lack of a uniform legal mechanism for cross-border recognition of the legal force and enforcement of settlement agreements hinders the referral of the parties to amicable dispute settlement, in particular to mediation.

When making the decision to conclude a deal with a Russian party, it is important for the foreign party to make sure that in case of a dispute the parties will be able to effectively resolve it without resorting to court, and the concluded settlement agreement, if necessary, can be enforced in Russia without resorting to a lawsuit. Such confidence may become a decisive factor in favor of concluding a deal with a Russian business entity.

Russian participants in foreign trade are also interested in the result of the dispute settlement procedure which has legal force, in particular in the country of location of the foreign counterparty enterprise or their property, and is enforceable through a simple and straightforward procedure<sup>1</sup>. The Draft aims to ensure such result.

Consequently, the implementation of the Draft will make the outcome of the dispute settlement of international commercial disputes more sustainable and increase the investment attractiveness of Russia.

#### ***4.2. Development of Mediation of Economic Disputes in Russia and Beyond***

Mediation is a technology for an amicable settlement of commercial and other disputes. Potentially it has a positive social and economic potential for Russian society, which stands out as highly contentious, with abounding conflicts<sup>2</sup>. At the same time, state courts are unable to cope with the resolution of these conflicts. Thus, the Russian courts of general jurisdiction an-

---

<sup>1</sup> This is indicated by Russian researches (see, e.g.: *O.V. Dmitriev & A.A. Furtak*, Nekotorye aspekty ispolneniya mediativnogo soglasheniya [Some Aspects of the Execution of the Settlement Agreement], *Vestnik Omskogo universiteta* [Bulletin of Omsk University], 2013, No. 3, p. 249–253).

<sup>2</sup> The advisor to the President of the Russian Federation V.F. Yakovlev noted that *«the ability to correctly resolve conflicts can significantly reduce discords in society. Over the past decades conflicts in society has increased dramatically. Our task is to find various ways to reduce conflicts. But more important is the ability to adequately exit conflicts, the ability to settle them based on the balance of conflicting parties' interests»* (Nemetskie i rossiyskie yuristy obsudili v TPP RF sovremennuyu praktiku i perspektivy razvitiya arbitrazha i mediatsii v Rossii i Germanii [German and Russian Lawyers Have Discussed in the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation Modern Practice and the Prospects of Development of Arbitration and Mediation in Russia and Germany] (22 September 2015) <<http://tpprf.ru/ru/news/nemetskie-i-rossiyskie-yuristy-obsuzhdayut-v-tpp-rf-sovremennuyu-praktiku-i-perspektivy-razvitiya-ar-198167/>> (last accessed – 29 January 2018)).

nually consider about 15 million cases<sup>1</sup>, and state commercial courts – about 1.5 million cases<sup>2</sup>. Average caseload of a judge constitutes several hundreds of cases *per annum*<sup>3</sup>.

The burden on judges is therefore extremely high and reduces the possibility of in-depth consideration of each dispute and the quality of the judgments rendered by the court. In this regard, it is necessary to support and develop mediation in every possible way, which the Russian top political leaders repeatedly draw attention to<sup>4</sup>. This also applies to commercial disputes.

Nowadays, mediation in Russia is practiced but uncommon. One of the reasons consists in the lack of trust towards the results of the procedure, the settlement agreement, or more specifically, towards its enforcement.

The Draft, as noted above (see Part 2), precisely aims at the creation of an international mechanism for a simplified enforcement of settlement agreements.

Its implementation will benefit amicable resolution of the controversies between parties to foreign economic transactions. It will give the parties confidence in the sustainability of the result of the dispute settlement procedure, increase legal certainty and promote a more active resort to mediations by the parties. Thus, the parties will be able to settle disputes more effectively themselves, rather than by a court decision or arbitral award. In such way adoption of the Draft Convention or Model Law will lead to implementation of legal rule *favor conciliationis* (favorizing reconciliation of disputing parties) contained in Russian procedural legislation<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> So, in 2015, courts of general jurisdiction examined in the first instance with a ruling (court order) about 16 million cases (see: Byulleten' Verkhovnogo Suda Rossiyskoy Federatsii [Bulletin of the Supreme Court of the Russian Federation], 2017, No. 1, p. 46).

<sup>2</sup> Information on the practice of applying the Law on Mediation for 2015 (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 22 June 2016) (placed in the Russian law database «ConsultantPlus»).

<sup>3</sup> «Sudya – ne mashina dlya prinyatiya resheniy» [«A judge is not a machine for making decisions»]: Interview with the Director General of the Judicial Department at the Supreme Court of the Russian Federation Alexander Gusev (6 December 2016) <<https://iz.ru/news/649322>> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>4</sup> For example, ex-President of Russia D.A. Medvedev, already in 2010 noted that «*the institution of mediation is without a doubt an absolutely positive thing. ... This is just what has been suffered, what can be done quickly, without using the state machine and what is highly efficient*» («Institut mediatsii – absolutno pozitivnaya veshch» [«Institution of Mediation is an absolutely positive thing»] <<http://www.mediacia.com/news/133.html>> (last accessed – 29 January 2018)).

<sup>5</sup> Russian Commercial Procedure Code, Art. 190; see also Arts. 2 («*The tasks of legal proceedings in arbitration courts shall be... 6) assistance in the formation and development of partnership business relations, the formation of customs and ethics of business turnover*») and 138(1)

### **4.3. Development of the Russian Legal System**

The implementation of the UNCITRAL Draft will entail further development of the Russian legal system: by creating a mechanism for enforcing international settlement agreements, it will also be logical to subsequently simplify the procedure for enforcing *domestic* settlement agreements (*i.e.* on disputes between Russian persons and without a foreign element).

At the same time, it would be reasonable to start the reform from the agreements on the settlement of *international* commercial disputes: in such transactions, the parties are usually most professional and able to protect their interests when negotiating agreements.

Consequently, the implementation of the Draft in Russia would positively impact Russian business turnover and, above all, Russian foreign economic activity. It will also contribute to further development of the Russian legal system.

## **5. Enforcement of Settlement Agreements in the Context of Russian Legal Culture**

### **5.1. Insignificance of Mediation Experience in Russia as an Argument against the Implementation of the Draft in Russia**

At present commercial disputes involving Russian parties are infrequently settled through mediation. Therefore, the very problem of improving the enforcement of settlement agreements has not yet been recognized as urgent by the Russian participants in international business turnover. This problem is rather familiar to companies in those countries, whose legal culture has already accumulated more significant experience in applying mediation. For example, the problem is known to the US companies, which more often conclude settlement agreements with each other, and also with parties from other countries<sup>1</sup>. Accordingly, they better understand the benefits of a simplified enforcement. That is why the USA is the initiator of the idea for the Draft<sup>2</sup>.

---

*(«The arbitral tribunal shall take measures to reconcile the parties, assist them in settlement of the dispute»).*

<sup>1</sup> E.I. Nosyreva, *Alternativnoe razreshenie sporov v SShA* [Alternative Dispute Resolution in the USA], Moscow: Gorodets Publishing House, 2005.

<sup>2</sup> The Government of the United States of America submitted to the UNCITRAL Secretariat a proposal in support of future work in the area of international commercial conciliation. Its English version was submitted to the Secretariat on 30 May 2014 (see: A/CN.9/822 – Proposal by the Government of the United States of America: future work for Working Group II <<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?OpenAgent&DS=A/CN.9/822&Lang=E>> (last accessed – 29 January 2018)).

So, in its comments in relation to the Draft Russia stated that «*[i]n the Russian Federation, the practice of using mediation/conciliation proceedings in commercial relations is currently in the very early stages of development. The business community in the Russian Federation has not yet gained the necessary experience for a broad application of this alternative method of settling disputes and differences of opinion in both domestic and international trade*»<sup>1</sup>.

Scarcity of such experience does not mean, however, that it is too early to introduce the simplified mechanism for enforcement of settlement agreements. First of all, as a result of the implementation of the Draft, Russian participants in foreign economic activity will be able to take advantage of the simplified mechanism of enforcing the settlement agreement *on par* with foreign ones. Disputes arising in the conduct of international business are very diverse and can be settled on different terms. So, the terms of the settlement agreement, in many cases, can include obligations of an American or European company to pay money to a Russian legal entity. In that case, the simplified mechanism for enforcement will be very useful for the Russian party.

Secondly, the practice of mediation in Russia is not that small. As noted above, above 1000 cases annually settle by mediation<sup>2</sup>.

Thirdly, one of the deterrents for the development of mediation is the absence of a simplified mechanism for enforcing a settlement agreement: Russian participants in foreign trade (their lawyers) fear that the outcome of the mediation will be insufficiently stable (not completely definitive), unlike judicial decisions. In favor of this, in particular, speak the results of the survey conducted by N.I. Gaidaenko Schaer: 86 % of respondents considered it necessary to legislatively enhance legal certainty and enforceability of the result of the agreement, reached by parties through extrajudicial mediation<sup>3</sup>.

Many specialists from various countries of the world express the opinion that the attractiveness of amicable dispute resolution will increase if the

---

<sup>1</sup> A/CN.9/846/Add.4 – Settlement of commercial disputes – Enforcement of settlement agreements resulting from international commercial conciliation/mediation – Compilation of comments by Governments, para. 4 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/041/89/PDF/V1504189.pdf?OpenElement>> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>2</sup> Information on the practice of applying the Law on Mediation for 2015 (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 22 June 2016) (placed in the Russian law database «ConsultantPlus»).

<sup>3</sup> N.I. Gaidaenko Schaer, Yuristy, sud'i i al'ternativnye sposoby razresheniya sporov: itogi odnogo oprosa [Lawyers, Judges and Alternative Dispute Resolution: The Results of a Poll], Treteyskiy sud [Arbitration Court], 2015, No. 1(97), p. 122–123.

settlement agreement reached during such procedure will use the regime of accelerated enforcement in a manner similar to the arbitral award<sup>1</sup>.

Postponing adoption of a new mediation-enhancing legislation until a large mediation practice develops creates a «vicious circle»: the practice of mediation will not grow, because the legal environment is not favorable enough, and the environment will not improve, because considerable practical experience has not been accumulated. The Draft helps to «break» such a vicious circle.

In view of this, insignificance of mediation experience in Russia does not constitute a convincing argument against the implementation of the Draft in Russia.

### ***5.2. Does Availability of Arbitration Make Mediation Unnecessary?***

Russia also argues that *«as practice shows, the availability of international arbitration procedures to contractors on the whole meets the demand dictated by the current level of development of international economic relations. Almost all international contracts drawn up in the vast majority of commercial transactions in international commercial trade include an arbitration clause. This allows contractors who have reached a settlement agreement resulting from mediation/conciliation proceedings to have such an agreement enforced, having requested an arbitral tribunal to convert their settlement agreement into an arbitral award on agreed terms»*<sup>2</sup>. However, is it not necessary to establish favorable legal conditions for the parties so that they can settle their disputes without resorting to arbitration? Definitely yes, given huge expenses and time required for an international arbitration.

Furthermore, if the parties commence arbitration after their dispute is already settled, merely to render a consent award, this raises doubt as to international enforceability of such award because existence of a pending dispute constitutes a precondition of a genuine arbitration<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A/CN.9/514 – Draft Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, para. 77 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/544/93/PDF/V0254493.pdf?OpenElement>> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>2</sup> A/CN.9/846/Add.4 – Settlement of commercial disputes – Enforcement of settlement agreements resulting from international commercial conciliation/mediation – Compilation of comments by Governments, para. 4.

<sup>3</sup> *Y. Kryvoi & D. Davydenko*, Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 40 (2015), No. 3, p. 845–849 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2580572](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2580572)> (last accessed – 29 January 2018).

In view of this, a simplified enforcement of mediated settlement agreements remains important notwithstanding availability of arbitration.

### **5.3. Combating Possible Abuse of the Simplified Mechanism by Dishonest Parties**

#### *5.3.1. Third Parties' Rights and Public Interests*

At present, the level of legal culture in Russia is generally insufficiently high. In these circumstances, some dishonest participants in business turnover will definitely try to abuse the simplified enforcement mechanism of settlement agreements, *e.g.*, to cover illegal transactions, or for money laundering or tax evasion.

As known, dishonest persons try to use, *inter alia*, arbitration for illegal purposes: such parties initiate arbitral proceedings and eventually obtain an arbitral award in order to cover up the illegal transfer of money or other property. A similar possibility appears for them also through the use of cross-border settlement agreements: under the guise of the settlement agreement unscrupulous parties can effect a cross-border payment that does not have lawful grounds. However, the very possibility of abuse of the simplified mechanism for enforcing international commercial settlement agreements does not mean that such mechanism should be abandoned, as discussed in the framework of UNCITRAL. Above all, the mediation procedure itself aims at ensuring that the interests of the party are duly taken into account and reflected in the settlement agreement.

Studies of statistical data on the activities of Russian state courts have shown that the actions of the mediators in 2015 have been disputed neither in the courts of general jurisdiction, nor in the state commercial courts. Information on filing court claims against mediators (*e.g.*, on compensation for damages caused by the mediation procedure) remains unavailable. Cases of challenging validity of settlement agreements are rare. At the same time, according to statistical information from the Supreme Court of the Russian Federation, in 2016 mediation was successfully applied in 1223 cases<sup>1</sup>, in 2015 in 1115 cases and in 2014 in 1329 cases respectively<sup>2</sup>, which are rather considerable numbers.

---

<sup>1</sup> Consolidated statistical data on the activities of federal courts of general jurisdiction and justices of the peace for 2016, No. 2 «Report on the Work of Courts of General Jurisdiction on the Review of Civil, Administrative Cases at First Instance», sec. 4 <<http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=3832>> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>2</sup> Information on the practice of applying the Law on Mediation for 2015 (approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation on 22 June 2016) (placed in the Russian law database «ConsultantPlus»), secs. 1 and 2.

Therefore, the risk of concluding a settlement agreement that grossly violates third parties' rights or public interests is not very significant.

Aside from that, the Draft is about enforcing contracts concluded between professional participants in foreign economic transactions. As a rule, each of them usually has in-house lawyers or consultants and procedures for internal approval of transactions that ensure the agreements being in accordance with the interests of the company.

Furthermore, the Draft contains a number of safeguards that allow counteracting the abuses and otherwise protecting public interests. Thus, when considering the issuance of a writ of execution to a settlement agreement, the court has the right to:

- any necessary document in order to verify that the [conditions] [requirements] of the Convention have been complied with<sup>1</sup>. This gives the court broad powers: if the judge doubts the legality of the transaction, then he or she has the right to demand proof of its legality;
- determine the law applicable to the operation and enforcement of the settlement agreement, if the parties have not agreed upon such law<sup>2</sup>;
- refuse to enforce the settlement agreement, if this would contradict the public policy of Russia<sup>3</sup>. The application of public policy reservation allows to prevent significant violations in each particular case<sup>4</sup>;
- refuse to enforce the settlement agreement if the dispute is not capable of settlement by mediation under Russian law<sup>5</sup>. For example, according to Art. 1(5) of the Law on Mediation, it does not apply if the dispute affects or may affect the rights and legitimate interests of third parties, not participating in the mediation procedure, or public interests.

It is also stipulated in the Draft that the state, upon accession to the Convention has the right to declare that the Convention does not apply to the settlement agreement, to which it is a party or any of its governmental agencies<sup>6</sup>. Russia should make such a reservation. This would prevent the risk of internationally enforcing a dishonestly concluded settlement

---

<sup>1</sup> Draft Convention, Art. 4(4); Draft Model Law, Art. 17(4).

<sup>2</sup> Draft Convention, Art. 5(1)(b); Draft Model Law, Art. 18(1)(b).

<sup>3</sup> Draft Convention, Art. 5(2)(a); Draft Model Law, Art. 18(2)(a).

<sup>4</sup> *D.L. Davydenko & A.N. Khizunova, Znachenie i funktsii ogovorki o publichnom poryadke v inostrannom i rossiyskom prave* [The Meaning and Function of the Reservation on Public Policy in Foreign and Russian Law], *Zakon* [Statute], 2013, No. 2, p. 31–38.

<sup>5</sup> Draft Convention, Art. 5(2)(b); Draft Model Law, Art. 18(2)(b).

<sup>6</sup> Draft Convention, Art. 8(1)(a).

agreement (*e.g.*, as a result of bribery) against a Russian governmental agency.

At the same time, taking into account the risk of abuse of the simplified mechanisms for enforcement of the settlement agreement, consideration should be given to the possibility for establishing additional guarantees (model legislative provisions) in the Convention, verifying the content of such agreements. Such guarantees may be, for example, the mandatory notary form of the agreement and its analogues; requirements for mediators: availability of professional status, registration in the register or participation in a self-regulated organization for mediators, availability of a mediator's signature on the agreement and others.

### 5.3.2. *Violation of a Party's Rights*

A dishonest party may abuse the simplified order of enforcement of settlement agreements against the other party. For instance, the settlement agreement may be concluded on disadvantageous terms for one of the parties due to the presence of a conspiracy with its representative or the defiance of the party's will, or due to inequality of bargaining power.

However, the Draft contains means to protect the rights of a *bona fide* party, against whom a settlement agreement is being enforced. Such party has the right to present evidence to the court that the settlement agreement is void, inoperative or incapable of being performed; or the obligations in the settlement agreement have been performed; or the settlement agreement is not binding, or is not final, according to its terms; or has been subsequently modified; or is conditional so that the obligations in the settlement agreement of the party against whom the settlement agreement is invoked have not yet arisen<sup>1</sup>.

In addition, the party has a right to refer to a competent court with a claim for recognizing the settlement agreement as invalid, or to use other remedies of similar nature. If, after that, the other party turns to the court to enforce the agreement, then the court may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the settlement agreement and may also, on the request of a party, order the other party to give suitable security<sup>2</sup>.

It seems that all of this allows preserving the balance of rights of the parties and protects against abuses of the mechanism.

---

<sup>1</sup> Draft Convention, Art. 5(1)(b), (c); Draft Model Law, Art. 18(1)(b), (c).

<sup>2</sup> Draft Convention, Art. 6; Draft Model Law, Art. 18(3).

Many of the mentioned mechanisms have long been used by the Russian courts when examining applications to issue writs of execution to arbitral awards<sup>1</sup>.

Therefore, such mechanisms are known to Russian judges and have been tested in practice.

Aside from that, Russian courts have broad experience of examining applications on the approval of settlement agreements: a ground for refusal is breach of the law or a contradiction with the rights of other parties. To verify these circumstances, the courts also take appropriate measures, including demanding evidence.

In view of this, the risk in question does not seem to be significant, and there could be established adequate measures to minimize it, known to the Russian law and practice, and provided for by the Draft.

## 6. Other Pros and Cons

### ***6.1. The Lack of Uniform International Standards for the Conduct of Mediation and Control over the Mediation Procedure***

An analysis of the international experience in the regulation of mediation has shown that, at present, there is no uniformly accepted standard for the conduct of mediation and mediator training: different countries have their own standards<sup>2</sup>. As such, it does not pose a risk for Russia and its business turnover in case of the implementation of the Draft. The real risk consists in the improper conduct of mediation, leading to the conclusion of an agreement that grossly violates the interests of the party. This issue was examined above at Sec. 5.3.2. Aside from that, the Draft provides for the right of the party against whom the enforcement is sought, to refer to the following:

- there was a serious breach by the mediator of standards applicable to the mediator or the mediation, without which breach that party would not have entered into the settlement agreement; or

---

<sup>1</sup> Russian Commercial Procedure Code, Ch. 30, § 2.

<sup>2</sup> *N.I. Gaidenko Schaer*, Al'ternativnye mekhanizmy razresheniya sporov kak unstrument formirovaniya blagopriyatnoy sredy dlya predprinimatel'skoy deyatelnosti (opyt Rossii i zarubezhnykh stran) [Mechanisms of Alternative Dispute Resolution as a Tool of Creation of Favorable Environment for Entrepreneurial Activities (Experience of Russia and of the Foreign Countries)]: Monograph, N.G. Semilyutina (ed.), Moscow: INFRA-M, 2016 (placed in the Russian law database «ConsultantPlus»).

- there was a failure by the mediator to disclose to the parties circumstances that raise justifiable doubts as to the mediator's impartiality or independence and such failure to disclose had a material impact or undue influence on a party, without which failure that party would not have entered into the settlement agreement<sup>1</sup>.

In those cases the court is to reject the enforcement of the settlement agreement.

It should be noted that the New York Convention of 1958 was adopted at a time when there was not yet a single standard of arbitration set out in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, which was adopted only in 1985. Nevertheless, this convention has become very successful, including in Russia<sup>2</sup>.

Furthermore, the mediator, unlike the arbitrator, has no authority to make a binding decision for the parties on the substance of the dispute. Thus, the parties themselves determine the content of the settlement agreement.

Summing up, the existing risks of Russia's implementation of the Draft for Russia and its business turnover are not so significant as to outweigh the advantages associated with such implementation. At the same time, later it will be necessary to elaborate further on the issues related to the need to combat abuses, peculiar to states with a low legal culture.

## ***6.2. Will Not the Mechanism Be Too Complex?***

In its comments in relation to the Draft Russia also stated that the legal mechanism needed to enforce international settlement agreements is unlikely to be less complex than the current mechanism for enforcing international arbitral awards. In addition, to develop it will require unified solutions, which will be extremely difficult to achieve given the rather profound differences in approach in this matter among domestic legal systems, which largely reflect their prevailing cultural and legal traditions<sup>3</sup>.

As a whole, the UNCITRAL legal mechanism is identical to the legal mechanism for enforcement of foreign arbitral awards that has long been

---

<sup>1</sup> Draft Convention, Art. 5(1)(d), (e); Draft Model Law, Art. 18(1)(d), (e).

<sup>2</sup> ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges, The Hague: ICCA, 2011, p. v <[http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges\\_guide\\_english\\_composite\\_final\\_jan2014.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/1/13890217974630/judges_guide_english_composite_final_jan2014.pdf)> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>3</sup> A/CN.9/846/Add.4 – Settlement of commercial disputes – Enforcement of settlement agreements resulting from international commercial conciliation/mediation – Compilation of comments by Governments, para. 4.

known to Russian law<sup>1</sup> and the issuance of writ of execution to domestic arbitral awards<sup>2</sup>. This mechanism is clearly more favorable for the creditor than filing a lawsuit.

Cultural differences are significant in disputes between individuals, especially in family or inheritance disputes, and disputes involving consumers. Therefore, these disputes are specifically excluded from the scope of the Draft<sup>3</sup>. In commercial disputes, especially international, these differences are minimal. Therefore, the creation of a uniform standards for the enforcement of international commercial settlement agreements is possible, despite the differences.

In view of this, this argument is not convincing.

### ***6.3. Whether Special Regime for Enforcing International Settlement Agreements Can Be Harmoniously Integrated into the Russian Legal System***

If Russia takes part in a convention based on the Draft or adopts legislation following the Draft Model Law, this will mean that cross-border settlement agreements will be enforced in a way different from domestic settlement agreements. However, such divergence between international and domestic dispute resolution rules is feasible. This is shown by the experience in successfully integrating international mechanisms in relation to international arbitral awards: the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the New York Convention of 1958 have long been implemented into the Russian legal system with undoubted positive effect for the Russian foreign trade. Since long time enforcement of international and domestic arbitral awards is governed by different, though in many ways similar rules (see Sec. 6.2 above).

Aside from that, further consideration could be given to the possibility of developing an identical or similar mechanism for «domestic» settlement agreements.

In view of this, the special regime for enforcing international settlement agreements can be harmoniously integrated into the Russian legal system.

Consequently, the arguments against Russia's implementation of the Draft for Russia and its business do not outweigh the advantages of such implementation.

---

<sup>1</sup> Russian Commercial Procedure Code, Ch. 31 (Proceedings on Cases on Recognition and Enforcement of Decisions of Foreign Courts and Foreign Arbitral Awards).

<sup>2</sup> Russian Commercial Procedure Code, Ch. 30, § 2.

<sup>3</sup> Draft Convention, Art. 1(2); Draft Model Law, Art. 15(2).

## **7. What Changes Need to Be Made to the Russian Legislation to Simplify the Order of Enforcement of Settlement Agreements in Accordance with the Draft**

If Russia takes part in a convention based on the Draft or adopts legislation following the Draft Model Law, this will require the following changes to the Russian legislation. First of all, it will be necessary to amend the Law on Mediation, namely, to supplement it with a separate chapter «Recognition and Enforcement of International Mediated Agreements»<sup>1</sup>. It will provide for a procedure for the recognition and enforcement of international settlement agreements on commercial disputes in accordance with the Draft. It may be similar in structure to Sec. 3 (Enforcement of International Settlement Agreements) of the Draft Model Law.

Apart from that, the Law on Mediation will need to refer to the procedural legislation, for example, as follows:

*«An international commercial settlement agreement, regardless of the country in which it was concluded, is recognized as binding and when a written application is submitted to the competent court, it is enforced subject to the provisions of the articles ..., as well as provisions of the procedural legislation of the Russian Federation».*

Accordingly, it will be necessary to include into the Russian Commercial Procedure Code (or a similar code adopted in future) of the Russian Federation with a chapter on the recognition and enforcement / issuance of writ of execution for international settlement agreements on disputes arising from civil legal relations in the conduct of entrepreneurial (and other economic) activities. The chapter must apply where the party, against which an application for enforcement of the settlement agreement has been made, or the property of that party is located on the territory of Russia.

The chapter may be similar in structure to § 2 of Ch. 30 of the Russian Commercial Procedure Code.

The implementation of the Draft will not have a significant impact on the enforcement procedure because it will be carried out on the writs of execution issued by the Russian court upon the application of the party to the settlement agreement, in the same way as it is routinely done now on the writs of execution issued by the Russian court upon the application of the party to the arbitral award. Therefore amendments to the Federal Law of 2 October 2007 No. 229-FZ «On Enforcement Proceedings» appear unnecessary.

---

<sup>1</sup> Russian Law on Mediation uses the term «mediated agreement» (*«mediativnoye soglashe-nie»*) to define settlement agreement.

## 8. Which Form of the Instrument is Preferable from the Ones Discussed in UNCITRAL?

UNCITRAL works out two instruments:

- Convention;
- Model Law (model legislative provisions).

Each of the discussed instruments is considered separately below.

### 8.1. Convention

The advantage of the convention as an instrument is that it creates a uniform legal regulation, mandatory for participating countries. In addition, such a convention, like the New York Convention of 1958, will prevail over the less favorable national legislation. This means that if the domestic legislation of a country does not provide for a convenient mechanism for enforcing international settlement agreements, then the parties (including, as appropriate, Russian participants in foreign trade) will still be able to enforce them in a simplified manner. From this point of view, the convention as an instrument is efficient.

Professor S.I. Strong from the University of Missouri conducted an international web survey on the development of the draft UNCITRAL convention on international commercial mediation. 74 % of the respondents (mainly lawyers) recognized the practicability of preparing and concluding a convention on the implementation of a settlement agreement, resulting from international commercial mediation<sup>1</sup>. However, a drawback of convention is that its entry into force, in view of its contractual nature, requires the consent of other states to participate. Many countries today have not expressed their opinion on the practicability of working on a new convention. In addition, as shown above, great differences exist between countries in regulating settlement agreements, as well as any agreements on dispute settlement, and also mediation, and there are no generally accepted standards. In Russia, same as in China, Croatia, Kazakhstan and Israel<sup>2</sup>, unlike a number of other countries

---

<sup>1</sup> S.I. Strong, Use and Perception of International Commercial Mediation and Conciliation: A Preliminary Report on Issues Relating to the Proposed UNCITRAL Convention on International Commercial Mediation and Conciliation (University of Missouri School of Law Legal Studies Research Paper No. 2014-28) <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2526302](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2526302)> (last accessed – 29 January 2018), p. 45. Geographical distribution of the respondents: 35 % from the USA, 11% from Great Britain, 27% from the rest of the countries in Europe, 13% from Asia (Ibid., p. 13).

<sup>2</sup> Law on Mediation, Art. 15(1).

(e.g., France, Cyprus, Greece, Macedonia, Spain, Turkey)<sup>1</sup>, the mediation law currently allows the activity of non-professional mediators who have not undergone special training. This raises doubts as to the quality of the resulting settlement agreements assisted by non-professionals.

The mediation practice also remains very different, in many countries it is still developing. However, some countries, e.g. Algeria, indicated the usefulness of developing an international instrument to recognize and implement such agreements<sup>2</sup>, even though there are no specific provisions in their legislation on international commercial mediation.

In the light of the above, a wide adoption by states of the mediation counterpart of the New York Convention of 1958 can hardly be predicted in a short term. However, the adoption of the convention and the participation of Russia in it, makes sense in the long run: it will benefit all those involved in international commerce.

### **8.2. Model Law**

The efficiency of the model law as an instrument relates to the fact that each state (including Russia) can adopt an appropriate regulation independently of other states. Also, each state has the right to opt out at its own discretion from the provisions of the model law. For comparison, limitation on the adoption of a convention can only be made on a small set of issues.

Accordingly, the model law gives states more freedom of action than the convention. It allows for differences between countries better than the convention. Mediation, as a procedure, is less uniform than arbitration because arbitration, by its nature, is an adversarial procedure and, as such, in many significant aspects is analogous to litigation, and mediation, by its nature, constitutes negotiations.

As a result, the drawback of the model law is that the legal regulation of the conditions and the procedure for enforcing settlement agreements may vary from country to country. This can lessen legal certainty.

---

<sup>1</sup> *St. Asproffas, G. Matteucci, F.N. Arslan, O. Tsiptse, Š. Mačiulis, D. Shimoni, R. Tena, M. Padeanu, S. Šimac, D. Davydenko, U. Caser, S.M. Fleury, M. Karaketov, E. Ruiz Alvarado, E. Spiroska, S. Zheng Tang, J. Glavanits, D. D'Abate, M. El-Banna, G. Subramaniam, C. Rogula, F. Kutlik & M. Cornelis*, ADR in 24 Countries: Mediators and Ombudsmen <[https://www.academia.edu/attachments/55554425/download\\_file?st=MTUxOTQxOTE3MiwMTMuMjQuMTMzLjE4NjYwNjc4Mjcy&s=swp-toolbar](https://www.academia.edu/attachments/55554425/download_file?st=MTUxOTQxOTE3MiwMTMuMjQuMTMzLjE4NjYwNjc4Mjcy&s=swp-toolbar)> (last accessed – 29 January 2018).

<sup>2</sup> A/CN.9/846/Add.3 – Settlement of commercial disputes – Enforcement of settlement agreements resulting from international commercial conciliation/mediation – Compilation of comments by Governments, p. 2 <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V15/039/98/PDF/V1503998.pdf?OpenElement>> (last accessed – 29 January 2018).

At the same time, given the lack of uniform standards of mediation procedure and of uniform rules governing settlement agreement, a model law appears to be more practical instrument at least in the short run. It would allow to better take into account particular concerns of Russia (same as many other jurisdictions), such as the necessity to efficiently counteract abuses and ensure consistence with regulation of domestic settlement agreements.

## 9. Conclusions

Based on the analysis of the Draft, the global experience in regulating enforcement of settlement agreements, the Russian legislation and the practice of mediation, it makes sense for Russia to implement a mechanism for enforcing international agreements, resulting from international commercial mediation.

In itself, the absence in Russia and some other countries of the mechanisms for the simplified enforcement of out-of-court settlement agreements<sup>1</sup> does not impede the implementation of the Draft. The possibility of establishing such a mechanism for cross-border commercial settlement agreements does not require the prior availability of such mechanisms in all countries.

The implementation of the Draft entails a risk of abuse of the simplified procedure for enforcing a settlement agreement by dishonest parties against the other party, as well as the risk of its unfair use by both parties, for example, to cover illegal transactions, money laundering or tax evasion. The risk is related to the absence of unified world standards for conducting mediation procedure, guarantees of its quality and requirements to the mediator. As result, some settlement agreements might be illegal and might grossly violate the interests of one of the parties, third parties or public interests.

However, the Draft contains a number of safeguards to counteract abuses and otherwise protect the legitimate interests of the state and individuals. Above all, the Draft does not provide for the automatic enforcement of settlement agreements. Instead, it establishes a procedure for issuing the writ of execution to such agreements with the participation of both parties by the competent body of the state (the court). During the course of such procedure, enforcement may be refused on a limited range of grounds.

In particular, Russian competent state court would have the right to require parties to provide the necessary documents to verify the legality of the transaction, and is authorized to refuse to enforce the settlement agreement

---

<sup>1</sup> The term «out-of-court settlement agreements» in this paper encompasses those concluded outside litigation and arbitration.

if this will contradict the public policy of Russia. The court could also refuse to enforce the agreement if the mediator has exerted undue influence on any party or did not disclose circumstances that could cause grounds to doubt his / her impartiality or independence.

Nevertheless, taking into account the risk of abuse of the simplified mechanism for enforcement of the settlement agreement, consideration should be given to the possibility of establishing additional guarantees in the instrument to verify the content of such agreements. Such guarantees can be, for example, the mandatory notary form of the agreement and its analogues; introducing special requirements for mediators: availability of professional status, registration in the register or participation in a self-regulated organization for mediators, availability of a mediator's signature on the agreement and others. In this regards a model law appears to be more flexible and practical instrument than a convention.

When implementing the Draft, Russia should limit the scope of the simplified enforcement mechanism by stipulating that it does not apply to settlement agreements to which Russia itself or any of its public institutions are a party. The Draft allows this to be done.

The UNCITRAL mechanism for simplified enforcement of settlement agreements provides an opportunity for the courts to minimize the risks of abuse on a case-by-case basis. It is generally balanced and takes into account the interests of the parties and public interests.

Similar mechanisms are already known to the Russian judicial practice regarding enforcement of international arbitral awards. Considerable experience in their application has been accumulated by the state courts. Therefore, that risk for the law of Russia is known and controllable.

At the same time, it will be necessary to elaborate further on the issues related to the need to combat abuses.

## НЕКОТОРЫЕ ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЙ АРБИТРАМИ

А.В. Грищенко,  
партнер адвокатского бюро «КИАП»

*Роли психологии в арбитраже посвящено много зарубежных публикаций, в которых рассматриваются не только различные предубеждения, но и способы их преодоления. В России достаточно подробно исследованы вопросы влияния психологии на уголовный процесс, однако нет публикаций о роли психологии в третейском разбирательстве, хотя необходимость в них давно назрела.*

*В статье описаны некоторые важные психологические факторы, приводящие к ошибкам арбитров при принятии решений, в том числе с учетом российских особенностей ведения третейского разбирательства, и приведены рекомендации арбитрам и юристам по преодолению данных ошибок. Тщательная подготовка к делу, составление «дерева решений», чек-листов, критический анализ первого пришедшего в голову решения — вот некоторые способы уменьшения влияния психологических факторов.*

*Знание психологических факторов дает конкурентное преимущество как арбитрам, так и представителям, поскольку позволяет избежать ошибок и делать процесс более эффективным и правильным.*

*Ключевые слова: психология; арбитраж; предубеждения; национальные особенности; первое впечатление; эффект ореола; эффект якоря; принцип доступности; стереотипы.*



## **SOME PSYCHOLOGICAL ASPECTS OF ARBITRATOR DECISION-MAKING**

**ANNA GRISHCHENKOVA,**  
LL.M., Partner at *KIAP* Law Firm

*A great deal of foreign publications explores a role of psychology in arbitration; these publications analyze not only different biases, but also methods of avoiding them. In Russia majority of research and doctrine is dedicated to role of psychology in criminal proceedings; there are no publications about the role of psychology in arbitration, although the topic is relevant and important.*

*The article describes some key psychological aspects leading to arbitrator wrong decisions, taking into account national specifics of arbitration in Russia, and provides some recommendations for overcoming effect of biases and blinders. Careful preparation, drafting of «decisions trees», check-lists, overcoming first intuitive decision are some of the methods of avoiding influence of biases.*

*Knowledge of psychology provides a competitive advantage both for arbitrators and for counsels as far as it allows to avoid mistakes and to make a process more effective and accurate.*

*Keywords: psychology; arbitration; bias; national specifics; primacy effect; halo effect; anchoring effect; availability principle; stereotypes.*



## 1. Введение

За последние 100 лет процесс разрешения споров в третейском разбирательстве очень сильно поменялся. Арбитров, рассматривающих дела эпизодически, чаще всего являющихся представителями той отрасли, в которой возник спор, сменили опытные арбитры-юристы, сделавшие разрешение споров своей профессией. Арбитраж стал прибыльной индустрией с огромным числом участников, придерживающихся определенных ритуалов<sup>1</sup>. Он все стремительнее теряет черты «закрытого клуба» и движется в сторону открытости и предсказуемости<sup>2</sup>. Растет конкуренция: между арбитражными центрами – за стороны, между арбитражными юристами – за споры и между арбитрами – за назначения.

Казалось бы, обладание наибольшим опытом в разрешении споров является для арбитра неоспоримым преимуществом, однако его одного уже недостаточно. Чтобы получить назначение, арбитрам необходимо не только подтверждать имеющийся опыт и знание применимого права, но и демонстрировать открытость ума, качество принимаемых решений<sup>3</sup>. И действительно, серия экспериментов, проводившихся с участием арбитров, подтвердила, что ошибки совершают любые арбитры, независимо от их возраста, опыта и пола<sup>4</sup>. Причиной таких ошибок являются особенности психики человека.

Следовательно, понимание арбитрами и сторонами психологии становится все важнее.

---

<sup>1</sup> См.: *Gaillard E.* Sociology of International Arbitration // *Arbitration International*. 2015. Vol. 31. P. 1–17 <<http://www.arbitration-icca.org/media/7/70785051257890/emmanuel-gaillard--sociology-of-international-arbitration-042715-ia.pdf>> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> См.: *Rogers C.A.* Transparency in International Commercial Arbitration // *Kansas Law Review*. 2006. Vol. 54. P. 1301–1337 <[https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1233&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1233&context=fac_works)> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.).

<sup>3</sup> 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration / Queen Mary University of London; White & Case <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.). P. 25–26.

<sup>4</sup> *Franck S.D., Aaken A. van, Freda J., Guthrie C., Rachlinski J.J.* Inside the Arbitrator's Mind // *Emory Law Journal*. 2006. Vol. 66. P. 1115–1173 <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=2631&context=facpub>> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.).

Еще в 1990 г. президент Американской арбитражной ассоциации (American Arbitration Association (AAA)) Роберт Коулсон (Robert Coulson) высказался следующим образом: «Большинство исследований в области арбитража посвящены дискуссиям о применимом праве или о различных процессуальных правилах. Представляется, однако, гораздо более важным попытаться проанализировать, как и почему арбитры принимают решения»<sup>1</sup>. Арбитры, которым был показан проект настоящей работы, подтвердили, что психология имеет колоссальное значение в арбитраже, в том числе потому, что, как заметил один из арбитров, «арбитры — это люди со своими страстями».

Различные исследования в области поведенческой экономики об иррациональном поведении людей<sup>2</sup> привели к появлению большого количества зарубежных публикаций о влиянии психологии на процесс принятия судьями и арбитрами решений<sup>3</sup>. Как остроумно заметил Уильям Парк (William W. Park), «привлекательность этой темы в большой степени основана на том, что она фокусируется на самой любимой теме человека — на нем самом»<sup>4</sup>. В зарубежной литературе уже обсуждаются не только предубеждения и неосознанные ошибки арбитров, но и способы их преодоления. Наиболее прогрессивные арбитры, например одна из ведущих американских арбитров Эдна Сасман (Edna Sussman), вырабатывают специальные методики сокращения негативного

<sup>1</sup> «Most studies of arbitration are devoted to discussions about the applicable law or the various procedural rules. It seems far more important to try to analyze how and why arbitrators make up their minds» (Coulson R. The Decision-making Process in Arbitration // Arbitration Journal. 1990. Vol. 45. Issue 3. P. 37).

<sup>2</sup> Kahneman D. Thinking, Fast and Slow. — NY: Farrar, Straus and Giroux, 2011; Ariely D. Predictably Irrational: The Hidden Forces That Shape Our Decisions. — NY: HarperCollins Pub., 2010; Gladwell M. Blink: The Power of Thinking Without Thinking. — NY: Boston: Little, Brown & Co., 2005; Thaler R.H., Sunstein C.R. Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness. — NY: Penguin Books, 2009.

<sup>3</sup> Начиная со статьи К. Гатри, Дж. Рачлински и Э. Вистрича (Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases // Cornell Law Review. 2007–2008. Vol. 93. P. 1–43 <<https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1707&context=facpub>> (последнее посещение — 29 декабря 2017 г.)) и заканчивая книгой о психологии в арбитраже (The Roles of Psychology in International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 40) / T. Cole (ed.). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017).

<sup>4</sup> Park W.W. Chapter 1. Rules and Reliability: How Arbitrators Decide // The Roles of Psychology in International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 40) / T. Cole (ed.). P. 3.

действия психологических факторов<sup>1</sup>. В России пока нет публикаций даже о влиянии психологии на процесс принятия арбитрами решений, не говоря уже о способах минимизации негативного влияния<sup>2</sup>. Однако потребность в таких обсуждениях назрела, что подтверждается в том числе мнением нескольких российских арбитров и практикующих юристов, которым был показан проект настоящей работы и которые подтвердили актуальность и пользу данной темы.

В рамках одной статьи совершенно невозможно осветить все психологические аспекты принятия арбитрами решений. В психологии существует огромное количество направлений, таких как психоанализ, гештальтпсихология, когнитивная психология, нейролингвистическое программирование, социальная психология, психодрама и т.п. Данная статья не претендует на то, чтобы быть исчерпывающим научным исследованием. Еще предстоит выработать систему, задачи и методы исследования роли психологии в арбитраже. Целью настоящей статьи является знакомство читателей с наиболее важными и существенными психологическими факторами, приводящими к ошибкам в принятии решений, и некоторыми советами по преодолению данных ошибок. Данная работа будет полезна и практикующим юристам, и арбитрам, стремящимся сделать процесс более эффективным и правильным.

## **2. Некоторые психологические факторы, влияющие на процесс принятия решений**

### ***2.1. Первое впечатление***

*«У вас не будет второго шанса произвести первое впечатление».* Данная фраза кажется забавной игрой слов лишь до тех пор, пока не озна-

---

<sup>1</sup> Понятие «психологические факторы» является достаточно широким, поскольку под ними можно понимать любые закономерности возникновения, развития и функционирования психики и психической деятельности человека и групп людей. Для целей настоящей статьи под «психологическими факторами» понимаются особенности восприятия, обработки, запоминания информации человеком (арбитром), ведущие к возможным ошибкам и искажениям при принятии решений.

<sup>2</sup> Был осуществлен быстрый поиск литературы в правовых системах, каталоге Российской государственной библиотеки, доступных изданиях «Вестника международного коммерческого арбитража». По его итогам было выявлено, что в России большинство публикаций на стыке психологии и права посвящено роли психологии в уголовном процессе. Публикации на тему психологии в гражданском процессе практически отсутствуют. Публикаций о роли психологии в третейском разбирательстве выявлено не было.

комишься с результатами психологических исследований, подтверждающих колоссальную роль первого впечатления при принятии решений.

Первое впечатление становится своеобразным фильтром, через который человек обрабатывает последующую информацию. Исследования подтвердили, что пришедший к определенному выводу человек начинает игнорировать информацию, опровергающую сложившийся вывод. Еще более важно то, что такое игнорирование происходит неосознанно.

Так, в недавнем исследовании английским докторам дозированно предоставляли информацию о состоянии здоровья пациентов. Достаточно быстро на основании частичной информации врачи ставили диагноз. Предоставляемая позднее информация, которая должна была его поменять, врачами игнорировалась: они использовали лишь данные, подтверждающие их первое мнение<sup>1</sup>. Результаты шокируют, ведь речь идет о здоровье пациентов и о ситуациях, когда неправильный диагноз может повлечь катастрофические последствия.

Процесс третейского разбирательства также связан с последовательным предоставлением информации, т.е. существует риск формирования ошибочного мнения у арбитров на ранних стадиях арбитража.

Можно, конечно, сказать, что приведенные выше ошибки свойственны лишь врачам, а опытные арбитры от них защищены, ведь это совершенно особая порода людей. Однако исследования показали, что принятие решений путем искажения не вписывающейся в существующую точку зрения информации происходило у любых участников соответствующих экспериментов, независимо от их статуса и профессии: у людей, делавших ставки, у потенциальных присяжных, у обычных людей, у профессиональных экспертов, включая судей в боксерских матчах, у аудиторов, у продавцов<sup>2</sup>.

Приведем еще один пример влияния «первого впечатления». В одном эксперименте участникам нужно было оценить интеллектуальные способности студентов. Им выдавали информацию о студентах частями; данные были указаны на карточках, которые последовательно одну за одной открывали участники. Они могли прекратить эксперимент в любой момент, когда считали, что предоставленной информации

---

<sup>1</sup> *Ayton P., Helleringer G.* Chapter 2. Bias, Vested Interests and Self-Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality // *The Roles of Psychology in International Arbitration* (= *International Arbitration Law Library*. Vol. 40) / T. Cole (ed.). P. 42.

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

достаточно для того, чтобы сформировать суждение об уме соответствующего студента. Эксперимент подтвердил, что если участнику студент нравился, то он дольше искал информацию, которая бы позволяла данному студенту оценить хорошо. Если студент участнику эксперимента не нравился, то оценивающий удовлетворялся парой плохих сведений и отзывался о способностях студента плохо<sup>1</sup>.

Первое впечатление тесно связано с психологическими особенностями принятия людьми решений. Подтвержденная многочисленными экспериментами теория нобелевского лауреата Даниэля Канемана<sup>2</sup> предусматривает, что есть две основные системы принятия решений: система 1 – это принятие быстрых, неосознанных, автоматических решений; система 2 – это принятие решений осознанно, с помощью умственных усилий. Так, например, принятие решений в ходе вождения автомобиля опытным водителем происходит неосознанно, с помощью системы 1. Математические вычисления более сложны и требуют включения системы 2.

Исследования подтверждают, что в ходе неосознанного решения проблемы задействуется правое полушарие мозга, а в случае, когда проблема или вопрос разрешаются осознанно, подключается левое полушарие, и процесс становится для человека более сложным и тяжелым<sup>3</sup>. Поскольку в течение дня любому человеку приходится принимать тысячи решений, большинство из них в целях экономии умственных сил принимается автоматически.

Специальные исследования подтверждают, что быстро принимаемые решения не всегда правильные. Особенно велик риск ошибки, когда вопрос кажется человеку простым, а ответ очевидным и для получения правильного результата вначале необходимо отвести первый пришедший в голову неверный ответ. Эксперименты подтвердили, что в таких ситуациях ошибки допускали и судьи<sup>4</sup>, и арбитры<sup>5</sup>.

Насколько часто судьи и арбитры принимают быстрые решения?

---

<sup>1</sup> *Ayton P., Helleringer G.* Op. cit. P. 38.

<sup>2</sup> *Kahneman D.* Op. cit. Далее цитирование осуществляется по электронной книге в формате *Kindle*. Ссылки на данную работу указывают на местоположение цитаты в электронной книге.

<sup>3</sup> *McGilchrist I.* *The Master and His Emissary: The Divided Brain and the Making of the Western World.* — New Haven; L.: Yale University Press, 2009. Loc. 1825 (цитирование осуществляется по электронной книге в формате *Kindle*).

<sup>4</sup> *Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J.* Op. cit.

<sup>5</sup> *Franck S.D., Aaken A. van, Freda J., Guthrie C., Rachlinski J.J.* Op. cit.

Исследования в Америке показывают, что присяжные принимают решение на основании первых выступлений сторон, и в 90 % случаев оно потом не меняется.

Опрос иностранных арбитров также показал, что часто они принимают решения очень быстро<sup>1</sup>.

Опрос российских арбитров пока не проводился, но некоторые российские судьи подтвердили, что они в 90 % случаев с самого начала знают, каким будет решение, и не ошибаются в дальнейшем<sup>2</sup>.

Таким образом, можно говорить, что в подавляющем большинстве случаев первое впечатление у людей – и арбитры не исключение – формируется очень быстро. При этом данное впечатление становится основой для принятия последующих решений, которые могут быть неверными.

## 2.2. Эффект «якорей»

Под «якорением» в психологической литературе понимается использование определенных данных, чаще всего цифр, в качестве отправной точки, базы при принятии решений.

Так, в известном эксперименте Дэн Ариели (Dan Ariely)<sup>3</sup> приходил к своим студентам и просил записать на бумаге последние две цифры своего свидетельства социального страхования. Студенты записывали. Дальше Ариели показывал бутылку воды, или шоколад, или ручку и расхваливал эти предметы. Затем он предлагал студентам устроить импровизированный аукцион по приобретению данных предметов и сообщить, за какую цену они готовы их купить. Выяснялось, что те, у кого последние цифры свидетельства были меньше, были готовы и платить меньше за предлагаемые предметы. Те же, у кого послед-

<sup>1</sup> *Sussman E.* The Arbitrator Survey – Practices, Preferences and Changes on the Horizon // The American Review of International Arbitration. 2015. Vol. 26. No. 4. P. 524–525 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2824441](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2824441)> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.); *Idem.* Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them // The Roles of Psychology in International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 40) / T. Cole (ed.). P. 59 <<https://sussmanadr.com/wp-content/uploads/2017/05/Psychology-and-Arbitrators-no-TOC-Kluwer-book-chapter-2017.pdf>> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> Эта позиция была озвучена судьями государственного арбитражного суда на конференции *SibLegalWeek*, проводившейся в Новосибирске в ноябре 2017 г. Судьи выступали в одной сессии с автором настоящей работы. По просьбе судей их фамилии не указываются.

<sup>3</sup> *Ariely D.* Op. cit.

ние цифры в свидетельстве были больше, предлагали за предметы значительно большую цену. Иными словами, студенты в отсутствие другой информации по цене предметов в качестве отправной точки, своеобразного «якоря», неосознанно использовали те цифры, которые у них имелись, несмотря на то что они не имели никакого отношения к оцениваемому предмету.

Исследования подтвердили, что «якоря» срабатывают и у судей, и арбитров.

Так, в одном эксперименте американским судьям предложили оценить дело об автомобильной аварии, повлекшей ампутацию руки истца. Всем судьям были представлены одни и те же факты. Однако одна группа судей слышала, что в ходе досудебного урегулирования истец требовал выплаты ему 10 млн долл., а другая, «контрольная» группа судей слышала требование «об уплате большой суммы денег». Те судьи, которые слышали требование о 10 млн долл., присуждали истцу компенсацию в размере до 2 210 тыс. долл., в то время как «контрольная» группа судей присуждала до 808 тыс. долл.<sup>1</sup>, т.е. почти в три раза меньше.

В другом эксперименте арбитрам представили для разрешения дело об изъятии земельного участка и выплате за него справедливой компенсации. Дело было осложнено различными обстоятельствами, однако главный вопрос, поставленный перед арбитрами, был об определении размера убытков. Им сообщали, что стороны представляли различные экспертные заключения, расчеты и т.д. При этом в любом случае ответчик утверждал, что стоимость земельного участка составляет 1 млн долл.; истец же требовал в одном случае выплаты 10 млн долл., а в другом — 50 млн долл. Присужденная арбитрами сумма в первом случае составляла 16 млн долл., а во втором — 24 млн долл. Таким образом, сумма требований влияла на итоговое решение арбитров<sup>2</sup>.

В недавнем российском деле<sup>3</sup>, рассмотренном Арбитражным судом города Москвы, эффект «якоря» с высокой степенью вероятности повлиял на сумму взысканной неустойки. Истец указывал, что просрочка поставки оборудования составляет 4000 дней, поэтому взыскание

---

<sup>1</sup> Guthrie C., Rachlinski J.J., Wistrich A.J. Op. cit. P. 20.

<sup>2</sup> Franck S.D., Aaken A. van, Freda J., Guthrie C., Rachlinski J.J. Op. cit. P. 1142–1143.

<sup>3</sup> Автора привлекли к участию в данном деле на этапе апелляции. В суде апелляционной инстанции было заключено мировое соглашение, выплаты по которому были значительно ниже, чем присужденная судом первой инстанции сумма.

неустойки в размере 2 млн евро является оправданным. В действительности впечатляющее количество дней просрочки сложилось путем умножения 100 единиц оборудования на 40 дней просрочки их поставки. Реальная просрочка в виде 40 дней задержки не является такой уж существенной по сравнению с просрочкой в 4000 дней. Полагаем, что на принятое решение о взыскании неустойки в полном размере, в сумме 2 млн евро, повлиял в том числе «якорь» в виде «4000 дней просрочки», несмотря на то что данная информация была неким лукавством со стороны истца.

Таким образом, эффект «якоря» может приводить к искаженному восприятию информации и принятию неправильных решений при разрешении вопросов о взыскании убытков, неустойки и т.п. «Якоря» могут неосознанно влиять даже при решении принципиального вопроса о том, кто прав и виноват в споре: так, например, в случае предъявления истцом завышенных требований арбитры могут неосознанно стремиться к тому, чтобы присудить ему хоть какую-то компенсацию, уделяя меньшее внимание тому, насколько исковые требования обоснованы в принципе.

### *2.3. Эффект ореола (halo effect)*

Данный эффект был открыт психологами более 100 лет назад<sup>1</sup>. Они пришли к выводу, что какое-то одно качество (красота, социальный статус, возраст и т.п.) вызывает положительное или отрицательное впечатление, которое затмевает все остальные, и при этом действие такого качества является непропорциональным.

Так, например, привлекательные люди кажутся более успешными и более умными. Привлекательным детям ставят лучшие оценки. Успешным компаниям приписывают лучшие качества, но те же компании в случае их краха немедленно наделяются плохими характеристиками.

В третейском разбирательстве эффект ореола может заключаться в том, что к позициям юристов из известных юридических фирм или юристов, представляющих большие, значимые компании, могут прислушиваться больше. Аргументы таких юристов могут казаться более весомыми, даже если это не так. Другим примером может быть большее доверие со стороны арбитров более взрослым экспертам или свидетелям, независимо от других факторов.

<sup>1</sup> *Dobelli R. The Art of Thinking Clearly / Trans. by N. Griffin. NY: HarperCollins Pub., 2013. P. 119* (здесь и далее цитируется по электронной книге в формате *Kindle*).

Интересен в этом плане российский опыт преодоления эффекта ореола.

Так, по словам бывших судей ВАС РФ, при принятии решения о передаче дела на рассмотрение в Президиум использовалась информация, предоставляемая помощником судьи, которая намеренно не включала в себя названия сторон и сумму спора, чтобы избежать влияния данных факторов на решение судей.

Другой пример — методика проведения студенческого конкурса по арбитражу корпоративных споров им. В.П. Мозолина<sup>1</sup>. Обычно в таких конкурсах арбитрам известно, какие вузы представляют те или иные команды. Отличительной чертой конкурса им. В.П. Мозолина стало то, что ни в письменных материалах, ни в устных выступлениях не упоминалось наименование вуза, команды были идентифицированы лишь номерами. Впоследствии некоторые арбитры признались, что в таком случае было непросто оценить уровень команд, потому что терялся ориентир в виде вуза. Очень интересно, что в итоге в тройку победителей данного конкурса вошли команды из двух региональных вузов, в то время как обычно в подобных конкурсах побеждают московские команды. Следует считать, что такой результат вызван минимизацией эффекта ореола.

#### ***2.4. Эффект доступности информации***

Эффект доступности заключается в том, что чем проще какая-то информация всплывает в памяти, тем она кажется достовернее.

Так, например, людей спрашивали, каких слов в английском языке больше — начинающих на букву К или тех, в которых буква К является третьей. Люди полагали, что слов на букву К больше. Причиной такого ответа было то, что слова на букву К приходили в голову быстрее и легче, нежели слова, в которых буква К стояла третьей. Однако данный ответ был неверным<sup>2</sup>.

На доступность информации влияют различные факторы. Одним из них является частота освещения события в средствах массовой информации.

Один из самых ярких примеров — это поведение людей после катастроф. Так, после авиакатастрофы, которую освещают по всем каналам, люди какое-то время боятся летать. В этот период значительно

---

<sup>1</sup> См.: <<http://modernarbitration.ru/2017/07/04/студенческий-конкурс-по-арбитражу-ко/>> (последнее посещение — 29 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> Kahneman D. Op. cit. Loc. 99.

повышаются продажи страховых полисов. Статистика показывает, что шансы попасть в автокатастрофу в 50 раз выше, чем шансы попасть в авиакатастрофу. Однако статистика не успокаивает. Поскольку в результате освещения в СМИ образы обломков самолета и истории погибших очень ярко запечатлеваются в сознании людей, им кажется, что шансы умереть во время полета гораздо выше. Со временем, когда о катастрофе перестают говорить, люди снова спокойно летают<sup>1</sup>.

Другой фактор, влияющий на доступность информации, — это собственный опыт человека. Нет ничего более весомого, чем аргумент «я всегда так поступал, и все было хорошо». Врачи могут использовать один и тот же метод лечения, поскольку он срабатывал в прошлом; эксперты в сложной ситуации могут не искать путь решения конкретной проблемы, а пытаться адаптировать известные им методы<sup>2</sup>.

Применительно к международному коммерческому арбитражу, поскольку участники процесса и арбитры могут быть из разных стран, при оценке доступности информации стоит учитывать также национальные особенности, вызванные различиями в воспитании, культуре, образовании, регулировании профессии в разных странах. Вещи, кажущиеся очевидными представителям одной культуры, могут быть неизвестными представителям другой.

Различиям ведения процесса в странах общего права и континентального права уделяется достаточно много внимания. Однако стоит помнить, что различаются подходы к ведению дела, оценке аргументов не только у юристов стран общего права и континентального права, но и у юристов разных стран одной правовой системы, например системы континентального права. Так, например, в рамках одного эксперимента исследовали критерии оценки доказательств во Франции и Нидерландах. Франция и Нидерланды имеют большое количество сходств как две западноевропейские страны, относящиеся к системе континентального права. При этом подходы к оценке силы доказательств в этих странах значительно различаются: так, в Нидерландах силу имеет заключение любого эксперта, а во Франции доказательственная сила заключения зависит от авторитета выдавшего его эксперта<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Kahneman D.* Op. cit. Loc. 2134.

<sup>2</sup> *Dobelli R.* Op. cit. P. 36.

<sup>3</sup> *Hornikx J.* Chapter 4. Cultural Differences in Perceptions of of Strong and Weak Arguments // *The Roles of Psychology in International Arbitration* (= *International Arbitration Law Library*. Vol. 40) / T. Cole (ed.). P. 85.

Приведем еще один пример влияния национальных особенностей на разрешение спора. Так, в одном деле<sup>1</sup>, рассмотренном Венским международным арбитражным центром (Vienna International Arbitral Centre (VIAC)), возник спор между российским заводом и немецким поставщиком оборудования по вопросу оплаты поставленного на завод оборудования. Российский завод отказался платить за оборудование, поскольку оно оказалось непригодным для производства конкретной продукции. Завод неоднократно просил поставщика исправить недостатки, предлагал искать вместе способы решения проблемы, но поставщик в категоричной форме отказался предпринять какие-либо меры для того, чтобы оборудование можно было использовать. Немецкий поставщик ссылался на то, что завод работает в антисанитарных условиях, для которых немецкое оборудование не приспособлено. Арбитром по делу был австрийский юрист, опыт и видение которого совпадали с опытом немецкого поставщика, но не российского завода. В итоге он принял решение о полном взыскании стоимости оборудования с российского завода, несмотря на то что использовать его по назначению было невозможно.

Значение имеет и профессиональный опыт арбитров.

В одном эксперименте, проводившемся с участием арбитров, 20 разных арбитражных панелей слушали одну и ту же аудиозапись устного слушания по спору о нарушении контракта. Все были арбитрами, однако половина была брокерами, половина — производителями. Спор вытекал из договора купли-продажи, и основной вопрос по делу состоял в том, вправе ли был ответчик-брокер расторгнуть контракт. Сравнение результатов показало, что арбитры, являвшиеся брокерами, гораздо чаще приходили к решению в пользу ответчика-брокера, нежели арбитры, связанные с производством<sup>2</sup>.

Еще одним проявлением эффекта доступности является срабатывание стереотипов. Так, например, в России в спорах между банками и заемщиками чаще всего арбитры и судьи выносят решения в пользу банков, поскольку «банки всегда правы», а «заемщики всегда недобросовестны». В строительных спорах есть тенденция рассматривать всех подрядчиков как работающих некачественно, а всех заказчиков как

---

<sup>1</sup> Информация приводится на основании анализа автором материалов данного дела. В целях соблюдения конфиденциальности наименования сторон и другие детали не приводятся.

<sup>2</sup> *Sussman E.* Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. P. 64.

пытающихся экономить и не платить. Другим примером может быть дело в МКАС при ТПП РФ<sup>1</sup>, в котором ответчики – голландские производители оборудования – подделали документы, имеющие существенное значение для разрешения спора. Принятие данной информации дается непросто, поскольку срабатывает стереотип, что голландские компании очень надежные, а фальсификация информации скорее может исходить от российской стороны. В описанных случаях преодоление стереотипов требует значительных дополнительных усилий<sup>2</sup>.

Таким образом, все изложенное свидетельствует о том, что в результате влияния эффекта доступности больший вес могут приобретать не самая важная информация и аргументы, а та информация, которая больше соответствует взглядам и позиции арбитра. В итоге могут быть приняты неверные решения.

### **2.5. Излишняя самоуверенность**

По словам Люси Рид (Lucy Reed), *«арбитры обладают здоровым эго, так же как и адвокаты, которые появляются перед ними. Во многих случаях эта уверенность в себе и есть то, чего хотят стороны, – иметь человека, готового принимать сложные решения. Однако подразумевается, что эти решения будут правильными, а мы, смертные, как известно, склонны переоценивать свои способности в некоторых обстоятельствах»*<sup>3</sup>.

Так, например:

– когда мужей и жен спрашивали, какую часть домашних дел они выполняют, общая сумма ответов составляла более 100 %;

– когда новобрачных спрашивали, каковы шансы, что они разведутся, они указывали, что шансы нулевые, несмотря на знание о том, что средний уровень разводов составляет 50 %;

– 94 % опрошенных преподавателей университета утверждали, что они лучше среднестатистических преподавателей, но данная позиция

<sup>1</sup> Автор принимал участие в данном деле; в целях соблюдения конфиденциальности наименования сторон и другие детали не приводятся.

<sup>2</sup> Стереотипы работают в обе стороны. Юристы также склонны использовать их при оценке арбитров. Так, в недавно проводившемся опросе были выявлены определенные стереотипы в отношении женщин-арбитров (см.: Опрос Арбитражной ассоциации (РАА) 2017: участие женщин в арбитраже в качестве арбитров <<http://arbitrations.ru/upload/medialibrary/8dc/ZHenshchiny-arbitry-RAA.pdf>> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.)).

<sup>3</sup> *Reed L.* The Kaplan Lecture 2012 «Arbitral Decision-Making: Art, Science or Sport?» <[http://www.arbitration-icca.org/media/4/42869508553463/media113581569903770reed\\_tribunal\\_decision-making.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/42869508553463/media113581569903770reed_tribunal_decision-making.pdf)> (последнее посещение – 29 декабря 2017 г.). Р. 6.

не может быть верной даже с точки зрения все той же статистики. Среднестатистические данные, как видно даже по определению, относятся к большинству случаев (т.е. не менее 50 %). Соответственно, в категорию выше среднего входят обычно не более 10–20 % людей, но никак не 94 %<sup>1</sup>.

Не являются исключением из правила о переоценке своих возможностей и судьи, и арбитры.

Так, в одном исследовании 90 % опрошенных американских судей указали, что их решения имеют больше шансов быть оставленными в силе судом апелляционной инстанции, нежели решения среднестатистических судей.

Согласно исследованию арбитров, проведенному Эдной Сассман, больше 90 % арбитров к моменту подписания решения уверены в его правильности на 8–10 баллов по десятибалльной шкале<sup>2</sup>. По словам Сассман, она смогла убедиться в силе эффекта чрезмерной уверенности на собственном опыте. После выступления на конференции с докладом на тему допускаемых судьями ошибок она спросила одного из своих коллег, что он думает о докладе. Коллега ответил, что тема интересная, но не относится к арбитрам, поскольку в докладе речь шла об ошибках судей<sup>3</sup>.

Можно предположить, что чрезмерная уверенность в своих силах у большинства людей неистребима. Однако нужно помнить, что излишняя уверенность в собственной правоте может приводить к преждевременным выводам и недостаточной проработке альтернативных точек зрения и возможностей, а следовательно, к ошибкам при принятии решений.

### **3. Некоторые особенности принятия арбитражных решений в России**

Третейское разбирательство в России имеет свои особенности, которые потенциально могут служить дополнительным катализатором возникновения ошибок в ходе принятия решений. К сожалению, исследований на эту тему пока нет, приведенные ниже примеры сформулированы по итогам интервью и обсуждений с арбитрами.

---

<sup>1</sup> *Reed L.* Op. cit. P. 6–7.

<sup>2</sup> *Sussman E.* Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. P. 57.

<sup>3</sup> *Ibid.* P. 66 (fn. 85).

Во-первых, не является редкостью ситуация, когда арбитры не готовятся к рассмотрению дела заранее, а разбираются с документами и доводами сторон во время устного слушания. Такой подход увеличивает шансы принятия быстрого и неправильного решения на основании первого впечатления.

Так, в недавно рассмотренном деле<sup>1</sup> в ходе устного слушания стало понятно, что арбитр не читал заранее материалы дела, а после заслушивания позиции истца принял ее как достоверную и в дальнейшем все вопросы ответчику задавал уже исходя из этого. Принятое в итоге решение было в пользу истца.

Не оспаривая правильность результата разрешения конкретного спора, представляется неверным сам подход к рассмотрению дела, заключающийся в попытке арбитра быстро понять, что происходит и кто в споре прав и виноват. Помимо всего прочего, с учетом того, как важно «первое впечатление», такой подход приводит к возникновению преимущества у лица, выступающего первым<sup>2</sup>, т.е. к нарушению принципа равного отношения к сторонам.

Отсутствие подготовки к делу может в том числе привести к неправильной оценке показаний свидетелей. Арбитры, особенно опытные, часто полагают, что прекрасно разбираются в людях и видят, когда они обманывают. Исследования, однако, демонстрируют, что распознать ложь на самом деле очень сложно. Невербальные проявления, которые чаще всего ассоциируются с обманом, такие как потирание носа, бегающие глаза, могут свидетельствовать, например, лишь о нервозности, но не о намеренной лжи<sup>3</sup>.

Во-вторых, гонорары арбитров в России являются очень низкими по сравнению с гонорарами арбитров в иностранных юрисдикциях. Гонорары «боковых» арбитров еще меньше, чем гонорар председателя. Ничто человеческое арбитрам не чуждо, а потому небольшая оплата совсем не мотивирует их тщательно готовиться к процессу, заранее

<sup>1</sup> Автор принимал участие в деле на стороне истца; в целях соблюдения конфиденциальности наименования сторон и другие детали не приводятся.

<sup>2</sup> В зарубежной литературе уже поднимается вопрос о том, что лицо, выступающее первым или ведущее первым перекрестный допрос свидетелей, получает необоснованное преимущество, поскольку арбитры на протяжении часов, а иногда и дней выслушивают позицию данного лица и его версию событий (см., например: *Cumrot M.A., Levine P. Chapter 8. Going First Makes a Difference: Decision-Making Dynamics in Arbitration // The Roles of Psychology in International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 40) / T. Cole (ed.). P. 175).*

<sup>3</sup> *Экман П. Психология лжи. СПб.: Питер, 2016.*

изучать все материалы, писать решение. Скорее, наоборот, у арбитров неосознанно возникает желание минимизировать свои временные и умственные затраты. Как заметил Матиас Шерер (Matthias Scherer), *«предложение председателя, что соарбитр должен написать соответствующую часть решения, обычно встречается с энтузиазмом, если работа арбитров оплачивается по часам, а не используется обычное распределение гонорара в пропорции 40/30/30»*<sup>1</sup>.

Нередкой является ситуация, когда «боковыми» арбитрами председателю делегируется не только написание, но и принятие решений по делу. Данный подход представляется неправильным. Как в свое время заметил Бернхард Бергер (Bernhard Berger), *«миссия арбитра при получении назначения подразумевает, что мы все должны исполнять обязанности арбитра лично; в конце концов нас избирают для выполнения этой функции из-за наших собственных навыков, квалификации, опыта, репутации и т.д. В этой связи очевидно, что является недопустимым делегирование обязанности участия в совещании и голосовании третьему лицу... другому арбитру, председателю»*<sup>2</sup>.

В-третьих, в третейском разбирательстве в России достаточно часто значительную роль играет докладчик по делу, который готовит все документы, включая текст решения.

Похожие функции в иностранных юрисдикциях выполняет секретарь арбитражного трибунала (tribunal secretary, administrative secretary). Несмотря на то что объем его допустимых функций является спорным вопросом, по-разному разрешаемым различными международными арбитражными центрами, единой является точка зрения о недопустимости участия секретаря в процессе принятия решения<sup>3</sup>.

Достаточно часто в процессе написания решения может стать ясно, что сделанные арбитрами выводы не подтверждаются или опровергаются доказательствами, соответственно, обоснование выводов, а порой

---

<sup>1</sup> Scherer M. Drafting the Award // Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). NY: Juris Pub., 2014. P. 27.

<sup>2</sup> Berger B. The Legal Framework: Rights and Obligations of Arbitrators in the Deliberations // Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). P. 10.

<sup>3</sup> Polkinghorne M., Rosenberg Ch. B. The Role of the Tribunal Secretary in International Arbitration: A Call for a Uniform Standard // Dispute Resolution International. 2014. Vol. 8. No. 2 <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=FF94ED13-F7F6-4B09-9F7E-19251723A559>> (последнее посещение— 29 декабря 2017 г.).

и принципиальное решение в пользу истца или ответчика должно быть изменено. В случае если проект решения изготавливается докладчиком с учетом полученных от арбитров указаний о принципиальном итоге спора и в дальнейшем не проверяется арбитрами, потенциально существует риск принятия неправильного или недостаточно мотивированного решения, которое может быть впоследствии отменено государственным судом.

В любом случае *«подготовленный секретарем результат не освобождает арбитра от обязанности лично проанализировать документы. Подготовленное секретарем резюме по делу может быть неполным или содержать ошибки. Арбитр должен быть способен выявить такие недостатки на основании собственного детального знания материалов дела»*<sup>1</sup>.

#### **4. Некоторые рекомендации по преодолению влияния психологических факторов**

Как отметила Эдна Сассман, публикаций, посвященных влиянию психологических факторов на процесс принятия решения, значительно больше, чем публикаций, рассматривающих способы преодоления такого влияния<sup>2</sup>.

Не представляется возможным предложить исчерпывающий и всеобъемлющий перечень методов минимизации влияния психологических факторов на процесс принятия решений арбитрами. Поэтому ниже приведены лишь некоторые рекомендации, которые могут использовать представители и сами арбитры.

Первый шаг к разрешению проблемы — это признание того, что проблема существует.

В этой связи для минимизации рисков негативного влияния психологических факторов прежде всего необходимо знать об их существовании.

В дальнейшем задача представителей и арбитров — избегать автоматического принятия решений и делать это рационально.

---

<sup>1</sup> *Meier A.* Assistance to the Tribunal: An Overview // Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). P. 81.

<sup>2</sup> *Sussman E.* Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. P. 66.

Для представителей возможными способами могут быть:

– выстраивание правильной последовательности аргументов – озвучивание самого сильного аргумента в начале без ущерба, однако, эффектному окончанию;

– привлечение и удержание внимания арбитров<sup>1</sup>;

– выявление возможных «якорей» у арбитров и преодоление их негативного влияния;

– повышение мотивации арбитров по минимизированию рисков возможной отмены арбитражного решения.

Для арбитров возможными способами могут быть<sup>2</sup>:

– составление «дерева решения» со всеми ключевыми вопросами, подлежащими рассмотрению и оценке;

– составление чек-листов с указанием позиций обеих сторон и подлежащих доказыванию элементов данных позиций с последующей отметкой о том, были ли доказаны соответствующие элементы;

– составление чек-листов с указанием фактов, подтверждающих позиции одной и второй стороны;

– критический анализ первого пришедшего в голову решения, поиск причин, по которым такое решение может быть неверным, оценка альтернативных вариантов;

– обсуждение с другими арбитрами предварительных точек зрения.

По вопросу обсуждения точек зрения с другими арбитрами представляются интересными предложения известных иностранных арбитров. Так, по мнению Дэвида Ривкина (David W. Rivkin), вполне приемлема ситуация, когда арбитры начинают обсуждать свои мнения, сложившиеся на основании представленных доказательств и аргументов, еще до устного слушания. Подобные дискуссии, по его мнению, всегда должны предваряться фразами о том, что «на основании того, что я увидел, я пришел к таким-то выводам» или «мне бы хотелось увидеть больше доказательств по такому-то вопросу, поскольку это может поменять или не поменять мою точку зрения» и т.д. Озвученные таким образом точки зрения арбитров по-прежнему являются предварительными, поскольку они высказываются до того,

---

<sup>1</sup> Грановская Р.М. Элементы практической психологии. 2-е изд. Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1988. С. 51–65.

<sup>2</sup> См. подробнее: *Sussman E.* Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. P. 67–68.

как состоялось устное слушание, но при этом помогают процессу принятия решения быть более прозрачным<sup>1</sup>.

Необходимо, правда, учитывать, что делиться точкой зрения стоит в случае наличия доверия между арбитрами и отсутствия в арбитражном трибунале «недобросовестных» арбитров, являющихся «агентами» сторон, во избежание описанной Пьеро Бернардини (Piero Bernardini) ситуации. В одном из дел он во время обеда сообщил своим коллегам, что ему хотелось бы увидеть доказательства по одному из вопросов, и уже на ближайшем заседании сторона представила эти доказательства. Иными словами, арбитр, назначенный стороной, передавал ей информацию и давал советы<sup>2</sup>.

Эдна Сассман рекомендует арбитрам после каждого слушания суммировать доказательства и позиции сторон. Однако, чтобы избежать формирования стойкого убеждения на более раннем этапе, они должны озвучивать позиции разных сторон, т.е. один и тот же арбитр в один день объясняет другим арбитрам позицию одной стороны, а в другой день — позицию другой стороны. Объяснение противоположных позиций приводит к тому, что каждый арбитр-докладчик понимает позиции обеих сторон в споре и не ассоциирует себя ни с одной из них. Арбитр, который выполняет задание недобросовестно, теряет доверие со стороны других арбитров<sup>3</sup>.

Еще одна рекомендация от опытных арбитров — не брать слишком много дел, чтобы оставалось достаточно времени на подготовку и тщательное изучение всех вопросов — как фактических, так и правовых.

## 5. Заключение

Многие могут полагать, что основное значение в процессе разрешения спора имеют знание арбитрами применимого права и особенностей процесса и их опыт, а психологические факторы представляют интерес, но не более того.

---

<sup>1</sup> Rivkin D.W. Form of Deliberations // Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). P. 22.

<sup>2</sup> Bernardini P. Organization of Deliberations // Inside the Black Box: How Arbitral Tribunals Operate and Reach Their Decisions (= ASA Special Series. No. 42) / B. Berger, M.E. Schneider (eds.). P. 17.

<sup>3</sup> Sussman E. Chapter 3. Biases and Heuristics in Arbitrator Decision-Making: Reflections on How to Counteract or Play to Them. P. 62–63.

Однако это не так.

В настоящее время выбору арбитра для разрешения конкретного спора уделяется большое внимание<sup>1</sup>. Фраза о том, что «арбитраж настолько хорош, насколько хороши арбитры», стала крылатой.

В этой связи понимание и учет психологических факторов становятся дополнительным конкурентным преимуществом как для представителей сторон, так и для самих арбитров. Зная о возможных ошибках, юристы и арбитры могут их избегать. Подробное обсуждение роли психологии в арбитраже в иностранных публикациях подтверждает значимость данного вопроса.

С учетом важности этой темы хотелось бы надеяться, что со временем появятся и российские исследования на стыке психологии и права, освещающие вопросы влияния психологии на арбитраж и предлагающие способы преодоления возможных рисков, которые российские стороны и арбитры смогут использовать в своей практике.

---

<sup>1</sup> См.: The Art of Advocacy in International Arbitration / D. Bishop, E.G. Kehoe (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. — NY: Juris Pub., 2010; *Moxley Ch.J., Jr.* Selecting the Ideal Arbitrator // Dispute Resolution Journal. 2005. Vol. 60. No. 3. P. 24–28; *Грищенкова А.* Психология в процессе. Часть 3. Выбор арбитра (28 июля 2016 г.) <[https://zakon.ru/blog/2016/07/28/psihologiya\\_v\\_processe\\_chast\\_3\\_vybor\\_arbitra](https://zakon.ru/blog/2016/07/28/psihologiya_v_processe_chast_3_vybor_arbitra)> (последнее посещение — 29 декабря 2017 г.).

**Section 2**  
**SPECIFIC TYPES**  
**OF INTERNATIONAL ARBITRATION**

---

**Раздел 2**  
**ОСОБЫЕ ВИДЫ**  
**МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

## **CORRUPTION IN INVESTOR-STATE ARBITRATION – IT TAKES TWO TO TANGO**

**SERGEY ALEKHIN,**  
Associate at *Willkie Farr & Gallagher*  
Law Firm (Paris, France),

**LEONID SHMATENKO,**  
Associate at *LALIVE* Law Firm  
(Geneva, Switzerland)<sup>1</sup>

*In this article, the authors will provide a broad overview of the issue of corruption in investor-state arbitration, including such issues as burden and standard of proof (arguing, e.g., that it should be different for corruption and fraud). The main sections of the article will cover a special aspect of corruption in investor-state arbitration, which might have become widespread, but remains rarely discussed in academic literature, let alone treated by arbitral tribunals – namely that it takes «two to tango» in instances of corruption. The authors argue that instead of the approach adopted by many Tribunals of shifting the consequences of an act of corruption to one party only (i.e. the investor being then deprived of its protection under the BIT), in reality neither the investor, nor the Respondent State can be exonerated, but have to share the blame for an act of corruption, and therefore face investment arbitration-specific consequences. Finally, the authors look at specific ways in which States may be (and have been) penalized for such conduct in the limited number of investment arbitration cases reported to date.*

*Keywords: corruption; State responsibility; investor-state arbitration; burden of proof; standard of proof; sanctions for corruption.*

---

<sup>1</sup> 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. Maria-Rosa Rinne for her input and suggested technical edits.

*В статье авторы анализируют вопросы, возникающие при рассмотрении аргументов о коррупции в инвестиционном арбитраже, в том числе такие проблемы, как бремя и стандарт доказывания (утверждая, в частности, что они должны быть разными для коррупции и простого мошенничества). Также рассмотрены особые случаи вовлеченности в коррупцию обеих сторон в арбитраже между государством и инвестором, которые, будучи широко распространенными в настоящее время, тем не менее редко обсуждаются в академической литературе, не говоря уже об арбитражных трибуналах. Вопреки подходу, принятому многими трибуналами, который предполагает возложение последствий нарушения только на одну сторону (т.е. отказ инвестору в защите принадлежащего ему права), авторы утверждают, что ни инвестор, ни государство-ответчик не могут быть оправданы, но должны разделить вину за правонарушение и, следовательно, его последствия. Наконец, авторы рассматривают несколько практических примеров инвестиционно-арбитражных разбирательств и конкретные способы наказания, которые могут быть применены (и ранее применялись) к государству за такое поведение.*

*Ключевые слова: коррупция; ответственность государства; инвестиционный арбитраж; бремя доказывания; стандарт доказывания; наказание за коррупцию.*



## 1. Introduction

This article was prompted by the 27 December 2016 Award in *Spentex v. Uzbekistan*, still unpublished, where the tribunal found that the Claimant (investor) engaged in corrupt practices in the making of its investment, dismissed its claims and – for the first time even in investment arbitration – reprimanded the Respondent State by urging it to make a substantial payment to an international anti-corruption institution, under threat of an adverse costs order.

In the authors' view, the *Spentex* Award sets an important milestone in how investment arbitration tribunals (should) tackle the issue of corruption – if it is proven, the Tribunal should «penalize» both the investor that engaged in corrupt practices and the Respondent State that was implicated therein. Remarkably, while the definitions of corruption and its interplay with the

notion of public policy<sup>1</sup>, the burden and standard of proof<sup>2</sup>, the proper timing

<sup>1</sup> See: *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: ICCA International Arbitration Congress (= International Council for Commercial Arbitration Congress Series. No. 3)*, Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation Pub., 1987, p. 227–258; *M. Eriksson*, Arbitration and Contracts Involving Corrupt Practices: The Arbitrator's Dilemma, *American Review of International Arbitration*, Vol. 4 (1993), No. 4; *J. Gillis Wetter*, Issue of Corruption Before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110, *Arbitration International*, Vol. 10 (1994), No. 3, p. 277–294; *M. Scherer*, Beweisfragen bei Korruptionsfällen vor internationalen Schiedsgerichten, *ASA Bulletin*, Vol. 19 (2001), Issue 4, p. 684–716 <[http://www.lalive.ch/data/publications/msc\\_Beweisfragen\\_bei\\_Korruption\\_3.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/msc_Beweisfragen_bei_Korruption_3.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); *M. Pieth*, Trans-national Commercial Bribery: Challenge to Arbitration, in: K. Karsten & A. Berkeley (eds.), *Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 1)* (ICC Publication No. 651), P.: ICC Pub., 2003, p. 41–46; *B.M. Cremades & D.J.A. Cairns*, Trans-national Public Policy in International Arbitral Decision-Making: The Cases of Bribery, in: *Ibid.*, p. 65–92; *R.H. Kreindler*, Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts, *International Arbitration Law Review*, Vol. 6 (2003), Issue 1, p. 1–24; *K. Mills*, Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitration Relating Thereto, *Transnational Dispute Management*, Vol. 3 (2006), Issue 2 <<http://www.karimsyah.com/imagescontent/article/20050725100702.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *M.S. Kurkela*, Criminal Laws in International Arbitration – the May, the Must, the Should and the Should Not, *ASA Bulletin*, Vol. 26 (2008), Issue 2, p. 280–293; *W. Fox*, Adjudicating Bribery and Corruption Issues in International Commercial Arbitration, *Journal of Energy & Natural Resources Law*, Vol. 27 (2009), Issue 3, p. 487–502; *G. Sacerdoti*, Corruption in Investment Transactions: Policy Initiatives, Legal Principles and Arbitral Practice, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24 (2009), Issue 2, p. 565–586; *D.J.A. Cairns*, Transnational Public Policy and the Internal Law of State Parties, *Transnational Dispute Management*, Vol. 6 (2009), Issue 1 <<http://www.cremades.com/pics/contento/File634523788247688756.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *D. Bishop*, Toward a More Flexible Approach to the International Legal Consequences of Corruption, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25 (2010), Issue 1, p. 63–66; *St.W. Schill*, Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration, *Law & Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 11, Issue 2, p. 281–323; *J.W. Yackee*, Investment Treaties and Investor Corruption: An Emerging Defense for Host States?, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52 (2011–2012), No. 3, p. 723–745.

<sup>2</sup> See, e.g.: *D. Hiber & V. Pavić*, Arbitration and Crime, *Journal of International Arbitration*, Vol. 25 (2008), Issue 4, p. 461–478 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=1031121](https://papers.ssrn.com/abstract_id=1031121)> (last accessed – 18 February 2018); *F. Haugeneder*, Corruption in Investor-State Arbitration, *Journal of World Investment & Trade*, Vol. 10 (2009), Issue 3, p. 323–339; *C.B. Lamm, R. Moloo & H.T. Pham*, Fraud and Corruption in International Arbitration, in: M.A. Fernández-Ballesteros & D. Arias (eds.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid: La Ley, 2010, p. 699–731; see also: *A.S. El Kosheri & Ph. Leboulanger*, L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influence, *Revue de l'Arbitrage*, 1984, N° 1, p. 3–18; *A. Redfern C. Raymond, A. Reiner, B. Hanotiau, E. Eveleigh & I.W. Menzies*, The Standards and Burden of Proof in International Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 10 (1994), Issue 3, p. 317–364; *J. Rosell & H. Prager*, Illicit Commissions and International Arbitration: The Ques-

of this defense<sup>1</sup>, the duties of an arbitrator faced with a corruption allegation<sup>2</sup>,

tion of Proof, *Arbitration International*, Vol. 15 (1999), Issue 4, p. 329–348; *M. Scherer*, Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals, *International Arbitration Law Review*, Vol. 5 (2002), Issue 2, p. 29–40 <[http://www.translex.org/107450/\\_/scherer-matthias-circumstantial-evidence-in-corruption-before-international-tribunals-in-international-arbitration-law-review-issue-2-london-2002/](http://www.translex.org/107450/_/scherer-matthias-circumstantial-evidence-in-corruption-before-international-tribunals-in-international-arbitration-law-review-issue-2-london-2002/)> (last accessed – 18 February 2018); *M. Taruffo*, Rethinking the Standards of Proof, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51 (2003), No. 3, p. 659–677; *R. Pietrowski*, Evidence in International Arbitration, *Arbitration International*, Vol. 22 (2006), Issue 3, p. 373–410; *C. Partasides*, Proving Corruption in International Arbitration: A Balanced Standard for the Real World, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25 (2010), Issue 1, p. 47–62; *St. Wilske*, Sanctions for Unethical and Illegal Behavior in International Arbitration: A Double-Edged Sword, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 3 (2010), No. 2, p. 211–235; *M. Hwang & K. Lim*, Corruption in Arbitration – Law and Reality, *Asian International Arbitration Journal*, Vol. 8 (2012), No. 1, p. 1–119; *St. Wilske & T.J. Fox*, Chapter 25. Corruption in International Arbitration and Problems with Standard of Proof: Baseless Allegations or *Prima Facie* Evidence?, in: *St.M. Kröll, L.A. Mistelis, P. Perales Viscasillas & V. Rogers* (eds.), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2011, p. 489–506; *R. Zachary Torres-Fowler*, Undermining ICSID: How the Global Antibribery Regime Impairs Investor-State Arbitration, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 52 (2012), No. 4, p. 995–1039 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2322129](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2322129)> (last accessed – 18 February 2018); *C.B. Lamm, B.K. Greenwald & K.M. Young*, From World Duty Free to Metal-Tech: A Review of International Investment Treaty Arbitration Cases Involving Allegations of Corruption, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29 (2014), Issue 2, p. 328–349; *M.A. Losco*, Charting a New Course: *Metal-Tech v. Uzbekistan* and the Treatment of Corruption in Investment Arbitration, *Duke Law Journal Online*, Vol. 64 (2014), p. 37–52 <[https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1004&context=dlj\\_online](https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1004&context=dlj_online)> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>1</sup> See, e.g.: *A. Newcombe*, 9. Investor Misconduct: Jurisdiction, Admissibility or Merits?, in: *Ch. Brown & K. Miles* (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 187–200; *C.A. Miles*, Corruption, Jurisdiction and Admissibility in International Investment Claims, *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3 (2012), Issue 2, p. 329–369; *R. Kreindler*, Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine, in: *K. Hobér, A. Magnusson & M. Öhrström* (eds.), *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke*, Huntigton: Juris Pub., 2010, p. 309–328; *V. Heiskanen*, Ménage à trois? Jurisdiction, Admissibility and Competence in Investment Treaty Arbitration, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 29 (2014), Issue 1, p. 231–246 <[http://www.lalive.ch/data/publications/icsidreview\\_sit033\\_full.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/icsidreview_sit033_full.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); *Th. Kendra & A. Bonini*, Dealing with Corruption Allegations in International Investment Arbitration: Reaching a Procedural Consensus?, *Journal of International Arbitration*, Vol. 31 (2014), Issue 4, p. 439–453.

<sup>2</sup> See, e.g.: *Newcombe*, Op. cit.; *D. Jones*, The Remedial Armoury of an Arbitral Tribunal: The Extent to Which Tribunals Can Look beyond the Parties' Submissions, *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 78 (2012), Issue 2, p. 102–122; *Hwang & Lim*, Op. cit.; *Y. Lahlou & M. Matousekova*, Le rôle des l'arbitre

and the consequences of a finding of corruption for the claimant investor<sup>1</sup> have been thoroughly discussed in the literature, the consequences of the same finding for the *Respondent State* remain largely outside of academic focus<sup>2</sup>.

---

dans la lutte contre la corruption, *Revue de Droit des Affaires Internationales / International Business Law Journal*, 2012, N° 6, p. 621–648; *Ph. Landolt*, Arbitrators' Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence, *Arbitration International*, Vol. 28 (2012), Issue 2, p. 173–224; *S. Nadeau-Séguin*, Commercial Arbitration and Corrupt Practices: Should Arbitrators Be Bound By A Duty to Report Corrupt Practices?, *Transnational Dispute Management*, Vol. 10 (2013), Issue 3.

<sup>1</sup> See: *B.M. Cremades*, Corruption and Investment Arbitration, 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.: ICC Pub., 2005, p. 203–220; *P. Muchlinski*, «Caveat Investor»? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 55 (2006), Issue 3, p. 527–557; *M.A. Raouf*, How Should International Arbitrators Tackle Corruption Issues?, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 24 (2009), Issue 1, p. 116–136 <[http://www.arbitration-icca.org/media/4/96147450128024/media113534227575450abdel\\_raouf\\_how\\_should\\_international\\_arbitration\\_tackle\\_corruption\\_issues.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/96147450128024/media113534227575450abdel_raouf_how_should_international_arbitration_tackle_corruption_issues.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); see generally: *H. Arfaadéh*, Considérations pragmatiques sur la compétence respective de l'arbitre et du juge en matière de corruption, *ASA Bulletin*, Vol. 19 (2001), Issue 4, p. 672–683; *Mills*, Op. cit.; *A. de Lotbinière McDougall*, International Arbitration and Money Laundering, *American University International Law Review*, Vol. 20 (2005), No. 5, p. 1021–1054 <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1151&context=auilr>> (last accessed – 18 February 2018); *Kreindler*, Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts; *A.J. Menaker*, The Determinative Impact of Fraud and Corruption on Investment Arbitrations, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, Vol. 25 (2010), Issue 1, p. 67–75; *P. Dumberry & G. Dumas-Aubin*, The Doctrine of «Clean Hands» and the Inadmissibility of Claims by Investors Breaching International Human Rights Law, *Transnational Dispute Management*, Vol. 10 (2013), Issue 1 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2404058](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2404058)> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> Several authors have touched upon the issue, but from various perspectives. Bernardo Cremades raised a number of questions for further academic discussion in his 2005 article, but was inconclusive as to, e.g., State responsibility for acts of corruption and the consequences of a finding of corruption for the Respondent State (see: *Cremades*, Op. cit.). In turn, Andreas Kulick and Carsten Wendler advocated for a balanced approach in dealing with corruption in investment arbitration by considering the matter at the merits, as opposed to jurisdictional stage (see: *A. Kulick & C. Wendler*, A Corrupt Way to Handle Corruption? Thoughts on the Recent ICSID Case Law on Corruption, *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 37 (2010), Issue 1, p. 61–85). Furthermore, Stephan Wilske briefly criticized the *World Duty Free v. Kenya* Award for not holding the State accountable for a corrupt action by its former President (see: *Wilske*, Op. cit.). This criticism was expanded by Tamar Meshel and Daniel Litwin in their 2013 articles commenting on *World Duty Free v. Kenya* (see: *T. Meshel*, The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration, *Journal of International Arbitration*, Vol. 30 (2013), Issue 3, p. 267–282 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2368088](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2368088)> (last accessed – 18 February 2018); *D. Litwin*, On the Divide Between Investor-State Arbitration and the Global Fight Against Corruption, *Transnation-*

It is thus rather common to discover in academic writings dealing with a positive finding by a tribunal of corruption that occurred before, while or after the investment was made, that the only apparent consequence of such a finding is the impossibility for the claimant investor to enjoy protection under the relevant investment treaty<sup>1</sup>. In the investment arbitration context, this may be deemed a manifestation of the Common law «the loss lies where it falls» principle. Only a few authors have touched upon that «other side of the medal», namely the consequences of a positive finding of corruption for the Respondent State, assuming it was involved in or bears responsibility for inducing the claimant investor to commit an act of corruption<sup>2</sup>.

The imbalance of academic research – and to some extent public attention – between the «supply side» (e.g., the giver of the bribe) and the «demand side» (e.g., the receiver of the bribe) of corruption is not unique to investment arbitration. Yet, curiously, this imbalance used to be inverted in the more general discussion and perception of this phenomenon. In fact, as recent as twenty years ago, the focus of both the academia and the public was, as one author put it, on «*the demand side of the equation: on public officials who abuse their office for private gain*» rather than on «*[t]hose who pay bribes[,] sometimes*

---

al Dispute Management, Vol. 10 (2013), Issue 3). In turn, Michael Losco proposed an interaction framework between the US Foreign Corrupt Practices Act and ICSID arbitration proceedings (see: *M.A. Losco*, Streamlining the Corruption Defense: A Proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction, Duke Law Journal, Vol. 63 (2014), No. 5, p. 1201–1242 <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=3415&context=dlj>> (last accessed – 18 February 2018)).

<sup>1</sup> See, by way of representative example: *J. Fernández-Armesto*, The Effects of a Positive Finding of Corruption, in: D. Baizeau, R.H. Kreindler (eds.), Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 13) (ICC Publication No. 768E), P.: ICC Pub., 2015, p. 167–174; *Lamm, Greenwald & Young*, Op. cit.

<sup>2</sup> See, e.g.: *Meshel*, Op. cit.; *E.R. Bienvenu*, International Arbitration Tribunals and Corruption: Not So Duty-Free (April 2017) <<http://pennjil.com/international-arbitral-tribunals-and-corruption-not-so-duty-free/>> (last accessed – 18 February 2018); *St. Mbiyavanga*, Improving Domestic Governance through International Investment Law: Should Bilateral Investment Treaties Learn from International Anti-Corruption Conventions? <<https://www.oecd.org/cleangovbiz/Integrity-Forum-2017-Mbiyavanga-international-investment-law.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *B.W. Klaw*, State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities, Berkeley Journal of International Law, Vol. 33 (2015), No. 1, p. 62–113 <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1494&context=bjil>> (last accessed – 18 February 2018); *U. Cosar*, Claims of Corruption in Investment Treaty Arbitration: Proof, Legal Consequences and Sanctions, in: A.J. van den Berg (ed.), Legitimacy: Myths, Realities, Challenges (= ICCA Congress Series. No. 18), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, p. 531–556.

*depicted as innocent parties, forced by ruthless officials to provide kickbacks»<sup>1</sup>. While this is no longer the case in the general anti-corruption framework, and both sides of the «equation» are arguably subject to comparable repression and sanctions, investment arbitration tribunals are lagging behind, in the sense that there is no *jurisprudence constante* as to how to deal with Respondent States implicated in corruption.*

In drafting this article, the authors have reviewed twenty-four reported investment arbitration cases, including five where corruption was outcome-determinative<sup>2</sup>, and nineteen where allegations of corruption were raised, either by Respondent States, or by claimant investors, but did not succeed<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *F. Vogel*, The Supply Side of Global Bribery, Finance & Development, Vol. 35 (1998), No. 2 <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/06/vogl.htm>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> Chronologically: *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, ICSID Case No. ARB/00/7, Award (4 October 2006); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (6 February 2007); *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/15, Award (8 September 2009); *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (4 October 2013); *Spentex Netherlands, B.V. v. Republic of Uzbekistan*, ICSID Case No. ARB/13/26, Award (27 December 2016).

<sup>3</sup> Chronologically: *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction (14 April 1988); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction (6 August 2003); *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/98/4, Award (8 December 2000); *Tanzania Electric Supply Co. Ltd. v. Independent Power Tanzania Ltd.*, ICSID Case No. ARB/98/8, Award (12 July 2001); *Methanex Corp. v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005); *International Thunderbird Gaming Corp. v. The United Mexican States*, UNCITRAL, Arbitral Award (26 January 2006); *F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, ICSID Case No. ARB/01/14, Award (3 March 2006); *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award (2 August 2006); *Empresas Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. The Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/03/4, Award (7 February 2005); *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award (10 December 2014); *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République démocratique du Congo*, ICSID Case No. ARB/05/21, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité (29 July 2008); *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award (29 July 2008); *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, and Partial Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña (11 April 2007); *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/13, Award (8 October 2009); *RSM Production Corp. v. Grenada*, ICSID Case No. ARB/05/14, Award (13 March 2009); *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Award (9 September 2009); *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. and People's Republic of Bangladesh*,

Cases where allegations of fraud, as opposed to corruption, were raised<sup>1</sup> were also analyzed, but only from the perspective of the burden and standard of proof. The authors deem this limitation justified as in instances of fraud, the Respondent State could not arguably bear any responsibility or suffer consequences, as it acted upon a misrepresentation of the investor.

This article is structured into four parts. First part focuses on the burden of proof and standard of proof with respect to corruption allegations and fraud. In second part, the authors look at corruption in investment arbitration from two perspectives – as a «shield» raised in defense by Respondent States, and as a «sword» unsheathed by claimants as a substantive violation of their rights as foreign investors. In third part, the authors deal with the «Dark Side of the Moon», namely the consequences for Respondent States for proven instances of corruption, first touching upon the intricate topic of State responsibility for corruption, and then proceeding with an overview of the tools available to arbitrators confronted with corruption. Finally, in fourth part the authors provide a summary of their findings and outlook for future developments in this area.

## 2. Burden of Proof and Standard of Proof in Corruption Allegations

The burden of proof in investment arbitration is usually judged by the widely recognized international standard that each party bears the burden of proving the facts on which it relies<sup>2</sup>. This international standard is expressed, in a rather abstract and general way<sup>3</sup>, e.g., in Art. 24 of the UNCITRAL Rules

---

*Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co. Ltd. («Bapex») and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp. («Petrobangla»)*, ICSID Cases Nos. ARB/10/11 and ARB/10/18, Decision on Jurisdiction (19 August 2013); *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan*, UNCITRAL, Award (17 December 2015).

<sup>1</sup> See, e.g.: *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, and Partial Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña; *Gustav F W Hamester GmbH & Co. KG v. Republic of Ghana*, ICSID Case No. ARB/07/24, Award (18 June 2010).

<sup>2</sup> See generally: *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic (1 September 2009), ¶ 215 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0065.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>3</sup> See: *D. Caron & L.M. Caplan*, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 558.

and is also frequently applied in investment arbitration<sup>1</sup>. Consequently, it is the party pleading corruption that has to prove it.

Investment tribunals also have affirmed that the burden of proof may shift to the other party<sup>2</sup>. With respect to corruption and fraud allegations, several authors have also expressed the view that the tribunal may shift the burden of proof once *prima facie* evidence is presented, to account for the difficulty of proving corruption<sup>3</sup>. Furthermore, in at least one reported commercial arbitration, an ICC tribunal expressly considered the possibility of shifting the burden of proof with respect to corruption allegations<sup>4</sup>. As to investment arbitration cases, no instances are known where a shift of burden of proof regarding an alleged corruption was recognized<sup>5</sup>. On the contrary, numerous tribunals have emphasized that the burden of proof for corruption allegations lies with the alleging party, such as in *Wena Hotels v. Egypt*<sup>6</sup>, *Oostergetel v. Slovak Republic*<sup>7</sup>, and *ECE v. Czech Republic*<sup>8</sup>.

For example, the *Wena* tribunal held that «*although Egypt has raised serious allegations of misconduct and corruption, the Tribunal finds that Egypt (which*

<sup>1</sup> See: *Haugeneder*, Op. cit.; *Losco*, Streamlining the Corruption Defense: A Proposed Framework for FCPA-ICSID Interaction, p. 1228 ff.; see further: *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Final Award (27 June 1990), ¶ 56 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1034.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *Tokios Tokelès v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Award (26 July 2007), ¶ 121 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0866.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> See overview in: *R.H. Kreindler*, Practice and Procedure Regarding Proof: The Need for More Precision, in: A.J. van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (= ICCA Congress Series. No. 18), p. 156–184.

<sup>3</sup> See, e.g.: *Lamm, Moloo & Pham*, Op. cit., p. 700; *Mills*, Op. cit.; but see: *A.V. Schlaepfer*, The Burden of Proof in International Arbitration, in: A.J. van den Berg (ed.), *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges* (= ICCA Congress Series. No. 18), p. 127–133.

<sup>4</sup> ICC Case No. 6497 of 1994, Final Award, *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XXIVA (1999), p. 71–79.

<sup>5</sup> *Lamm, Greenwald & Young*, Op. cit., p. 335.

<sup>6</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 77 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0902.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>7</sup> *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, Final Award (23 April 2012), ¶ 148 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0933.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>8</sup> *ECE Projektmanagement v. The Czech Republic*, UNCITRAL, Award (19 September 2013), ¶ 4.873 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4258.pdf>> (last accessed – 18 February 2018) («*The burden of proof is undoubtedly on the party alleging corruption*»).

*bears the burden of proving such an affirmative defense) has failed to prove its allegations»<sup>1</sup>.*

Equally and in the same vein the tribunal in *Oostergetel* held that «[w]hile such general reports are to be taken very seriously as a matter of policy, they cannot substitute for evidence of a treaty breach in a specific instance. For obvious reasons, it is generally difficult to bring positive proof of corruption. Yet, corruption can also be proven by circumstantial evidence. In the present case, both are entirely lacking. **Mere insinuations cannot meet the burden of proof which rests on the Claimants**»<sup>2</sup>.

Thus, the burden of proof for existing corruption allegations lies with the party relying on such misconduct. Shifting of the burden of proof, although discussed in academic literature, is yet to be applied in practice by investment arbitration tribunals.

The situation in regard to the standard of proof, *i.e.* how much evidence is needed to establish either an individual issue or the party's case as a whole is somewhat more difficult. Already a general issue in international arbitration – in that the «degree of proof that must be achieved in practice before an international arbitral tribunal is not capable of precise definition»<sup>3</sup> – the standard of proof for allegations of corruption is even more problematic as on the one hand it arguably requires more convincing evidence than just a balance of probabilities<sup>4</sup>, and on the other hand, as numerous tribunals stated, «it is generally difficult to bring positive proof of corruption»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 77 (emphasis added).

<sup>2</sup> *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, Final Award, ¶ 303 (emphasis added).

<sup>3</sup> *N. Blackaby, C. Partasides, A. Redfern & M. Hunter*, Redfern and Hunter on International Arbitration, 6<sup>th</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 388.

<sup>4</sup> See, e.g.: *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Award (1 June 2009) <[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0786_0.pdf)> (last accessed – 18 February 2018), ¶ 325–326; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 116–117; *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, Award, ¶ 221 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0267.pdf>> (last accessed – 18 February 2018) (Tribunal requesting «clear and convincing evidence»); *Oil Fields of Texas, Inc. v. Iran et al.*, Iran-US Claims Tribunal, Case No. 43, Award No. 258-43-1 (8 October 1986), ¶ 25, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XII (1987), p. 288.

<sup>5</sup> See, e.g.: *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, Final Award, ¶ 303; see further: *A. Mourre*, Arbitration and Criminal Law: Reflections on the Duties of the Arbitrator, Arbitration International, Vol. 22 (2006), Issue 1, p. 102 (advocating for a lower standard of proof for corruption allegations due to the hidden nature of corruption).

Turning to the legal basis, and taking ICSID arbitration as an example, the ICSID Convention and the ICSID Arbitration Rules do not provide for any particular provision on the standard of proof. Rather, Arts. 43 to 45 of the ICSID Convention and Arbitration Rule 34 grant tribunals the discretion to call upon the parties to produce evidence<sup>1</sup>. ICSID Tribunals have usually applied high standards of proof to corruption allegations<sup>2</sup>, however, in a rather flexible way<sup>3</sup>. Somewhat disappointingly, ICSID tribunals have rendered inconsistent decisions regarding whether a higher standard of proof in cases involving allegations of corruption, fraud or illegality, as compared to the «balance of probabilities» standard, is warranted<sup>4</sup>. More broadly, in reported investment arbitration case law, the range of standards of proof applied to corruption allegations varies from no references to any standards at all<sup>5</sup>, to applying an «evidentiary standard»<sup>6</sup>, a standard relying on (clear) circumstantial evidence that makes it reasonable to believe that the facts, as alleged, have occurred<sup>7</sup>, applying laws of the common law tradition (*i.e.* «balance of probabilities» or «preponderance of the evidence»)<sup>8</sup> or just establishing a genuine higher standard<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> *Lamm, Greenwald & Young*, Op. cit., p. 331.

<sup>2</sup> *Losco*, Charting a New Course: *Metal-Tech v. Uzbekistan* and the Treatment of Corruption in Investment Arbitration, p. 46.

<sup>3</sup> *Haugeneder*, Op. cit., p. 334.

<sup>4</sup> *D. Baizeau & T. Hayes*, The Arbitral Tribunal's Duty and Power to Address Corruption *Sua Sponte*, in: A. Menaker (ed.), *International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity* (= ICCA Congress Series. No. 19), 2017, p. 259; *Lamm, Greenwald & Young*, Op. cit., p. 332; *R. Kreindler*, Competence-Competence in the Face of Illegality in Contracts and Arbitration Agreements (= Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 361), Leiden; Boston: Brill, 2013, p. 317.

<sup>5</sup> *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award; *Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador*, Award; *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award.

<sup>6</sup> *Oil Fields of Texas, Inc. v. Iran et al.*, Award No. 258-43-1, ¶ 25, Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XII (1987), p. 288.

<sup>7</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, ¶ 479 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4114.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award, ¶ 243 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3012.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>8</sup> See, *e.g.*: *Europe Cement Investment & Trade S.A. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2, Award (13 August 2009), ¶ 150–164 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0311.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>9</sup> *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Award (2 September 2011), ¶ 125–126 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0466.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

For instance, in *Siag v. Egypt*, the ICSID Tribunal applied a high standard of proof, e.g., «*clear and convincing evidence*», which it referred to as an «*American standard*», to Egypt's allegations of fraud<sup>1</sup>. Of note, the *Siag* Tribunal adopted this approach by majority, with Professor Francisco Orrego Vicuña dissenting and suggesting that arbitral tribunals should have more discretion in this matter, «*in accordance with the circumstances of the case and the nature of the facts involved*»<sup>2</sup>. The majority's approach in *Siag* had also been adopted by the tribunal in *EDF v. Romania*<sup>3</sup>. That «*clear and convincing evidence*» standard is required for allegations of corruption remains, nevertheless, a minority view in commercial arbitration as well. A 2003 survey of ICC awards by Antonio Civellaro revealed that out of twenty-five awards analyzed, only in five instances did the Tribunals adopt this standard of proof<sup>4</sup>.

However, in *Metal-Tech v. Uzbekistan*, the tribunal took another approach, thereby departing from previous ICSID case law, and applied a standard of «*reasonable certainty*»<sup>5</sup>. What is more, the tribunal justified the use of this standard of proof by referring to the difficulty of proving corruption, stating that it is «*generally admitted that it can be shown through circumstantial evidence*»<sup>6</sup>. This approach was followed by the *Oostergetel v. Slovak Republic*<sup>7</sup> and *Fraport v. Philippines* [II] Tribunals<sup>8</sup>. Reliance on circumstantial evidence in view of the difficulties associated with securing direct evidence of corruption raises a related issue in the discussion about meeting the high standard of proof – the tribunals need to determine not only who, or to what extent one needs to prove corruption, but with what kind of evidence. Generally, both tribunals and commentators agree that the standard of proof can be met by any type of

<sup>1</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 325–326.

<sup>2</sup> *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, Dissenting Opinion of Professor Francisco Orrego Vicuña (11 May 2009), p. 4 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0787.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>3</sup> *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, Award, ¶ 221.

<sup>4</sup> See: *A. Civellaro*, Arbitration Case Law on Bribery: Issues of Arbitrability, Contract Validity, Merits and Evidence, in: K. Karsten & A. Berkeley (eds.), *Arbitration – Money Laundering, Corruption and Fraud* (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 1) (ICC Publication No. 651), p. 114, 123 ff.

<sup>5</sup> *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award, ¶ 243.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Jan Oostergetel and Theodora Laurentius v. The Slovak Republic*, Final Award, ¶ 303.

<sup>8</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, ¶ 479.

evidence, not only direct evidence (be it direct or circumstantial evidence). These types of evidence should be recognized and accepted by tribunals «when a party has genuinely encountered problems beyond its control in securing evidence»<sup>1</sup>. The threshold for proving corruption, however, remains high.

The divergence between different standards of proof applicable that outlined above is clearly summarized in the *Tokios Tokelès v. Ukraine* Award, where the arbitral tribunal presided over by Lord Mustill distinguished three approaches to standard of proof: (i) «the usual standard, which requires the party making an assertion to persuade the decision-maker that it is more likely than not to be true»; (ii) «where the dispute concerns an allegation against a person or body in high authority the burden may be lower, simply because direct proof is likely to be hard to find»; and (iii) «the standard is higher than the balance of probabilities»<sup>2</sup>.

In this regard, a significant number of Tribunals have applied a usual standard of proof justifying this choice in clear in precise terms, such as in *Libananco v. Turkey*<sup>3</sup> and *Romp petrol v. Romania*<sup>4</sup>.

In *Libananco v. Turkey* the tribunal held that «[i]n relation to the Claimant's contention that there should be a heightened standard of proof for allegations of „fraud or other serious wrongdoing“, **the Tribunal accepts that fraud is a serious allegation, but it does not consider that this (without more) requires it to apply a heightened standard of proof.** While agreeing with the general proposition that „the graver the charge, the more confidence there must be in the evidence relied on“, this does not necessarily entail a higher standard of proof»<sup>5</sup>.

The tribunal in *Romp petrol v. Romania* held that «while applying the normal rule of the „balance of probabilities“ as the standard appropriate to the generality of the factual issues before it, [the Tribunal] will where necessary adopt a more nuanced approach»<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ch.F. Amerasinghe*, Evidence in International Arbitration, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Pub., 2005, p. 138; see further: *Rockwell International Systems, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Award No. 438-430-1 (5 September 1989), ¶ 141, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 23, Cambridge: Grotius Pub. Ltd., 1989, p. 188; *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, Final Award, ¶ 56.

<sup>2</sup> *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Award, ¶ 124.

<sup>3</sup> *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, Award, ¶ 125.

<sup>4</sup> *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, ICSID Case No. ARB/06/3, Award (6 May 2014), ¶ 183 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1408.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>5</sup> *Libananco Holdings Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, Award, ¶ 125 (emphasis added).

<sup>6</sup> *The Rompetrol Group N.V. and Romania*, Award, ¶ 183.

This solution is justified for two reasons. The first is the nature of corruption that is characterized by secrecy and low availability of evidence, given the precautions taken to conceal such offenses. Indeed, demanding a higher evidentiary standard for such acts would inevitably make any demonstration of corruption a chimera. It would become impossible for the parties to prove corruption and render arbitral tribunals powerless to effectively fight this curse, thereby undermining the validity of awards<sup>1</sup>.

The second reason apparently originates from common law, that considers the two standards mentioned above: the standard dubbed «balance of probabilities» used in civil matters and the one known as «proof beyond reasonable doubt», applied in criminal matters.

Of note, in the most recent *Spentex v. Uzbekistan Award*, the Tribunal has reportedly adopted a rather novel «flexible approach» taking into account the evidence and the manner in which it was obtained «from a holistic perspective», including the extent of parties' co-operation during the fact-finding phase of the arbitration<sup>2</sup>. The Tribunal was also notable for adopting a «connecting the dots» method as the appropriate standard of proof rather than «clear and convincing evidence» or «preponderance of evidence», as advocated by the parties<sup>3</sup>. In practical terms, this translated into looking at various «red flags» evidencing corruption.

In conclusion, a single standard of proof should arguably not be applied to all matters and arguments advanced by the parties, precisely because of the varying degree of readiness of evidence. Even within the group of «fraud, corruption and illegality» arguments, one could reason that the standard of proof for fraud should be higher than for corruption, as fraud, by definition, involves only one party (e.g., the Claimant) engaging in a misrepresentation towards Respondent, that the latter then discovered. In most instances of corruption, however, both parties may well have reasons to conceal corrupt activity, rendering the proof of corruption more difficult. This also

---

<sup>1</sup> C. Rose, Questioning the Role of International Arbitration in the Fight against Corruption, *Journal of International Arbitration*, Vol. 31 (2014), Issue 2, p. 183–264.

<sup>2</sup> See: *V. Djanic*, In Newly Unearthed Uzbekistan Ruling, Exorbitant Fees Promised to Consultants on Eve of Tender Process Are Viewed by Tribunal as Evidence of Corruption, Leading to Dismissal of All Claims under Dutch BIT (22 June 2017) <<https://www.iareporter.com/articles/in-newly-unearthed-uzbekistan-ruling-exorbitant-fees-promised-to-consultants-on-eve-of-tender-process-are-viewed-by-tribunal-as-evidence-of-corruption-leading-to-dismissal-of-all-claims-under-dutch/>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>3</sup> See *ibidem*; K. Betz, *Proving Bribery, Fraud and Money Laundering in International Arbitration: On Applicable Criminal Law and Evidence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 131.

resonates well with the argument that unlike fraud, corruption – by definition – involves two parties – the «giver» and the «receiver». Put differently, establishing corruption as a matter of fact is difficult, and direct (let alone «clear and convincing») evidence might simply not be available, or at least not reasonably available.

In this regard, even if tribunals ordered the production of relevant documents that could and probably would prove corruption, the party ordered to do so will usually not cooperate. Drawing negative inferences, a technique often used by tribunals to conclude that the document not produced is supportive of the argument that the document sought might disprove, has its limitations in that such inferences may only be drawn when a «*logical nexus between the probable nature of the documents withheld and the inference derived therefrom*» exists<sup>1</sup>.

By default, therefore, putting an additional burden on one of the parties, at least when it comes to proving corruption, would be inappropriate.

### 3. Corruption as a «Shield» and a «Sword»

The relatively recent «backlash» against investment arbitration, already widely discussed in academic commentary<sup>2</sup>, and the corresponding negative stances of several governments, going as far as denouncing and withdrawing from ICSID<sup>3</sup>, the rise of jurisdictional, admissibility and merits objections by the Respondent States with respect to the conduct of the investor<sup>4</sup>, and – less

---

<sup>1</sup> *W.L. Craig, W.W. Park & J. Paulsson*, International Chamber of Commerce Arbitration, 3<sup>rd</sup> ed., Oceana Pub., 2000, p. 451.

<sup>2</sup> See generally: M. Waibel, A. Kaushal, K.-H.L. Chung & C. Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010.

<sup>3</sup> See, e.g.: Gobierno Bolivariano denuncia convenio con Ciadi: Comunicado del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Exteriores de la República Bolivariana de Venezuela (28 January 2012) <<http://www.cadtm.org/Gobierno-Bolivariano-denuncia>> (last accessed – 18 February 2018). Remarkably, according to the Venezuelan Ministry of Foreign Affairs' press-release, ICSID tribunals «*have ruled 232 cases in favor of transnational interests out of the 234 cases filed throughout its history*» (free translation from Spanish). It remains unclear how did the Ministry arrive at such calculation, which is quite obviously misrepresented. See further: *J.C. Bernal Rivera & M. Viscarra Azuga*, Life after ICSID: 10<sup>th</sup> Anniversary of Bolivia's Withdrawal from ICSID (12 August 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/12/life-icsid-10th-anniversary-bolivias-withdrawal-icsid/>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>4</sup> On overview of defenses and counter-arguments raised by Respondent States in investment arbitration, see: *A. Martinez*, Chapter 13. Invoking State Defenses in Investment Treaty Ar-

frequently – counter-claims against the investor<sup>1</sup>, arguably evidence that the investment arbitration system is far from one-sided.

One such common defense or objection raised by Respondent States is the «unclean hands» doctrine (of which corruption is arguably part). While case law and academic commentary remains divided as to whether this doctrine is a general principle of international law<sup>2</sup>, it is noteworthy that only corruption (as opposed to fraud or illegality of investment) possesses a binary aspect to it, in that it can be raised from either side of the dispute. Indeed, while historically corruption was raised by Respondent States as an «ultimate» defense (or «shield») against the investor’s claims, corruption has also been used as an offensive argument *by* the investors (as a «sword»), presented as a wrongdoing by the Respondent States in breach of the applicable investment treaty – with the caveat that to date there have been no reported cases where the same instance of corruption was used *both* as a «shield», and as a «sword». Put differently, when used as a «sword», the corruption line of argumentation would refer either to solicitation of bribes by a State official (and, logically, unconsummated corruption), or an unlawful act attributable to the Respondent State following an instance of corruption by a third party, acting in its own interest (and logically against the interest of the claimant investor).

---

bitration, in: M. Waibel, A. Kaushal, K.-H.L. Chung & C. Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, p. 315–338.

<sup>1</sup> See generally: *D. Atanasova, A.M. Benoit & J. Ostránský*, *The Legal Framework for Counter-claims in Investment Treaty Arbitration*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 31 (2014), Issue 3, p. 357–391.

<sup>2</sup> See, e.g.: *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227, Final Award (18 July 2014), ¶ 1358–1363 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3279.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); *Guyana v. Suriname*, PCA, Award (17 September 2007), ¶ 418, Reports of International Arbitral Awards / Recueil des Sentences Arbitrales, Vol. XXX (2012), p. 115–117 <[http://legal.un.org/riaa/cases/vol\\_XXX/1-144.pdf](http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXX/1-144.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); *Niko Resources (Bangladesh) Ltd. and People’s Republic of Bangladesh, Bangladesh Petroleum Exploration & Production Co. Ltd. («Bapex») and Bangladesh Oil Gas and Mineral Corp. («Petrobanga»)*, Decision on Jurisdiction, ¶ 477 <[https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322\\_0.pdf](https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6322_0.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (November 2001), Commentary to Ch. V, ¶ 9, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (2001), Part Two: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, NY; Geneva: UN, 2007, p. 72 <[http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_2001\\_v2\\_p2.pdf&lang=EFSRAC](http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf&lang=EFSRAC)> (last accessed – 18 February 2018); but see, e.g.: *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award (22 August 2016), ¶ 492 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7507.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

As mentioned, historically and statistically, corruption remains overwhelmingly a defense for Respondent States<sup>1</sup>. Indeed, as early as in 1992, corruption was at the limelight of Egypt's defenses, and vigorously rebutted by the claimant, SPP<sup>2</sup>. Perhaps somewhat disappointedly, corruption was not given sufficient attention by the majority of the Tribunal, but featured prominently in the dissenting opinion of Mr. El Mahdi, Egypt-appointed arbitrator, who apparently concluded that claimant *did* engage in corrupt behavior<sup>3</sup>.

From Respondent State's side, corruption as a «shield» can then be raised at various junctions: jurisdiction, admissibility or merits of the case. In general, in bifurcated ICSID proceedings, the parties are free to plead corruption allegations both, at the jurisdictional and the merits phase<sup>4</sup>.

For instance, in *African Holding Company v. Congo* Respondents relied on allegations of corruption purportedly carried out by Claimants to undermine the Tribunal's jurisdiction over the dispute<sup>5</sup>.

On the other hand, in *Azpetrol v. Azerbaijan*, it was the Claimants' lead witness who revealed that Claimants have bribed Azerbaijani officials<sup>6</sup>. These admissions led to Azerbaijan's objection regarding the admissibility of the claims on grounds that the investment was tainted by corruption and the Claimants' conduct violated international public policy<sup>7</sup>.

Finally, though Respondent argued that its defense on corruption was an objection to jurisdiction, the Tribunal in *Malicorp v. Egypt* held that «defects

---

<sup>1</sup> See: *A.J. Menaker & B.K. Greenwald*, Proving Corruption in International Arbitration, in: D. Baizeau, R.H. Kreindler (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 13) (ICC Publication No. 768E), p. 77–102.

<sup>2</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Decision on Jurisdiction, ¶ 204.

<sup>3</sup> *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Dissenting Opinion of Mohamed El Mahdi (20 May 1990), ¶ XI, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 8 (1993), Issue 2, p. 489–493 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6314.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>4</sup> *Kendra & Bonini*, Op. cit., p. 442; *Haugeneder*, Op. cit., p. 331.

<sup>5</sup> *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. La République démocratique du Congo*, Sentence sur les déclinatoires de compétence et la recevabilité, ¶ 52, 55 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0016.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>6</sup> *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. and Azpetrol Oil Services Group B.V. v. The Republic of Azerbaijan*, Award, ¶ 6 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0059.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>7</sup> *Ibid.*, ¶ 7.

*undermining the validity of the substantive legal relationship, which is the subject of the dispute on the merits, do not automatically undermine the validity of the arbitration agreement. Thus, an arbitral tribunal is competent to decide on the merits even if the main contract was entered into as a result of misrepresentation or corruption»<sup>1</sup>.*

However, the stakes being high, a confirmation of corruption generally leads to a dismissal of the claims, no matter whether the issue is treated as a matter of jurisdiction, admissibility, or merits. Even though tribunals struggle with where to address the issue, and it depends on the predominant context, the outcome will largely be the same and a finding of corruption will influence the outcome of the arbitral proceedings<sup>2</sup>.

An allegation of corruption can also take the form of a «sword», e.g. where investors assert that bribe solicitation led to (or constituted) a breach of the State's international obligations. To date, there are only five instances where claimants invoked corruption in their argumentation as to the liability of the Respondent State, either as a standalone offense, or as a contributory element to an offense:

(i) *Methanex v. United States*, where the claimant asserted regulations harmful to its investment were enacted further to illicit campaign contributions by a third party to the then governor of California in order to confer with a principal US producer of ethanol<sup>3</sup>;

(ii) *F-W Oil Interests v. Trinidad and Tobago*, where bribes were allegedly solicited by the host State's official during the investor's negotiation of an oil & gas development project<sup>4</sup>;

<sup>1</sup> *Malicorp Limited v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/08/18, Award (7 February 2011), ¶ 119 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0499.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> See: *Baizeau & Hayes*, Op. cit., p. 225; *M. Scherer*, Circumstantial Evidence in Corruption Cases before International Arbitral Tribunals, *International Arbitration Law Review*, Vol. 5 (2002), Issue 2, p. 29–40 <[https://www.trans-lex.org/107450/\\_/scherer-matthias-circumstantial-evidence-in-corruption-before-international-tribunals-in-international-arbitration-law-review-issue-2-london-2002/](https://www.trans-lex.org/107450/_/scherer-matthias-circumstantial-evidence-in-corruption-before-international-tribunals-in-international-arbitration-law-review-issue-2-london-2002/)> (last accessed – 18 February 2018); in general, see: *Y. Banifatemi*, The Impact of Corruption on «Gateway Issues» of Arbitrability, Jurisdiction, Admissibility and Procedural Issues, in: D. Baizeau, R.H. Kreindler (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 13) (ICC Publication No. 768E)*, p. 17.

<sup>3</sup> *Methanex Corp. v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, Part I – Preface, ¶ 7 (p. 4) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>4</sup> *F-W Oil Interests, Inc. v. The Republic of Trinidad and Tobago*, Award, ¶ 49–50, 210–211 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0350.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

(iii) *Rumeli v. Kazakhstan*, where it was alleged that a Kazakh judge solicited a bribe from the investors to hamper the forceful seizure of their investment<sup>1</sup>;

(iv) *EDF v. Romania*, where the Prime Minister of Romania allegedly solicited a bribe to extend the investment agreement<sup>2</sup>; and

(v) *RSM v. Grenada*, where it was alleged that the investor's competitor bribed the host State's official to deny a license to the investor<sup>3</sup>.

Empirically, it is far more common for corruption to be raised as a «shield» by Respondent States, to defend themselves against an investment claim, rather than a «sword» by Claimants, as a substantive breach by the State of its international obligations. One explanation to this may lie in the asymmetrical nature of the majority of international investment agreements imposing most of legal obligations not on the foreign investors, but on host States<sup>4</sup>. Furthermore, raising corruption as a «sword» – either arguing that a State official took a bribe from a third party, as a result of which Claimant's rights were impaired, or purporting that due to Claimant's unwillingness to give a bribe its rights were impaired – may well incentivize the Respondent State or even the Tribunal (*sua sponte*) to look into potential misconduct by the Claimant itself, effectively transforming corruption from a «sword» to a «shield».

#### 4. The Dark Side of the Moon – What Consequences for the State?

«*Investment arbitration has initiated and led the movement of zero tolerance towards corruption*»<sup>5</sup>, wrote Juan Fernández-Armesto in his 2015 article

---

<sup>1</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, Award, ¶ 655 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0728.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, Award, ¶ 221.

<sup>3</sup> *RSM Production Corp. v. Grenada*, Award, ¶ 5.1.4.

<sup>4</sup> *A. Newcombe & J.-M. Marcoux*, Case Comment: Hesham Talaat M. Al-Warraq v. Republic of Indonesia: Imposing International Obligations on Foreign Investors, ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Vol. 30 (2015), Issue 3, p. 525–532; in contrast, see: *Hesham T. M. Al Warraq v. Republic of Indonesia*, UNCITRAL, Final Award (15 December 2014), ¶ 663, 667 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4164.pdf>> (last accessed – 18 February 2018) (where the Tribunal elevated the positive obligation of the foreign investor to respect the law of the Host State, as well as public order and morals, contained in Art. 9 of the OIC Agreement to «a treaty obligation binding the investor in an investor state arbitration»).

<sup>5</sup> See: *Fernández-Armesto*, Op. cit., para. 31.

on the effects of a positive finding of corruption in arbitral proceedings. It would seem a reasonable expectation for the reader of this passage to then be presented with a suggestion that this zero-tolerance approach applies both to the claimant investor and to the Respondent State. *Alas*. As highlighted in the introduction to this article, academic discussion on the consequences of a finding of corruption for the State is to date very limited. This is all the more so perplexing as several scholars have made remarks that respondents' defenses of corruption advanced in order to dismiss the claim, where respondents were involved in one way or another in the instance of corruption, would be «*unseemly*»<sup>1</sup>.

In this part, the authors first tackle the issue of State responsibility in international law for corruption (Sec. 4.1), and then establish the toolset available to arbitrators in investment cases when dealing with instances of corruption (Sec. 4.2).

#### **4.1. State Responsibility for Corruption**

«*States can act only by and through their agents and representatives*», opined the PCIJ in its *German Settlers in Poland* Advisory Opinion nearly a century ago<sup>2</sup> – a principle that was later transposed in the ILC Articles on State Responsibility<sup>3</sup>. It would therefore seem logical that a State be held responsible for the corrupt actions of its officials, even if those were undertaken for private gain. Yet, while it appears hardly contested that the very act of corruption is an international wrong<sup>4</sup>, uncertainties

<sup>1</sup> G. Born, *Bribery and an Arbitrator's Task* (11 October 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/10/11/bribery-and-an-arbitrators-task/>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>2</sup> *German Settlers in Poland*, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Ser. B, No. 6, p. 22 <[http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie\\_B/B\\_06/Colons\\_allemands\\_en\\_Pologne\\_Avis\\_consultatif.pdf](http://www.icj-cij.org/files/permanent-court-of-international-justice/serie_B/B_06/Colons_allemands_en_Pologne_Avis_consultatif.pdf)> (last accessed – 18 February 2018); see also: H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Trans. by M. Knight, Berkeley: University of California Press, 1967, p. 290–312.

<sup>3</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (November 2001), Arts. 4, 5 and 7, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (2001), Part Two: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, p. 40, 42, 45.

<sup>4</sup> *Betz*, Op. cit., p. 5. Of note, Bernardo Cremades highlights an important distinction between commercial and investment arbitration matters dealing with public policy questions (of which corruption would be part of): as there is no means to review an ICSID award on grounds of public policy, contrary to commercial arbitral awards that can be set aside on such grounds under the New York Convention and the UNCITRAL Model Law, issues relating to public

remain as to whether a State is responsible for such an act, perpetrated by a State official<sup>1</sup>.

The authors posit that two separate scenarios should be analyzed when discussing the issue of state responsibility for corruption: (1) extortion of a bribe by a public official; and (2) the failure of the State to investigate a reported instance of corruption and / or prosecute the parties involved.

#### *4.1.1. State Responsibility for Extortion of a Bribe by a Public Official*

Under the first scenario, while it may seem on its face that an extortion of a bribe by a public official would indisputably be attributable to the State, the reality is far more nuanced. The basic tenet is the well-settled principle of international law, as embodied in Arts. 4, 5 and 7 of the ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, that a State is responsible for acts committed by its officials in their official capacity, even when they exceed their authority or contravene instructions<sup>2</sup>.

In this regard, it is notable that Bernardo Cremades opined in an article preceding any jurisprudence confirming the application of this principle to acts of corruption, that «*if a public official accepts a bribe to exercise his public duties in a certain manner, for example by smoothing the regulatory path for a foreign investment, then the acts of that official are attributed to the State itself in public international law*»<sup>3</sup>.

Nevertheless, this view is not unanimous, and some suggest that since solicitation and acceptance of a bribe is never «*cloaked with governmental*

---

policy «*must be examined by the arbitral tribunal... or they will not be examined at all*» (Cremades, Op. cit., p. 212).

<sup>1</sup> Of note, there is a clear distinction between international legal obligations incumbent on States *ex contractu* or *ex delicto*, e.g. the primary rules, and the rules of state responsibility, e.g. secondary rules (see: *J. Crawford*, State Responsibility: The General Part, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 38). Of interest, some scholars also highlight the interplay between the responsibility of a State in general international law (including, mostly, towards other States), and in investment law (to investors) (see: *Z. Douglas*, The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, British Yearbook of International Law, Vol. 74 (2003), p. 184).

<sup>2</sup> Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (November 2001), Arts. 4, 5 and 7, Yearbook of the International Law Commission, Vol. II (2001), Part Two: Report of the Commission to the General Assembly on the work of its fifty-third session, p. 40, 42, 45; see also: *J. Crawford*, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 106–109; *M.N. Shaw*, International Law, 6<sup>th</sup> ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 786.

<sup>3</sup> *Cremades*, Op. cit., p. 215.

*authority*», a condition for an act to be deemed a State act under Art. 7 of the ILC Articles on State Responsibility<sup>1</sup>, such act cannot be deemed attributable to the State<sup>2</sup>. This appears to be an overly simplistic approach. Indeed, one can envisage a multitude of scenarios whereby a government official soliciting a bribe either exercises his public duties or, at the very least, purports to do so, thereby inducing the bribe-giver into believing that he is dealing with an official cloaked with governmental authority.

The decision of the Iran-US Claims Tribunal in *Yeager v. Iran*<sup>3</sup> is illustrative here. In that case, the Tribunal was confronted with two successive instances of corruption: one by an Iran Air agent who demanded from the complainant extra money to issue an air ticket, and another by uniformed officers of the Revolutionary Guard, exercising customs functions, who «seized» (simply stole) the cash that the complainant had on him during a pre-flight inspection. Deciding on whether either of these acts was attributable to the State, the Tribunal looked at whether the Iranian officials represented to act on behalf of the State – this was the case with the Revolutionary Guards (who invoked their purported customs powers to undertake a pre-flight inspection), but not the case with the Iran Air agent, who solicited the bribe in his personal capacity<sup>4</sup>.

As to investment arbitration jurisprudence, the Award in *EDF v. Romania* is a noteworthy contribution to the topic of State responsibility for corruption. Although in this case corruption was raised as an offense by the investor (arguably making the precedent less relevant as compared to cases where Respondent States raised corruption as a bar to jurisdiction or admissibility of the investor's claims), the Tribunal importantly found that solicitation of a bribe by a State agency would be a «*violation of the fair and equitable treatment obligation owed to the claimant pursuant to the BIT as well as a violation of*

---

<sup>1</sup> See: *Petrolane, Inc. v. Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 27, Cambridge: Grotius Pub. Ltd., 1992, p. 92.

<sup>2</sup> See: *A.P. Llamzon*, Corruption in International Investment Arbitration, Oxford: Oxford University Press, 2014, para. 10.93; *B. Greenwald*, The Viability of Corruption Defenses in Investment Arbitration When the State Does Not Prosecute (15 April 2015) <<https://www.ejiltalk.org/the-viability-of-corruption-defenses-in-investment-arbitration-when-the-state-does-not-prosecute/>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>3</sup> *Yeager v. Islamic Republic of Iran*, Partial Award No. 324-10199-1 (2 November 1987), Iran-United States Claims Tribunal Reports, Vol. 17, Cambridge: Grotius Pub. Ltd., 1988, p. 92–112.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 110–111.

*international public policy*»<sup>1</sup>. Here, thus, State responsibility was triggered by an unconsummated instance of bribery<sup>2</sup>.

Next, in *World Duty Free*, the Tribunal deemed that «[t]here is no warrant at English or Kenyan law for attributing knowledge to the state (as the otherwise innocent principal) of a state officer engaged as its agent in bribery»<sup>3</sup>. The Tribunal continued, stating that the corrupt act of an incumbent President is not attributable to the State itself, as «the law protects not the litigating parties but the public; or in this case, the mass of tax-payers and other citizens making up one of the poorest countries in the world»<sup>4</sup>.

While at first blush, this Award would seem to undermine the proposition of State responsibility for corruption, one should not, however, overestimate the importance of this Award. Indeed, it appears that the Tribunal there did not venture into an analysis of state responsibility for corruption under international law, rather limiting its findings to English and Kenyan law. This may well be due to the fact that the jurisdictional basis of the dispute at hand was contractual, as opposed to treaty-based. Indeed, were the dispute is treaty-based, international law would have been part of the applicable law<sup>5</sup>, thus potentially resulting in a different conclusion on State responsibility<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> *EDF (Services) Ltd. v. Romania*, Award, ¶ 221. In the same paragraph, the Tribunal (quoting Claimant's Post-Hearing Brief (8 December 2008), ¶ 167) further observed that if the discretion of a host State is exercised on the basis of corruption, then «a fundamental breach of transparency and legitimate expectations» occurs.

<sup>2</sup> Some authors draw parallels between the *EDF v. Romania* Award and the *Caire* case, whereby Mexican army officers, acting outside of their competence, in violation of orders, yet under the cover of their status (including by wearing a uniform), unsuccessfully extorted money from a French national and later on murdered him (see: *Llamzon*, Op. cit., para. 10.53 (referring to: *Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. United Mexican States*, Reports of International Arbitral Awards / Recueil des sentences arbitrales, Vol. V (1929), p. 516–534 <[http://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol\\_V/516-534\\_Caire.pdf&lang=E](http://legal.un.org/docs/?path=../riaa/cases/vol_V/516-534_Caire.pdf&lang=E)> (last accessed – 18 February 2018)).

<sup>3</sup> *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award, ¶ 185 <<https://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 181.

<sup>5</sup> See: *R.D. Bishop, J.R. Crawford & W.M. Reisman*, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary, 2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 624; see further: *Llamzon*, Op. cit., para. 10.32 (where the author argues that the precedential value of *World Duty Free* should not be overestimated).

<sup>6</sup> In this regard, see a comparative analysis on how corruption is dealt with in commercial and investment arbitration in: *Cremades*, Op. cit., p. 210. In particular, he notes that as «investment arbitration is permeated by public international law... this set it apart from international commercial arbitration in may significant aspects».

More recently, in *Metal-Tech*, the Tribunal merely hinted that the State will not remain unpunished for a proven instance of corruption, but limited the said punishment to a costs order<sup>1</sup>. It remains unclear whether the Tribunal in this case attributed corruption to the State merely for the purposes of an adverse costs order, or largely implied that the State is liable for corruption.

Finally, in the *Spentex v. Uzbekistan* matter, it would appear that the Tribunal did not delve into State responsibility for corruption in great detail. Rather the Tribunal has seemingly attributed corruption to both Claimant (by dismissing its claims) and Respondent (by blaming Respondent for failure to prosecute or even investigate, and adopting a creative approach to costs allocation, as discussed below)<sup>2</sup>.

The prevailing reluctance of tribunals to address the issue of State responsibility for a consummated act of corruption, at least prior to the *Spentex* Award, led some scholars to opine that the one-sided «*sanctioning regime carries the implicit conclusion that host States are not internationally responsible for corruption in which its public officials [are] complicit*»<sup>3</sup>. Arbitrators, too, have underscored the «*powerful position*» that a Respondent State would find itself in if the legality of the investor's conduct is considered at the jurisdictional stage, whereas the legality of the host State's conduct is dealt with (if the jurisdictional hurdles are cleared) at the merits stage<sup>4</sup>.

The interim conclusion as to the State responsibility for solicitation of bribes by the State's public officials would then be two-fold. Assuming the bribe was unconsummated, as was the case in *EDF v. Romania*, the responsibility of the State is clearly established. No conclusive response can be given however in case of a consummated bribe – both jurisprudence and academic literature have not settled on whether such an act would be attributable to the State. The authors lean toward the view that the distinction between unconsummated and consummated acts of corruption is somewhat

<sup>1</sup> See: *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award, ¶ 422 («*The law is clear – and rightly so – that in such a situation [of an investment tainted by corruption] the investor is deprived of protection and, consequently, the host State avoids any potential liability. That does not mean, however, that the State has not participated in creating the situation that leads to the dismissal of the claims. Because of this participation, which is implicit in the very nature of corruption, it appears fair that the Parties share in the costs*»).

<sup>2</sup> As reported in: *Betz*, Op. cit., p. 131.

<sup>3</sup> *Llamzon*, Op. cit., para. 10.06; see also: *Ibid.*, para. 10.94.

<sup>4</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/03/25, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades (19 July 2007), ¶ 37–38 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0340.pdf>> (last accessed – 18 February 2018).

artificial – what matters for purposes of State responsibility is a representation made by the «receiver» of the bribe that he is acting on behalf of the State, or cloaked with the authority of the State.

*4.1.2. State Responsibility for Failure to Investigate and / or Prosecute a Reported Instance of Corruption*

Moving now to the second scenario, the question of whether the State is responsible for a failure to investigate, let alone prosecute, an instance of corruption, remains unsettled in jurisprudence and doctrine. Moreover, lines are yet to be drawn as to what would constitute a «failure»:

- is it *any* attempt to investigate; or
- a superficial investigation;
- what if a successful investigation is not followed by prosecution; or
- what if the prosecution leads to a *new* act of corruption, now to avoid liability of the public official initially involved?

In fact, it is remarkable that no reported investment arbitration case contains references to the States actually taking prosecutorial actions with respect to the official involved in alleged instances of corruption. To the contrary, various Tribunals have repeatedly noted – as a mere observation or with a certain degree of reprimand – the failure of States to undertake *any* attempts to prosecute the alleged culprit, as in *Wena*<sup>1</sup>, *World Duty Free*<sup>2</sup> and *Spentex*<sup>3</sup>. The same sentiment is echoed in academic literature: Betz notes, for instance, that «*the reality in foreign bribery cases is that the recipients of the bribes are never prosecuted*»<sup>4</sup>. Curiously, but perhaps not inexplicably, parallel criminal investigations into allegations of corruption are a common occurrence in commercial arbitration<sup>5</sup>.

Some authors express the view that a decision by the State not to prosecute should not equate with acquiescence in corruption, in view of prosecutorial discretion, higher standards of proof in domestic proceedings than in arbitra-

---

<sup>1</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 116.

<sup>2</sup> *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award, ¶ 180.

<sup>3</sup> See: *Betz*, Op. cit., p. 134.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 300; see further: *Cremades*, Op. cit., p. 218 (noting that «[t]he implications of the State's inaction when faced with the corruption of its own officials is a complex subject that awaits further development in case law»).

<sup>5</sup> See: *S. Besson*, Corruption and Arbitration: Impact of Criminal Investigations, in: D. Baizeau, R.H. Kreindler (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (= *Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*. Vol. 13) (ICC Publication No. 768E), p. 103 (para. 4).

tion, and limited domestic resources<sup>1</sup>. However, this suggestion overlooks the fact that the criticism of Tribunals in the jurisprudence is directed not to the extent of successful domestic convictions but, most often, *the complete lack* of any domestic investigations, let alone prosecutions. Thus, while it may remain a factual matter whether or not specific (and proven) efforts of a State to investigate and prosecute instances of corruption are sufficient to allow a corruption defense in the arbitration proceedings, the State's reluctance to demonstrate in good faith that it is genuinely concerned by the matter, beyond the realm of investment arbitration, should at the very least raise a «red flag» as to the real intentions of the State.

Conversely, some authors opine that a State can only raise a corruption defense if it has first demonstrated that it undertook genuine efforts to prosecute and punish the culprits<sup>2</sup>. Although viable, this suggestion is also not without criticism. On the most generic level, the difficulty of this approach would lie in the confrontation between the concepts of procedural fairness and equality of arms (on the one hand), and waiver or acquiescence (on the other hand). Put differently, while a party can hardly be prevented from raising a defense from a procedural point of view, it would be for the Tribunal to then give proper weight to this defense, in view of the party's prior knowledge of the facts on which the defense is based on (and perhaps even a failure to act earlier on this knowledge).

This also raises the issue of timing. Indeed, if demonstrated that a State was not aware of corruption before the investment arbitration, and that it did not close its eyes on the same indicia it invokes in the arbitration, then the requirement to investigate or prosecute can arguably be dispensed with.

Furthermore, one could reasonably question what exactly would constitute «genuine efforts» to uncover an instance of corruption. It is also plausible that corruption becomes apparent only when specialized legal counsel are instructed for the purposes of defending the State in an investment arbitration, especially when such counsel adopt a «no stone left unturned» approach.

This shows that tying the corruption defense with the State's prior efforts to investigate (and / or prosecute) same is essentially a case-specific issue that would need to be resolved based on individual fact patterns. This is in contrast with the general principles of responsibility of States for acts of corruption, analyzed in the preceding sub-section, where the debate is indeed more legal, than factual.

---

<sup>1</sup> See, e.g.: *Greenwald*, Op. cit.

<sup>2</sup> *Llamzon*, Op. cit., p. 281.

In conclusion, there is no universal formula as to State responsibility for corruption under international law. Unconsummated extortion of a bribe by a public official appears to render the State responsible therefor. In turn, a consummated bribe demonstrates a remarkable asymmetry in that while the claimant investor will be liable for corruption resulting in a dismissal of its claim, the State is likely to avoid liability due to lack of attribution, except in certain specific factual scenarios.

#### 4.2. Arbitrator's Toolset

Assuming State responsibility for an act of corruption is established, the question then arises as to what powers, and specific tools, does an Arbitral Tribunal have to penalize the State. A comprehensive review of case law and academic writings reveals the following tentative «toolset».

First, the Tribunal may simply condemn the Respondent State, or the specific public official involved in corruption. At first blush this may seem as an attempt by the tribunal to *sua sponte* extend its jurisdiction to a non-party to the arbitration. However, making a negative (condemning) statement regarding a proven instance of corruption, and, if applicable, naming the public official involved therein, does not equal prosecution or even sanctioning in any way that public official. This remains the realm of the Respondent State and, possibly, other States that may have jurisdiction over this instance of corruption under an applicable domestic or international legal instrument. This «tool» from the tribunal's «toolset» was used in *World Duty Free*, where the Tribunal noted that the proven corruption of Respondent's former President was a «highly disturbing feature», especially in view of the fact that Kenya was advancing corruption as a blanket defense against the investor's claims<sup>1</sup>. In *Spentex*, too, the Tribunal has scolded Respondent for the purported role of its officials in the corrupt behavior, reportedly noting that «it takes two to tango», and further reprimanded Respondent for its failure to disclose the name of the official involved in the corruption plot<sup>2</sup>.

Understandably, condemnation is unlikely to have any tangible effect on the Respondent State. While investment arbitration proceedings tend to be more public than commercial arbitrations, the mere fact that an international tribunal has recognized the fact of corruption, and reprimanded the Respondent State, or the specific public official of that State, in writing may only translate in public indignation – assuming the fact of corruption was not previously known or suspected.

---

<sup>1</sup> *World Duty Free Company v. Republic of Kenya*, Award, ¶ 180.

<sup>2</sup> *Djanic*, Op. cit.

*Second*, the State may be prevented from relying on the corruption defense, if it fails to prosecute the corrupt public official (e.g., to show commitment to fighting corruption), as contemplated (but not implemented, for unspecified reasons) in *Wena v. Egypt*. In the *Wena Award*, the Tribunal merely noted that Egypt was aware of the alleged instance of corruption, but failed to prosecute the State official allegedly on the receiving end<sup>1</sup>.

State courts have also frowned upon non-specific allegations of corruption not substantiated by any evidence of investigations into the matter. For instance, the Paris Court of Appeal held in its 14 October 2014 decision in the *Congo v. Commisimpex* set-aside proceedings that Congo's referral to a general climate of corruption within its government – without specifying the persons involved in corruption or prosecuting them – were insufficient grounds to set aside an arbitral award against Congo<sup>2</sup>.

However, to date no Tribunal has expressly refused to consider a corruption defense due to the State's failure to investigate or prosecute it. Moreover, is a somewhat troubling development (at least from the perspective of corruption allegations), the Tribunal in *Fraport v. Philippines* [II] decided not to entertain claimant's argument that Philippines should be estopped from raising an illegality of investment defense since the State did not undertake any effort to prosecute this matter internally<sup>3</sup>.

In view of the apparent lack of *jurisprudence constante*, and moreover the uncertainty of the legal basis for refusing to consider the corruption defense absent evidence of prior investigation by the host State, it is unclear whether this technique will ever attain widespread recognition.

*Third*, using their broad powers to allocate the costs as they deem fit<sup>4</sup>, at least two ICSID Tribunals have taken into account the proven instance of corruption in deciding that Respondent should bear its own legal costs and

<sup>1</sup> *Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, Award, ¶ 116 («...given the fact that the Egyptian government was made aware of the agreement by Minister Sultan but decided (for whatever reasons) not to prosecute Mr. Kandil, the Tribunal is reluctant to immunize Egypt for liability in this arbitration because it now alleges that the agreement with Mr. Kandil was illegal under Egyptian law»).

<sup>2</sup> See: *République du Congo c/ Société Commissions import export (Commisimpex)*, CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 14 octobre 2014, n° 13/03410 <<https://actuarbitragealtana.files.wordpress.com/2015/01/10-10-14-congo-v-commisinpex.pdf>> (last accessed – 18 February 2018); Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 mai 2016, pourvoi n° 14-29.264 <<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000032600571>> (last accessed – 18 February 2018).

<sup>3</sup> *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines*, ICSID Case No. ARB/11/12, Award, ¶ 377, 385–386.

<sup>4</sup> ICSID Convention, Art. 61(2).

half of the arbitration costs – in *Metal-Tech*<sup>1</sup> and *Spentex*. Indeed, a departure from the «losing party pays» principle in favor of allocating to costs equally (or even shifting them further upon Respondent) is in conformity with a «balancing approach» advocated by some authors<sup>2</sup>.

Fourth, and finally, the *Spentex* Award that prompted this article, proposed a novel and «creative» tool to reprimand the Respondent State complicit in corruption<sup>3</sup>. Namely, in addition to allocating the costs, the Tribunal recommended the State to take specific «compensatory» measures, e.g. by donating reportedly US\$ 8 million to a UN Development Program Anti-Corruption Fund, with a threat to make a further adverse costs order in case of non-compliance. Notably, the Tribunal took into consideration the fact that: (i) Uzbekistan refused to disclose the names of the State officials involved in the alleged instance of corruption; and (ii) the State's own witnesses denied corruption<sup>4</sup>.

A solution not yet seen in case law, and arguably applicable in only a narrow set of circumstances, is the application of the Common law «the loss lies where it falls» principle. While, as elaborated above, this seems to be the default view in investment arbitration case law and academic opinion with respect to the consequences of a positive finding of corruption on the investor, in the event that the Respondent State may have counter-claims against the investor, these would arguably also be deemed inadmissible further to the same positive finding of corruption.

In conclusion, the Tribunals appear to have readily available a number of tools that they can use to penalize Respondent States for being implicated in corruption. It would thus seem artificial – if not asymmetric and leaning to the interests of Respondent States – to merely suggest, as some authors do, that simply because investors that have engaged in corrupt behavior lose protection in arbitrating in a neutral forum, will lead to a reduction in foreign investment and may serve as an «added incentive for governments to take a harder line on reining in corruption within their own systems»<sup>5</sup>. A more immediate reaction to host States' corrupt behavior is needed.

---

<sup>1</sup> *Metal-Tech Ltd. v. Republic of Uzbekistan*, Award, ¶ 422.

<sup>2</sup> See, e.g.: R. Kreindler, Concluding Remarks: Corruption and International Arbitration, in: D. Baizeau, R.H. Kreindler (eds.), *Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration* (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 13) (ICC Publication No. 768E), p. 187–193 (looking at the issue from the perspective of the «clean hands» doctrine).

<sup>3</sup> *Djanic*, Op. cit.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Menaker*, Op. cit., p. 75.

## 5. Summary and Outlook

While the diverging approaches that the investment arbitration tribunals take towards the responsibility of Respondent States for acts of corruption do not allow to speak of any *jurisprudence constante*, the authors submit that a positive trend can already be spotted in case law. As the corruption defense gets closer to being part of a common toolset of Respondent States (and their counsel) defending themselves against Claimant investors, it is hoped that the tribunals will also adopt a corresponding toolset to address the issue of corruption in a balanced way by penalizing Respondent States when circumstances so require.

However, even with such a toolset, tribunals alone may not well be in a position to address corruption effectively and comprehensively. Prosecutorial actions from States themselves are also needed, which raises a host of questions on the (possibility of) cooperation between tribunals and State authorities in investigating and prosecuting instances of corruption – a topic which is outside the scope of the present article.

## РАЗВИТИЕ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО СПОРТИВНОГО ПРАВА В РЕШЕНИЯХ СПОРТИВНОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА И ФЕДЕРАЛЬНОГО ТРИБУНАЛА ШВЕЙЦАРИИ В 2016–2017 гг.

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

*В статье изучаются дела, разрешенные с участием российских сторон в Спортивном арбитражном суде (далее – САС) и – в случае последующего оспаривания решения – в Федеральном трибунале Швейцарии в 2016–2017 гг. В процессе рассмотрения этих споров САС и высшая судебная инстанция Швейцарии регулярно сталкивались с необходимостью решения трех принципиальных юридических вопросов: 1) правомерность применения к российским спортсменам принципа коллективной ответственности с одновременным возложением на них бремени доказывания собственной невиновности; 2) право национальных спортивных федераций предъявлять в САС иски в защиту прав индивидуальных спортсменов, которые формально не являются стороной арбитражного разбирательства; и 3) доказательственная сила докладов и показаний под присягой третьих лиц по вопросам ответственности за нарушение антидопинговых правил.*

*В статье объясняется, почему решения САС и Федерального трибунала следует рассматривать в качестве источников международного спортивного права, а также анализируется их значение для развития международного спортивного права.*

*Ключевые слова: международное спортивное право; Lex Sportiva; Спортивный арбитражный суд; доклад Макларена; Всемирный антидопинговый кодекс; принцип «естественной справедливости» («natural justice»); ответственность за нарушение антидопинговых правил.*



# DEVELOPMENT OF NORMS OF INTERNATIONAL SPORTS LAW IN AWARDS OF THE COURT OF ARBITRATION FOR SPORT AND DECISIONS OF THE SWISS FEDERAL TRIBUNAL RENDERED IN 2016–2017

DMITRY PENTSOV,  
Ph.D. in Law,  
Partner at *FRORIEP Legal SA* Law Firm (Geneva)

*The article analyzes cases with the participation of Russian parties, resolved by the Court of Arbitration for Sport (CAS) and, in case of subsequent appeal, by the Swiss Federal Tribunal in 2016–2017. While considering these cases, the CAS and the supreme court authority of Switzerland regularly faced the necessity of resolving three legal questions of principle: 1) the validity of application to the Russian athletes of the principle of collective responsibility with simultaneous imposition on them of the burden of proof of their innocence; 2) the right of national sport federations to pursue in the CAS claims in defense of rights of individual athletes, who formally are not parties to the arbitral proceedings; and 3) the evidentiary value of reports and affidavits of third parties as concerns responsibility for violations of anti-doping rules.*

*The article explains why the awards of the CAS and the decisions of the Swiss Federal Tribunal shall be considered as sources of international sport law, and analyzes their significance in the development of international sport law.*

*Keywords: international sports law; Lex Sportiva; Court of Arbitration for Sport; McLaren Report; World Anti-Doping Code; natural justice; responsibility for violations of anti-doping rules.*



## 1. Введение

Отстранение значительного числа российских олимпийцев от участия в летних Олимпийских играх 2016 г.<sup>1</sup>, а также невозможность участия всех российских паралимпийцев в летних Паралимпийских играх 2016 г. в Рио-де-Жанейро на фоне беспрецедентных обвинений в предполагаемом существовании государственной программы поддержки допинга, выдвинутых в адрес Российской Федерации в западных средствах массовой информации<sup>2</sup> и в так называемом «докладе независимого лица» (далее – Доклад Макларена)<sup>3</sup>, повлекло за собой многочисленные споры с участием российских сторон в Спортивном арбитражном суде (Court of Arbitration for Sport (CAS) / Tribunal Arbitral du Sport (TAS)) (далее – САС)<sup>4</sup> и – в случае последующего оспаривания решения –

<sup>1</sup> IAAF Provisionally Suspends Russian Member Federation: Press Release (13 November 2015) <<https://www.iaaf.org/news/press-release/iaaf-araf-suspended>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); Decision of the IOC Executive Board Concerning the Participation of Russian Athletes in the Olympic Games Rio 2016: IOC Press Release (24 July 2016) <<https://www.olympic.org/news/decision-of-the-ioc-executive-board-concerning-the-participation-of-russian-athletes-in-the-olympic-games-rio-2016>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *Seppelt H.* The Secrets of Doping: How Russia Makes Winners (ARD – 2014) <<https://www.youtube.com/watch?v=iu9B-ty9JCY>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *McLaren R.H.* The Independent Person Report (18 July 2016) <[https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/20160718\\_ip\\_report\\_newfinal.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/20160718_ip_report_newfinal.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 года); *Idem.* The Independent Person 2<sup>nd</sup> Report (9 December 2016) <[https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/mclaren\\_report\\_part\\_ii\\_2.pdf](https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/mclaren_report_part_ii_2.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.). Профессор Ричард Макларен был назначен Всемирным антидопинговым агентством (World Anti-Doping Agency (WADA)) (далее – ВАДА) в качестве «независимого лица» (independent person) для расследования заявлений о манипулировании Российской Федерацией процессом допинг-контроля, которые были сделаны доктором Григорием Родченковым, бывшим директором Московской лаборатории, аккредитованной ВАДА. Эти заявления были обнародованы в телевизионной программе *CBS «60 Minutes»* 8 мая 2016 г. и в газете «The New York Times» 12 мая 2016 г. См.: WADA Names Richard McLaren to Sochi Investigation Team (19 May 2016) <<https://www.wada-ama.org/en/media/news/2016-05/wada-names-richard-mclaren-to-sochi-investigation-team>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> Согласно статистике САС, из 26 дел, рассмотренных специальным подразделением САС в Рио-де-Жанейро, 15 дел были связаны с российскими атлетами (см.: Activities of the CAS Divisions at the Olympic Games Rio 2016 <[http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Report\\_on\\_the\\_activities\\_of\\_the\\_CAS\\_Divisions\\_at\\_the\\_2016\\_Rio\\_Olympic\\_Games\\_short\\_version\\_FINAL.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Report_on_the_activities_of_the_CAS_Divisions_at_the_2016_Rio_Olympic_Games_short_version_FINAL.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)).

в Федеральном трибунале Швейцарии (Bundesgericht / Tribunal fédéral)<sup>1</sup>. В процессе рассмотрения этих споров в 2016–2017 гг. САС и высшая судебная инстанция Швейцарии регулярно сталкивались с необходимостью решения трех принципиальных юридических вопросов. Во-первых, вынося решения по искам индивидуальных атлетов к международным спортивным федерациям с требованием об их допуске к участию в летних Олимпийских играх в Рио-де-Жанейро, САС пришлось оценивать правомерность применения к российским спортсменам принципа коллективной ответственности с одновременным возложением на них бремени доказывания собственной невиновности<sup>2</sup>. Во-вторых, в споре Паралимпийского комитета России (далее – ПКР) с Международным паралимпийским комитетом (далее – МПК) САС, а впоследствии и Федеральный трибунал анализировали право национальных спортивных федераций предъявлять в САС иски в защиту прав индивидуальных спортсменов, которые формально не являются стороной арбитражного разбирательства<sup>3</sup>. Наконец, как в делах по искам индивидуальных российских спортсменов, так и в делах по искам российских спортивных организаций САС оценивал доказательственную силу докладов

<sup>1</sup> Согласно ст. R28 Кодекса спортивного арбитража местом арбитража (seat) САС считается Лозанна, Швейцария (Code of Sports-related Arbitration (in force as from 1 January 2017) / Code de l'arbitrage en matière de sport (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017), Art. R28 <[http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Code\\_2017\\_FINAL\\_en\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Code_2017_FINAL_en_.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)). Поэтому в соответствии со ст. 176 и 191 швейцарского Федерального закона о международном частном праве (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (IPRG) / Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201704010000/291.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)) его решения могут быть обжалованы в Федеральном трибунале по строго ограниченному кругу оснований, перечисленных в ст. 190(2) данного Закона.

<sup>2</sup> См., например: *Anastasia Karabelshikova & Ivan Podshivalov v. Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/013, Award (4 August 2016) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-013.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Yulia Efimova v. Russian Olympic Committee (ROC), International Olympic Committee (IOC) & Fédération Internationale de Natation (FINA)*, CAS OG 16/04, Award (5 August 2016) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-004.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award (30 August 2016) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4745.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *BGer 4A\_470/2016 vom 03.04.2017* <[http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170403\\_4A\\_470-2016.html](http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/170403_4A_470-2016.html)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

и показаний под присягой третьих лиц по вопросам ответственности за нарушение антидопинговых правил<sup>1</sup>.

Принимая во внимание принципиальный характер этих трех вопросов, анализ решений, вынесенных САС и Федеральным трибуналом по спорам с участием российских сторон в 2016–2017 гг., представляет значительный интерес с точки зрения их вклада в развитие системы правового регулирования международной спортивной деятельности.

Так, хотя решения САС по конкретным спорам не обладают обязательной силой судебного прецедента<sup>2</sup> и к ним не применяется доктрина *stare decisis*, лежащая в основе системы общего права<sup>3</sup>, они традиционно рассматриваются в качестве одного из источников международного спортивного права<sup>4</sup>. Арбитры, рассматривающие

<sup>1</sup> См., например: *Russian Weightlifting Federation (RWF) v. International Weightlifting Federation (IWF)*, CAS OG 16/009, Award (5 August 2016), ¶ 7.10–7.12 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-009.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Ivan Balandin v. Fédération Internationale des Sociétés d’Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/012, Award (6 August 2016), ¶ 7.27–7.30 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-012.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Natalia Podolskaya & Alexander Dyachenko v. International Canoe Federation (ICF)*, CAS OG 16/019, Award (8 August 2016), ¶ 2.11, 7.28 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-019.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Russian Athletics Federation (RUSAF) & Anna Pyatykh*, CAS 2017/O/5039, Award (18 August 2017) <[http://www.tas-cas.org/fileadmin/user\\_upload/Final\\_award\\_5039\\_IAAF\\_v.\\_RUSAF\\_Aнна\\_Pyatykh\\_for\\_publication\\_.pdf](http://www.tas-cas.org/fileadmin/user_upload/Final_award_5039_IAAF_v._RUSAF_Aнна_Pyatykh_for_publication_.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. USA Track & Field (USATF) & Y.*, CAS 2004/A/628, Award (28 June 2004), ¶ 19 <[https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free\\_pdfs/CAS%202004-A-628%20IAAF%20v%20USATF%20%26%20Y%20Award.pdf](https://arbitrationlaw.com/sites/default/files/free_pdfs/CAS%202004-A-628%20IAAF%20v%20USATF%20%26%20Y%20Award.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> См., например: *Bersagel A. Is There a Stare Decisis Doctrine in the Court of Arbitration for Sport? An Analysis of Published Awards for Anti-Doping Disputes in Track and Field // Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*. 2012. Vol. 12. No. 2. P. 206 <<https://digitalcommons.pepperdine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1215&context=drlj>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.). Согласно доктрине *stare decisis*, если суд однажды установил принцип права применительно к определенному фактическому составу, он будет придерживаться этого принципа и применять его ко всем будущим делам, когда факты практически одинаковы, вне зависимости от того, являются ли стороны и спорное имущество одинаковыми (см.: *Black’s Law Dictionary*. 6<sup>th</sup> ed. – St. Paul: West Pub. Co., 1990. P. 1406 <[http://www.republicsg.info/dictionaries/1990\\_black's-law-dictionary-edition-6.pdf](http://www.republicsg.info/dictionaries/1990_black's-law-dictionary-edition-6.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)).

<sup>4</sup> Существование самостоятельной отрасли «международное спортивное право» и определение ее границ по-прежнему остаются предметом жарких дискуссий как в российской, так и в зарубежной литературе. Мы будем исходить из того, что под

тот или иной спортивный спор, строго говоря, не обязаны следовать ранее вынесенным решениям своих коллег, однако, как показывает практика, в сходных фактических ситуациях они склонны приходиться к тем же правовым выводам, что и их предшественники, вне зависимости от того, вызвано ли это их стремлением к признанию решений своих коллег на основе принципа вежливости (*comity*) или же их сознательной попыткой создать взаимосогласованную систему правовых норм, регламентирующих международную спортивную деятельность<sup>1</sup>. Тем самым, вне зависимости от конкретной мотивации, следование арбитров ранее вынесенным решениям на протяжении нескольких десятилетий, истекших с момента начала деятельности САС в 1984 г.<sup>2</sup>, привело сначала к формулированию, а затем и к последующей «кристаллизации» принципов так называемой *Lex Sportiva*, в частности концепции «строгой ответственности» (*strict liability*) в делах, связанных с нарушением антидопинговых правил, а также принципа справедливости (*fairness*)<sup>3</sup>.

Дополнительным фактором формирования *Lex Sportiva*, несомненно способствующим созданию взаимосогласованной системы правовых норм, является регулярная публикация решений САС. Зна-

---

«международным спортивным правом» следует понимать систему норм и принципов, регулирующих международную спортивную деятельность. По данному вопросу, см., например: *Beloff M., Kerr T., Demitrious M., Beloff R. Sports Law. 2<sup>nd</sup> ed.* — Oxford; Portland: Hart Pub., 2012. P. 1–2; *Nafziger J.A.R. International Sports Law. 2<sup>nd</sup> ed.* — Ardsley: Transnational Pub., 2004. P. 1; см. также: *Алексеев С.В. Международное спортивное право: Учебник.* М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2008. С. 206–217; *Захарова Л.И.* «О спорт, ты — мир!». Роль международного права, *lex sportiva* и *lex olympica* в регулировании международных спортивных отношений. Saarbrücken: LAP LAMBERT Academic Pub., 2005. С. 58–70; *Davis T. What is Sports Law? // Lex Sportiva: What is Sports Law? / R.C.R. Siekmann, J. Soek (eds.). — The Hague: T.M.C. Asser Press, 2012. P. 3–7; Siekmann R.C.R. What is Sport Law? A Reassessment of Content and Terminology // Ibid. P. 359–366.*

<sup>1</sup> См., например: *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. USA Track & Field (USATF) & Y.* CAS 2004/A/628, Award, ¶ 19; *Nicholas D'Arcy v. Australian Olympic Committee*, CAS 2008/A/1574, Award (7 July 2008), ¶ 33 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/1574.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *Reeb M. The Role and Functions of the Court of Arbitration for Sport (CAS) // The Court of Arbitration for Sport 1984–2004 / I.S. Blackshaw, R.C.R. Siekmann, J. Soek (eds.). — The Hague: T.M.C. Asser Press, 2006. P. 31–34.*

<sup>3</sup> *Canadian Olympic Committee (COC) & Beckie Scott v. International Olympic Committee (IOC)*, CAS 2002/O/373, Award (18 December 2003), ¶ 14 // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). — The Hague: Kluwer Law International; Bern: Stämpfli, 2004. P. 28; Nafziger J.A.R. Op. cit. P. 49–51.*

чительное число решений САС сначала было опубликовано в виде трехтомного сборника<sup>1</sup>, а затем включено в постоянно пополняемую общедоступную базу данных<sup>2</sup>. В результате возможность сослаться на предшествующие решения САС получили не только арбитры, но и стороны рассматриваемых им споров. Более того, регулярные ссылки арбитров САС на ранее вынесенные решения для обоснования собственной правовой позиции дают некоторым авторам основание настаивать даже на безоговорочной применимости в области международного спортивного арбитража доктрины *stare decisis*, хотя данная точка зрения и не является общепризнанной<sup>3</sup>.

Наряду с решениями САС решения Федерального трибунала также следует рассматривать в качестве источника международного спортивного права<sup>4</sup>. Данный вывод основывается на исключительно важной роли, которую играет высшая судебная инстанция страны в процессе рассмотрения спортивных споров<sup>5</sup>. Так, рассмотрев за

<sup>1</sup> См.: Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards I 1986–1998 / M. Reeb (ed.). The Hague: Kluwer Law International; Bern: Stämpfli, 2002; Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.). The Hague: Kluwer Law International; Bern: Stämpfli, 2002; Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.).

<sup>2</sup> TAS/CAS «Jurisprudence» database <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Help/Home.aspx>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Kaufmann-Kohler G. Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture // Arbitration International. 2007. Vol. 23. Issue 3. P. 366 <<http://www.arbitration-icca.org/media/4/77507134886347/media01231914308713000950001.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> В отличие от судебных прецедентов в странах общего права, решения Федерального трибунала и нижестоящих судов формально не считаются источниками швейцарского права. Вместе с тем, несмотря на отсутствие прецедентного характера, судебные решения в Швейцарии играют чрезвычайно важную нормотворческую роль. См., например: Introduction to Swiss Law / F. Dessementet, T. Ansay (eds.). 3<sup>rd</sup> ed. – The Hague: Kluwer Law International; Zürich: Schulthess, 2004. P. 7; Terrier P. Le droit des obligations. 4<sup>e</sup> éd. – Zürich: Schulthess, 2009. P. 34. Так, согласно ст. 1(2) ГК Швейцарии (Zivilgesetzbuch / Code civil suisse <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/201709010000/210.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)) при отсутствии применимой правовой нормы судья выносит решение на основании обычного права, а при отсутствии обычая по правилам, которые он установил бы, если бы выступал в роли законодателя. При этом согласно ст. 1(3) ГК Швейцарии он руководствуется решениями, выработанными доктриной и судебной практикой.

<sup>5</sup> См., например: *Maisonnette M.* L'arbitrage des litiges sportifs (= Bibliothèque de droit public. T. 267). – P.: LGDJ, 2011. P. 469–477; *Casini L.* The Making of a *Lex Sportiva* by the Court of Arbitration for Sport // *Lex Sportiva: What is Sport Law?* / R.C.R. Siekmann, J. Soek (eds.). P. 165.

несколько десятилетий, истекших с момента создания САС, более 100 заявлений об отмене решений САС и отменив целый ряд из них<sup>1</sup>, Федеральный трибунал сформировал устойчивую судебную практику по широкому кругу вопросов международного спортивного права, включая признание в 2003 г. в деле российских лыжниц Ларисы Лазутиной и Ольги Даниловой достаточной степени независимости САС от Международного олимпийского комитета (далее – МОК)<sup>2</sup>. Ввиду наличия у высшей судебной инстанции Швейцарии подобных «надзорных» полномочий в процессе рассмотрения споров арбитры САС не могут игнорировать ее судебную практику по спортивным делам, а также по делам, связанным с обжалованием решений по другим категориям арбитражных споров, ибо иначе вынесенное ими решение может быть отменено. Более того, при отсутствии выбора применимого права сторонами спора арбитры применяют швейцарские право<sup>3</sup>, поэтому они нередко ссылаются на решения Федерального трибунала, истолковывающие содержание используемых ими законодательных норм Швейцарии<sup>4</sup>.

Все сказанное позволяет сделать вывод, что решения САС и Федерального трибунала являются источниками международного спортивного права. В процессе рассмотрения споров с российским участием в 2016–2017 гг. были проанализированы три принципиальных вопроса и сформулированы новые правовые позиции, безусловно повлиявшие на спортивное право. Соответственно, целью настоящей статьи является анализ решений САС и Федерального трибунала с точки зрения их вклада в развитие международного спортивного права в 2016–2017 гг.

<sup>1</sup> Согласно некоторым оценкам, за период с 1989 по 2015 г. Федеральный трибунал Швейцарии рассмотрел 103 апелляции на решения САС, отменив при этом полностью или частично 10 решений (9,71 % от общего числа апелляций) (см.: *Dasser F., Wójciewicz P.* Challenges of Swiss Arbitral Awards – Updated and Extended Statistical Data as of 2015 // *ASA Bulletin*. 2016. Vol. 34. Issue 2. P. 284).

<sup>2</sup> BGer 4P.267/2002 vom 27.05.2003, BGE/ATF 129 III 445 <[http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight\\_docid=atf%3A%2F%2F129-III-445%3Ade&lang=de&type=show\\_document](http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?highlight_docid=atf%3A%2F%2F129-III-445%3Ade&lang=de&type=show_document)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Статья R45 Кодекса спортивного арбитража.

<sup>4</sup> См., например: *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 43; *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. All Russia Athletics Federation (ARAF) & Vladimir Mokhnev*, CAS 2016/O4504, Award (23 December 2016), ¶ 67 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4504.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

## 2. Возможность возложения на спортсменов бремени доказывания собственной невиновности

### 2.1. Правила, действовавшие до 2016 г.

В соответствии с общим правилом распределения бремени доказывания в швейцарских арбитражных разбирательствах, неоднократно подтверждавшимся в решениях САС, бремя доказывания факта возлагается на лицо, заявляющее о его существовании<sup>1</sup>. Данное правило является отражением ст. 8 ГК Швейцарии, согласно которой, если закон не предусматривает иного, каждая сторона обязана доказать факты, о существовании которых она заявляет в обоснование своего права. Выше уже отмечалось, что при отсутствии выбора применимого права сторонами САС применяется швейцарское право, включая, где необходимо, ГК Швейцарии<sup>2</sup>.

Применительно к ответственности за нарушение антидопинговых правил нормы о распределении бремени доказывания сформулированы во Всемирном антидопинговом кодексе 2015 г.<sup>3</sup> (далее – ВАДК). Согласно ВАДК на антидопинговую организацию возлагается бремя доказывания того, что нарушение антидопинговых правил имело место<sup>4</sup>. После того как факт нарушения установлен, в тех случаях, когда согласно ВАДК вина атлета является необходимым элементом правонарушения, ее наличие презюмируется<sup>5</sup>. Соответственно,

<sup>1</sup> См., например: *N., J., Y., W. v. Fédération Internationale de Natation (FINA)*, CAS 98/208, Award (22 December 1998), ¶ 12 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.). P. 247; *A. v. Fédération Internationale des Luttes Associées (FILA)*, CAS 2000/A/317, Award (9 July 2001), ¶ 33 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 168.

<sup>2</sup> Статья R45 Кодекса спортивного арбитража.

<sup>3</sup> <<https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/wada-2015-code-ru.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> Статья 3.1 ВАДК. Согласно Приложению 1 («Определения») к ВАДК, антидопинговыми организациями являются, в частности, Международный олимпийский комитет, Международный паралимпийский комитет, другие организаторы крупных спортивных мероприятий, которые проводят тестирование на своих спортивных мероприятиях, ВАДА, международные федерации и национальные антидопинговые организации.

<sup>5</sup> *L. v. International Olympic Committee (IOC)*, CAS 2000/A/310, Award (22 October 2001), ¶ 24–26 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 132–133; *L. v. Fédération Internationale des Luttes Associées (FILA)*, CAS 2000/A/312, Award (22 October 2001), ¶ 36 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 156; *A. v. Federation Internationale des Luttes*

на оказавшегося в такой ситуации спортсмена возлагается бремя опровержения этой презумпции путем представления опровергающих доказательств<sup>1</sup>.

В решениях САС и Федерального трибунала<sup>2</sup> неоднократно отмечалось, что подобное распределение бремени доказывания между спортсменами и антидопинговыми организациями не может оцениваться с точки зрения возможного нарушения принципа презумпции невиновности, закрепленного в ст. 6 Европейской конвенции по правам человека<sup>3</sup>. Согласно этим решениям, по своей юридической природе отношения между атлетом и спортивной федерацией являются гражданско-правовыми, и они не оставляют места для применения принципов уголовного права, к которым и относится презумпция невиновности<sup>4</sup>. Именно поэтому, с точки зрения Федерального трибунала, мнение САС о достаточности доказательств для установления факта нарушения антидопинговых правил и, следовательно, для переноса бремени доказывания относится не к области публичного порядка, а к сфере доказывания и оценки доказательств, т.е. к проблемам, которые в частноправовых спорах не могут решаться на основе принципов уго-

---

*Associées (FILA)*, CAS 2000/A/317, Award, ¶ 34 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 168.

<sup>1</sup> *Union Cycliste Internationale (UCI) v. H.*, CAS 2001/A/343, Award (28 January 2002), ¶ 18 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 232.

<sup>2</sup> См., например: *A. v. Fédération Internationale des Luttes Associées (FILA)*, CAS 2000/A/317, Award, ¶ 26 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 167; BGer vom 15.03.1993, ¶ 5a, BGE/ATF 119 II 271 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards I 1986–1998 / M. Reeb (ed.). P. 571; BGer 5P.83/1999 vom 31.03.1999, ¶ 3d // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.). P. 781.

<sup>3</sup> В соответствии со ст. 6(2) Европейской конвенции по правам человека каждый обвиняемый в совершении уголовного преступления считается невиновным, до тех пор пока его виновность не будет установлена законным порядком (Европейская конвенция по правам человека измененная и дополненная Протоколами № 11 и № 14 в сопровождении Дополнительного протокола и Протоколов № 4, 6, 7, 12 и 13 <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_RUS.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_RUS.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)).

<sup>4</sup> *A. v. Federation Internationale des Luttes Associées (FILA)*, CAS 2000/A/317, Award, ¶ 26 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.). P. 167; BGer vom 15.03.1993, ¶ 5a, BGE/ATF 119 II 271 // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards I 1986–1998 / M. Reeb (ed.). P. 571; BGer 5P.83/1999 vom 31.03.1999, ¶ 3d // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.). P. 781.

ловного права, прежде всего презумпции невиновности и принципа *in dubio pro reo* («в случае сомнения – в пользу обвиняемого»), а также соответствующих гарантий, закрепленных в Европейской конвенции по правам человека<sup>1</sup>.

## 2.2. Изменения, внесенные в 2016–2017 гг.

Описанные выше принципы распределения бремени доказывания были значительно изменены решением Исполнительного комитета МОК об участии российских атлетов в Олимпийских играх в Рио-де-Жанейро, принятым 24 июля 2016 г.<sup>2</sup> (далее – Решение Исполкома МОК). Так, согласно части девятой разд. I Решения Исполкома МОК в свете выводов первого Доклада Макларена всех российских атлетов, желающих принять участие в летних Олимпийских играх 2016 г., следовало считать затронутыми схемой, которая подрывает систему борьбы с допингом или манипулирует ей. Ссылаясь на заявления первого Доклада Макларена о том, что ввиду «чрезвычайно сжатого графика» независимое лицо лишь «прикоснулось к поверхности обширных данных»<sup>3</sup>, Исполком МОК пришел к выводу, что подобный вывод не мог ограничиваться лишь российскими атлетами из 20 летних олимпийских видов спорта, прямо названных в Докладе Макларена. Далее было отмечено, что *«[в] этих исключительных обстоятельствах на российских атлетов в любом из 28 летних олимпийских видов спорта должны быть возложены последствия коллективной ответственности, чтобы защитить доверие к Олимпийским состязаниям, и к ним не может быть применена „презумпция невиновности“. С другой стороны, в соответствии с принципами „естественной справедливости“ (natural justice), каждый человек имеет право на индивидуальное правосудие. Это означает, что каждому затронутому атлету должна быть предоставлена возможность опровергнуть применение коллективной ответственности в его или ее индивидуальном случае»* (часть десятая разд. I Решения Исполкома МОК).

В итоге Исполком МОК принял следующее решение (часть одиннадцатая разд. I Решения Исполкома МОК).

---

<sup>1</sup> BGer 5P.83/1999 vom 31.03.1999, ¶ 3d // Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.). P. 781.

<sup>2</sup> Decision of the IOC Executive Board Concerning the Participation of Russian Athletes in the Olympic Games Rio 2016.

<sup>3</sup> См.: *McLaren R.H.* The Independent Person Report (18 July 2016). P. 4.

1. МОК не примет заявку на участие в летних Олимпийских играх 2016 г. в Рио-де-Жанейро от российского атлета, если только этот атлет не сможет соблюсти приведенные ниже условия.

2. Заявка на участие будет принята МОК, только если атлет сможет представить доказательства, полностью удовлетворяющие его (ее) международную спортивную федерацию, что соблюдены следующие критерии:

- международным федерациям при установлении группы российских атлетов, которые могут быть допущены, следует применять ВАДК и другие принципы, согласованные на Олимпийском саммите 21 июня 2016 г.;

- отсутствие позитивного национального антидопингового теста не может признаваться международными федерациями в качестве достаточного доказательства отсутствия антидопингового нарушения;

- международным федерациям следует провести индивидуальный анализ антидопингового послужного списка каждого атлета, принимая во внимание только надежные адекватные международные тесты, особенности спорта данного атлета и его правила, чтобы обеспечить равные соревновательные условия;

- международным федерациям следует изучить информацию, содержащуюся в Докладе Макларена, и с этой целью запросить у ВАДА имена замешанных атлетов и национальных федераций. Ни одно из замешанных лиц, вне зависимости от того, является ли оно атлетом, должностным лицом или национальной федерацией, не может быть допущено к участию или аккредитации на Олимпийских играх;

- международным федерациям также следует применять свои соответствующие правила в отношении наложения санкций на всю национальную федерацию.

3. Олимпийский комитет России (далее – ОКР) не может заявить на участие в Олимпийских играх в Рио-де-Жанейро 2016 г. атлета, к которому когда-либо применялись санкции за допинг, даже если он (она) уже понес(-ла) наказание.

4. МОК примет заявку ОКР только в том случае, если международная федерация атлета удовлетворена, что представленные доказательства соответствуют условиям п. 2 и 3 выше, и если заявка подтверждена экспертом из списка арбитров САС, назначенных членом Международного спортивного арбитражного совета (International Council of Arbitration for Sport (ICAS)), независимым от любых спортивных организаций, вовлеченных в Олимпийские игры в Рио-де-Жанейро 2016 г.

5. Заявка на участие любого российского атлета, в итоге принятая МОК, будет подпадать под дополнительный контроль во внесоревновательный период в координации с соответствующими международными федерациями и ВАДА. Любая недоступность для осуществления этого контроля повлечет за собой немедленный отзыв аккредитации ОКР.

Сравнение решения Исполкома МОК со ст. 8 ГК Швейцарии и нормами ВАДК, а также предшествующими решениями САС<sup>1</sup> и Федерального трибунала<sup>2</sup> позволяет заключить, что Решение Исполкома МОК внесло два принципиальных изменения в существующие правила распределения бремени доказывания в делах, связанных с нарушением антидопинговых правил. Во-первых, в отличие от правил ВАДК (ст. 11 «Последствия для команд»), основанных на принципе индивидуальной ответственности за нарушение антидопинговых правил (исключая командные виды спорта), Решение Исполкома МОК ввело коллективную ответственность (часть десятая разд. I). Во-вторых, согласно правилам ВАДК (ст. 3.1), до переноса на атлета бремени доказывания собственной невинности в нарушении антидопинговых правил антидопинговая организация несла бремя доказывания самого факта нарушения. Решение Исполкома МОК этот устоявшийся баланс изменило: хотя, согласно Решению Исполкома МОК, вина российских атлетов в нарушении антидопинговых правил также презюмировалась, для возникновения этой презумпции антидопинговые организации более не были обязаны предварительно доказывать факт совершения подобного нарушения конкретным атлетом.

С другой стороны, ссылка в Решении Исполкома МОК на правила «естественной справедливости», дающая каждому затронутому атлету возможность опровергнуть применение коллективной ответственности (часть десятая разд. I), отражала традиционное понимание содержания данной концепции в литературе<sup>3</sup>, а также в предшеству-

---

<sup>1</sup> *N., J., Y., W. v. Fédération Internationale de Natation (FINA)*, CAS 98/208, Award, ¶ 12 // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.)*. P. 247; *A. v. Fédération Internationale des Lutttes Associées (FILA)*, CAS 2000/A/317, Award, ¶ 33 // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards III 2001–2003 / M. Reeb (ed.)*. P. 168.

<sup>2</sup> BGer vom 15.03.1993, ¶ 5a, BGE/ATF 119 II 271 // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards I 1986–1998 / M. Reeb (ed.)*. P. 571; BGer 5P.83/1999 vom 31.03.1999, ¶ 3d // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.)*. P. 781.

<sup>3</sup> См., например: *Schauer F.F. English Natural Justice and American Due Process: An Analytical Comparison* // *William & Mary Law Review*. 1976. Vol. 18. Issue 1. P. 48 <<http://>

ющих решениях САС<sup>1</sup>. Так, в соответствии с общепринятой точкой зрения, под «естественной справедливостью» понимается принцип, согласно которому никакое лицо не может быть осуждено без возможности быть услышанным<sup>2</sup>. Двумя основаниями этого принципа, в свою очередь, являются правило *nemo iudex in causa sua* («никто не может быть судьей в своем собственном деле») и правило *audi alteram partem* («выслушай другую сторону»)<sup>3</sup>. Поскольку сфера применения принципа «естественной справедливости» не ограничивается судами в узком смысле слова, а охватывает любые трибуналы или органы, обладающие полномочиями выносить решения по вопросам, связанным с гражданско-правовыми последствиями для физических лиц<sup>4</sup>, его применимость к решениям международных спортивных федераций в рассматриваемом случае также выглядела оправданной.

Как и следовало ожидать, Решение Исполкома МОК оказалось в центре многочисленных споров с участием российских атлетов, рассматриваемых подразделением *ad hoc* САС (CAS ad hoc Division) во время Олимпийских игр в Рио-де-Жанейро. Среди этих споров дело Анастасии Карабельщиковой и Ивана Подшивалова стало первым случаем, в котором САС на практике применил принцип «естественной справедливости». В данном деле перед арбитрами были поставлены два юридических вопроса. Во-первых, им следовало

---

scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2419&context=wmlr> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Sornarajah M.* Natural Justice, Fairness and Administrative Functions // University of Tasmania Law Review. 1975–1977. Vol. 5. Issue 3. P. 269 <<http://www5.austlii.edu.au/au/journals/UTasLawRw/1977/1.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Flick G.A.* Natural Justice. Principles and Practical Application. 2<sup>nd</sup> ed. – Sydney: Butterworths, 1984. P. 26.

<sup>1</sup> См., например: *Doping Control Centre, Universiti Sains Malaysia v. World Anti-Doping Agency (WADA)*, CAS 2010/A/2162, Award (15 June 2011), ¶ 10 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2162.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.); *Dirk de Ridder v. International Sailing Federation (ISAF)*, CAS 2014/A/3630, Award (8 December 2014), ¶ 10, <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/3630.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *Flick G.A.* Op. cit. P. 26; A Dictionary of Law / J. Law (ed.). 8<sup>th</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 410–411.

<sup>3</sup> *Doping Control Centre, Universiti Sains Malaysia v. World Anti-Doping Agency (WADA)*, CAS 2010/A/2162, Award, ¶ 10; *Dirk de Ridder v. International Sailing Federation (ISAF)*, CAS 2014/A/3630, Award, ¶ 10; *Blackshaw I.S.* International Sport Law: An Introductory Guide. The Hague: T.M.C. Asser Press, 2017. P. 13.

<sup>4</sup> *Flick G.A.* Op. cit. P. 26.

оценить законность п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК, лишаящего ОКР права заявлять для участия в летних Олимпийских играх 2016 г. российских атлетов, когда-либо наказанных за нарушение антидопинговых правил<sup>1</sup>. Во-вторых, арбитрам следовало определить, является ли п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК правилом допуска к участию (*eligibility rule*), на чем настаивал МОК, или же дополнительной санкцией за прошлое нарушение антидопинговых правил, о чем заявляли атлеты<sup>2</sup>.

Анализируя первый вопрос, арбитражный трибунал сопоставил «безоговорочную формулировку» п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК с текстом п. 2 разд. I того же Решения, установившего целый ряд условий допуска российских спортсменов к участию в Играх в Рио-де-Жанейро, и пришел к выводу о незаконности п. 3, так как он привел к полной невозможности заявки ОКР атлетов, когда-либо наказанных за нарушение антидопинговых правил. Тем самым, по мнению арбитров, Решение Исполкома МОК не только не предоставило оказавшимся в подобной ситуации российским атлетам никакого выхода, но и не установило критерия, способствующего продвижению чистого спорта, или вообще какого-либо иного критерия. Поэтому арбитры посчитали, что п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК не согласуется с его заявленной общей целью, заключающейся в предоставлении российским атлетам возможности опровергнуть презумпцию виновности и признании их права на «естественную справедливость»<sup>3</sup>. Арбитры также приняли во внимание, что, несмотря на наличие у МОК, являющегося ассоциацией по швейцарскому праву, широких нормотворческих полномочий, Исполком МОК в своем собственном решении прямо признал необходимость соблюдения прав атлетов на «естественную справедливость»<sup>4</sup>. В итоге ввиду нарушения п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК данного принципа арбитражный трибунал признал его не подлежащим исполнению.

Рассматривая второй вопрос о природе ограничения в п. 3, арбитры руководствовались двумя предшествующими решениями CAS — по делу *United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic*

---

<sup>1</sup> *Anastasia Karabelshikova & Ivan Podshivalov v. Fédération Internationale des Sociétés d'Avi-ron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/013, Award, ¶ 7.5.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 7.19.

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 7.17.

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 7.22.

*Committee (IOC)*<sup>1</sup> и по делу *British Olympic Association (BOA) v. World Anti-Doping Agency (WADA)*<sup>2</sup>, признавшими недействительным так называемое «правило Осака» (*Osaka rule*), принятое МОК в июне 2008 г. в Осаке<sup>3</sup>. Отметив отсутствие каких-либо причин отходить от данного устоявшегося подхода САС по вопросу о недопустимости дополнительных санкций, арбитражный трибунал пришел к выводу, что п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК накладывает повторную санкцию за то же самое правонарушение<sup>4</sup>. Вместе с тем, по собственному признанию арбитров, в данном споре подобный вывод не имеет какого-либо практического значения, поскольку в любом случае п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК нарушает принцип «естественной справедливости» и поэтому не подлежит исполнению<sup>5</sup>. Наконец, «во избежание сомнений» арбитражный трибунал также прямо заявил о своей поддержке общего подхода МОК о возложении на российских атлетов коллективной ответственности, закрепленного в п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК<sup>6</sup>. Поскольку данный вопрос не являлся предметом спора, подобное высказывание арбитров следует рассматривать в качестве так называемого *obiter dictum*, т.е. вывода суда, не имеющего прецедентного значения<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> *United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC)*, CAS 2011/O/2422, Award (4 October 2011) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2422.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *British Olympic Association (BOA) v. World Anti-Doping Agency (WADA)*, CAS 2011/A/2658, Award (30 April 2012) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/2658.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Согласно указанному правилу, любое лицо, к которому была применена дисквалификация за нарушение антидопинговых правил продолжительностью более шести месяцев, не могло участвовать в Олимпийских играх, следующих за окончанием срока дисквалификации (см., например: *Duval A. The Russian Doping Scandal at the Court of Arbitration for Sport: Lessons for the World Anti-Doping System // International Sports Law Journal*. 2017. Vol. 16. Issue 3-4. P. 184 <<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2Fs40318-017-0107-6.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *Anastasia Karabelshikova & Ivan Podshivalov v. Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/013, Award, ¶ 7.22.

<sup>5</sup> *Ibid.*, ¶ 7.22.

<sup>6</sup> *Ibid.*, ¶ 7.26.

<sup>7</sup> *Obiter dictum* – это сделанная судом в решении по делу ремарка или высказанное им «между прочим», т.е. походя, мнение, не находящееся в прямой связи с вопросом, вынесенным на рассмотрение, или по вопросу, не являющемуся необходимым для разрешения дела, либо приведенное для иллюстрации, аналогии или ради аргумента.

Вывод арбитров в деле Анастасии Карабельщиковой и Ивана Подшивалова о нарушении п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК принципа «естественной справедливости» был полностью поддержан арбитражным трибуналом в деле Юлии Ефимовой, прямо сославшись на аргументацию предшествующего решения<sup>1</sup>. Арбитры также согласились с тем, что п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК представляет собой дополнительную санкцию, налагаемую вследствие нарушения антидопинговых правил<sup>2</sup>. Аналогичным образом, хотя вопрос о правильности применения критериев, установленных п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК в данном деле тоже не являлся предметом спора, арбитры выразили свою поддержку общему подходу МОК, заключающемуся в возложении на российских атлетов бремени доказывания собственной невинности<sup>3</sup>.

Во время как в деле Анастасии Карабельщиковой и Ивана Подшивалова, а также в деле Юлии Ефимовой основным юридическим вопросом стала недействительность п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК, в деле Ивана Баландина речь шла о недействительности п. 2 разд. I, а также о правильности применения Международной федерацией гребного спорта (*Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron (FISA)*) установленных этим пунктом критериев. Отклоняя жалобу российского гребца, на этот раз арбитражный трибунал обратил внимание на «ясные и правильные ссылки» в Решении Исполкома МОК на правила «естественной справедливости»<sup>4</sup>. Как было отмечено в решении САС далее, хотя эти правила и ограничивали автономию МОК, данное ограничение было добровольно возложено на себя самим МОК. Кроме того, п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК следует за его вводной частью и устанавливает пять групп обязательных критериев, что, по мнению арбитров, является дополнительным признанием права индивидуальных атлетов на «естественную справедливость». Соответственно, арбитражный трибунал не нашел

---

Оно не имеет прецедентного значения и, как следствие, не является обязательной частью прецедента (см.: *Black's Law Dictionary*, 6<sup>th</sup> ed. P. 1072).

<sup>1</sup> *Yulia Efimova v. Russian Olympic Committee (ROC), International Olympic Committee (IOC) & Fédération Internationale de Natation (FINA)*, CAS OG 16/004, ¶ 7.15.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 7.17.

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 7.27.

<sup>4</sup> *Ivan Balandin v. Fédération Internationale des Sociétés d'Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/012, Award, ¶ 7.24.

оснований для признания п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК недействительным и не подлежащим исполнению<sup>1</sup>. Поскольку на этот раз вопрос о действительности п. 2 являлся предметом спора, можно заключить, что данный вывод арбитров уже не является *obiter dictum* (как это было в двух предшествующих делах), а представляет собой обязательную часть прецедента – *ratio decidendi*<sup>2</sup>.

В отличие от дела Ивана Баландина, в деле Натальи Подольской и Александра Дьяченко оспаривалась только правильность применения Международной федерацией каноэ (International Canoe Federation (ICF)) критериев допуска, установленных в п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК, тогда как действительность самого пункта на этот раз сомнению не подвергалась<sup>3</sup>. Свою жалобу на решение международной федерации российские атлеты среди прочего аргументировали тем, что МОК и федерация отказали им в «естественной справедливости», а также нарушили их личные права, предусмотренные Олимпийской хартией. Данные права, по утверждению заявителей, были признаны в Решении Исполкома МОК с учетом разъяснений в последующем сообщении МОК, направленном международным федерациям 2 августа 2016 г.<sup>4</sup> Отклоняя эти доводы, арбитражный трибунал указал, что атлеты обжаловали решение федерации в САС и им была предоставлена возможность представить собственные доказательства, чтобы оспорить имеющиеся против них доказательства, которой они, однако, не воспользовались и не потребовали для этого дополнительного времени<sup>5</sup>. Тем самым, по мнению арбитров, атлеты не были лишены «естественной справедливости» или процессуальной справедливости<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Ivan Balandin v. Fédération Internationale des Sociétés d’Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/012, Award, ¶ 7.24.

<sup>2</sup> *Ratio decidendi* – основание или причина для решения, главный момент дела, который определяет решение (см.: Black’s Law Dictionary. 6<sup>th</sup> ed. P. 1262).

<sup>3</sup> *Natalia Podolskaya & Alexander Dyachenko v. International Canoe Federation (ICF)*, CAS OG 16/019, Award (8 August 2016) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-019.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 7.15 Сообщение МОК, направленное международным федерациям 2 августа 2016 г., разъяснило значение выражения «вовлеченный» («implicated»), использованного в Решении Исполкома МОК (см.: *Ibid.*, ¶ 2.10).

<sup>5</sup> *Ibid.*, ¶ 7.15.

<sup>6</sup> *Ibid.*, ¶ 7.18.

Анализ четырех рассмотренных решений САС и последующего решения по делу Елены Анюшиной и Алексея Коровашкова, в котором арбитры для обоснования собственных выводов прямо сослались на решения по делам Юлии Ефимовой, Анастасии Карабельшиковой и Ивана Подшивалова, а также Натальи Подольской и Александра Дьяченко<sup>1</sup>, показывает, что они внесли в существующие нормы международного спортивного права несколько значительных изменений. Во-первых, вне зависимости от того, было ли это сделано в форме *ratio decidendi* или же в форме *obiter dictum*, все указанные решения однозначно подтвердили правомерность перераспределения бремени доказывания, установленного в Решении Исполкома МОК в связи с заявлениями о предполагаемом существовании в Российской Федерации государственной программы поддержки допинга. Подобное «одобрение» САС изменений, внесенных МОК в существующие правила распределения бремени доказывания в делах, связанных с нарушением антидопинговых правил, в будущем может иметь для индивидуальных спортсменов негативные последствия. Так, в свете подобной позиции САС с большой степенью вероятности можно предположить, что если в адрес какой-либо другой страны когда-нибудь будут выдвинуты аналогичные по степени серьезности обвинения и международная спортивная организация наложит на ее атлетов бремя доказывания собственной невинности, то попытки спортсменов оспорить подобное решение в САС, скорее всего, окажутся безуспешными.

Во-вторых, анализируемые решения САС распространили сферу действия принципа «естественной справедливости» с оценки индивидуальных решений, принимаемых международными спортивными организациями в отношении конкретных атлетов, на оценку «нормотворческих» решений международных спортивных организаций, связанных с установлением общих критериев допуска атлетов к соревнованиям. Тем самым они расширили перечень возможных оснований для обжалования индивидуальными спортсменами и национальными спортивными федерациями правил международных спортивных федераций о невозможности участия в соревнованиях спортсменов, к которым ранее уже применялись санкции за нару-

<sup>1</sup> *Elena Anyushina & Alexey Korovashkov v. International Canoe Federation (ICF) & Russian Canoe Federation (RCF)*, CAS OG 16/021, Award (11 August 2016), ¶ 7.2 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2016-021.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

шение антидопинговых правил. С одной стороны, до 2016 г. такие решения могли быть признаны недействительными ввиду их противоречия принципу *ne bis in idem*, не допускающему наложение повторной санкции за одно и то же правонарушение<sup>1</sup>. В то же время обжалование по данному основанию могло создавать для спортсменов практически сложности, поскольку в каждом конкретном случае им было необходимо убедить САС, что оспариваемое правило является не условием их допуска к соревнованиям, а именно дополнительной санкцией. С другой стороны, в результате изменений 2016–2017 гг., если решение международной спортивной организации не предоставляет ранее наказанным спортсменам возможности доказать свою невиновность, оно может быть признано недействительным ввиду нарушения им принципа «естественной справедливости», вне зависимости от того, является ли оспариваемая норма дополнительной санкцией (если да – без необходимости применения принципа *ne bis in idem*).

В то же время, поскольку по своей юридической природе принцип «естественной справедливости», предоставляющий возможность быть выслушанным, относится к области не материального, а процессуального права, его практическая реализация сама по себе не гарантирует спортсменам допуска к участию в соревнованиях. Именно это произошло с Анастасией Карабельщиковой, которой, несмотря на отмену в ее деле п. 3 разд. I Решения Исполкома МОК, так и не удалось принять участие в Олимпийских играх в Рио-де-Жанейро ввиду несоблюдения ей критерия наличия «надежных адекватных международных тестов», предусмотренного п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК<sup>2</sup>. С этой точки зрения практическая ценность принципа «естественной справедливости» для спортсменов, на которых возложено бремя доказывания собственной невиновности в соответствии с многочисленными достаточно широкими критериями, представляется весьма ограниченной.

<sup>1</sup> *United States Olympic Committee (USOC) v. International Olympic Committee (IOC)*, CAS 2011/O/2422, Award, ¶ 60.

<sup>2</sup> *MacSwan A. Two Russian Rowers to Miss Rio Despite Winning Doping Appeal* (5 August 2016) <<https://www.reuters.com/article/us-olympics-rio-rowing-cas/two-russian-rowers-to-miss-rio-despite-winning-doping-appeal-idUSKCN10G1WV>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

### **3. Право национальных спортивных федераций защищать личные права индивидуальных спортсменов в ходе арбитражного разбирательства, стороной которого спортсмены не являются**

#### **3.1. Правила, действовавшие до 2016 г.**

До спора между ПКР и МПК, разрешенного САС и Федеральным трибуналом в 2016–2017 гг.<sup>1</sup>, САС специально не рассматривал вопрос о том, может ли национальная спортивная организация защищать личные права индивидуальных спортсменов в ходе арбитражного разбирательства, стороной которого они не являются. Самым близким аналогом были иски национальных спортивных федераций к организаторам соревнований по поводу решений о дисквалификации спортсменов из других команд, тогда как сам спортсмен из национальной команды (на итоговых результатах которого сказывалось решение) такого иска не подавал<sup>2</sup>. Тем не менее возможность федераций действовать в интересах своих спортсменов в подобных спорах обычно основывалась не на наличии у них возможности защищать индивидуальные права представляемых ими спортсменов в силу своего устава, а на наличии у федераций собственного юридического интереса, подлежащего защите<sup>3</sup>. С этой точки зрения юридический вопрос, представленный на разрешение САС и Федерального трибунала в споре между ПКР и МПК, существенно отличался от вопроса, рассматривавшегося в предшествующих спорах.

#### **3.2. Изменения, внесенные в 2016–2017 гг.**

Предметом спора между ПКР и МПК стала законность Решения Исполкома МПК о временном отстранении ПКР в связи с обвинениями Российской Федерации в существовании государственной программы поддержки допинга<sup>4</sup>. В отличие от Решения Исполкома

<sup>1</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award; BGer 4A\_470/2016 vom 03.04.2017.

<sup>2</sup> См., например: *Comité National Olympique et Sportif Français (CNOSF), British Olympic Association (BOA) & United States Olympic Committee (USOC) v. Fédération Equestre Internationale (FEI) & National Olympic Committee for Germany (NOCG)*, CAS OG 04/007, Award (21 August 2004) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/OG%2004-007.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 60; см. также: *Lewis A., Taylor J.* Sport: Law and Practice. 2<sup>nd</sup> ed. – Haywards Heath: Tottel Pub., 2008. P. 336.

<sup>4</sup> См.: *The IPC Suspends the Russian Paralympic Committee with Immediate Effect* (7 August 2016) <<https://www.paralympic.org/news/ipc-suspends-russian-paralympic-committee-immediate-effect>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

МОК (часть десятая разд. I), наделившего индивидуальных российских атлетов возможностью доказывать свою невиновность в соответствии с принципом «естественной справедливости», Решение Исполкома МПК российским паралимпийцам такой возможности не предоставило, хотя оно имело для них непосредственные негативные последствия. Так, в соответствии со ст. 9.6 Конституции МПК временно отстраненный член МПК утрачивает все права и привилегии членства. В частности, он более не имеет права представлять свою позицию, за исключением вопросов, касающихся временного отстранения, а также голосовать на заседаниях членов организации, и (или) включать атлетов в соревнования под эгидой МПК, и (или) участвовать в мероприятиях МПК<sup>1</sup>. В свете данных норм с практической точки зрения временное отстранение ПКР означало невозможность участия всех российских паралимпийцев в Паралимпийских играх в Рио-де-Жанейро, которые должны были начаться 7 сентября 2016 г.<sup>2</sup>

Заявляя о недействительности Решения Исполкома МПК в ходе его обжалования в САС, ПКР обосновывал свою позицию среди прочего тем, что оно нарушало права индивидуальных российских паралимпийцев на «естественную справедливость», которое было однозначно признано за российскими олимпийцами в Решении Исполкома МОК и подтверждено в последующих решениях САС<sup>3</sup>. В этой связи ПКР ссылался на свой Устав<sup>4</sup>, в котором (п. 2.3) в числе его задач прямо названо представительство интересов спортсменов-инвалидов, тренеров, спортивных судей, специалистов различного профиля, инвалидов-ветеранов физической культуры в государственных и иных органах и организациях, в том числе в судах судебной системы Российской Федерации<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> IPC Handbook. Chapter 1. IPC Constitution (December 2011) <[https://www.paralympic.org/sites/default/files/document/141113141030725\\_2014\\_10\\_01+Sec+i+chapter+1\\_0\\_IPC+Constitution.pdf](https://www.paralympic.org/sites/default/files/document/141113141030725_2014_10_01+Sec+i+chapter+1_0_IPC+Constitution.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Rio 2016, Opening Ceremony <<https://www.paralympic.org/rio-2016>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, ¶ 79.

<sup>4</sup> Устав Общероссийской общественной организации «Паралимпийский комитет России» (принят собранием учредителей Паралимпийского комитета России, с изм. и доп. от 28 июня 2006 г., от 18 июня 2010 г., от 23 апреля 2014 г. и от 28 января 2016 г.) <<https://paralymp.ru/upload/iblock/4d7/4d7645381d64d1a78a97a9686f972438.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>5</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 80.

САС отказал в удовлетворении жалобы ПКР по тому основанию, что ПКР не имеет право предъявлять иски в САС в интересах индивидуальных спортсменов. Отклоняя аргументацию ПКР и отказывая в удовлетворении его жалобы, арбитражный трибунал основывался главным образом на трех доводах. Во-первых, арбитры отметили, что процедура рассмотрения этого спора основана на конкретном арбитражном соглашении, сторонами которого являются исключительно ПКР и МПК, но не российские паралимпийцы. Поэтому арбитры посчитали, что в рамках данного дела они не должны рассматривать вопросы прав паралимпийцев, таких как право на «естественную справедливость», а также их личных прав, носителем которых являются они сами, а не ПКР<sup>1</sup>. Во-вторых, арбитражный трибунал посчитал, что в силу самой своей природы личные права, а также право на «естественную справедливость» не могут быть в принципе отделены от их первоначального носителя и перенесены на других лиц<sup>2</sup>. В-третьих, арбитражный трибунал посчитал, что Решение Исполкома МОК, среди прочего предоставившее российским олимпийцам возможность доказывать свою невиновность в соответствии с принципом «естественной справедливости», в споре между ПКР и МПК не являлось определяющим. В этой связи арбитры указали, что МОК и МПК действуют на основании различных уставов и имеют право приходить к различным выводам в отношении наилучшего способа реагирования на фактические обстоятельства<sup>3</sup>.

Аналогичные по сути доводы о возможности защищать право российских паралимпийцев на «естественную справедливость» были впоследствии использованы Федеральным трибуналом — сначала для обоснования своего решения об отказе в применении временных мер в виде приостановления Решения Исполкома МПК<sup>4</sup>, а затем и для

<sup>1</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 79.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 80.

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 97–98.

<sup>4</sup> См.: Communiqué aux médias du Tribunal fédéral: Ordonnance du 30 août 2016 (4A\_470/2016): Rejet de la requête du Comité Paralympique Russe concernant la participation des athlètes russes aux Jeux paralympiques de Rio. В соответствии со ст. 104 Федерального закона о Федеральном трибунале (Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz (BGG)) / Loi sur le Tribunal fédéral (LTF) <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20010204/201706010000/173.110.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.) полномочный судья может по требованию стороны или по своей инициативе наложить временные меры (mesures provisionnelles), необ-

обоснования решения об отклонении апелляции ПКР по существу<sup>1</sup>. Таким образом, с точки зрения их значения для международного спортивного права решения САС и Федерального трибунала об отказе в наложении временных мер, а также последующее решение последнего об отклонении жалобы ПКР по существу определили внешние границы применения принципа «естественной справедливости» в спортивных спорах. Согласно этим трем решениям, несмотря на то что каждый из индивидуальных атлетов может обладать правом на «естественную справедливость», коллективная защита этого права от имени атлетов национальной спортивной организацией не представляется возможной, даже если в уставе такой организации прямо предусмотрена возможность представительства их интересов.

Конкретные аргументы, использованные САС и Федеральным трибуналом для обоснования своих выводов о невозможности ПКР защищать права паралимпийцев на «естественную справедливость», вызывают серьезные возражения. Первый аргумент о том, что российские паралимпийцы не являлись стороной разбирательства, как уже отмечалось в литературе<sup>2</sup>, представляется противоречивым, поскольку он возлагает на индивидуальных спортсменов практические негативные последствия предполагаемых нарушений антидопинговых правил их национальными спортивными организациями (за рамками которых они не могут заниматься профессиональным спортом), но при этом не позволяет этим же организациям защищать нарушенные личные права спортсменов, признаваемые САС допустимым «сопутствующим ущербом» («collateral damage»)<sup>3</sup>. Более того, хотя с формальной точки зрения предметом данного спора являлось обжалование Решения Исполкома МПК о временном приостановлении членства ПКР, в действительности речь шла об оспаривании факти-

---

ходимые для сохранения существующего положения дел или для защиты интересов, находящихся под угрозой. В случае положительного исхода обращения ПКР за наложением временных мер Решение Исполкома МПК могло быть приостановлено и тем самым российские паралимпийцы были бы допущены к участию в Играх, пока Федеральный трибунал рассматривал бы апелляцию ПКР на решение САС по существу.

<sup>1</sup> BGer 4A\_470/2016 vom 03.04.2017, ¶ 4.2.

<sup>2</sup> См.: *Duval A. The Russian Doping Scandal at the Court of Arbitration for Sport: Lessons for the World Anti-Doping System*. P. 194.

<sup>3</sup> *Bulgarian Weightlifting Federation (BWF) v. International Weightlifting Federation (IWF)*, CAS 2015/A/4319, Award (15 February 2016), ¶ 73 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4319.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

ческого запрета участия всех российских паралимпийцев в летних Паралимпийских играх в Рио-де-Жанейро. Иначе говоря, формальный предмет арбитражного разбирательства в САС, сторонами которого являлись ПКР и МПК, не отражал реальных взаимоотношений между всеми участниками возникшего спора. В подобных случаях, как уже отмечалось в литературе<sup>1</sup>, арбитражному трибуналу следовало принять во внимание интересы третьих лиц (в рассматриваемом деле – паралимпийцев). Тем не менее в споре между ПКР и МПК этого сделано не было.

Второй аргумент о том, что право на «естественную справедливость» не может быть отделено от индивидуальных паралимпийцев и перенесено на ПКР также является, по нашему мнению, ошибочным. В частности, арбитражный трибунал признал, что швейцарское право применяется к спору между ПКР и МПК в качестве субсидиарного статута<sup>2</sup> (т.е. в части, не урегулированной спортивными нормами), но при этом проигнорировал нормы ГПК Швейцарии<sup>3</sup> (ст. 89(1)), дающие возможность ассоциациям и другим организациям национального и регионального значения, которые в соответствии со своими уставными документами могут защищать интересы группы определенных лиц от своего имени, действовать в защиту личных прав членов этой группы. Хотя данная норма включена в процессуальный кодекс, она определяет право организаций предъявлять иски в защиту своих членов, т.е. носит не чисто процедурный характер, а оказывает существенное влияние на исход дела. Поэтому ее следует рассматривать в качестве материально-правовой<sup>4</sup>. Поскольку выбор определенного национального права сторонами спора охватывает всю совокупность материально-правовых норм соответствующей правовой системы<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> См., например: *Brekoulakis S. Third Parties in International Commercial Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 209.

<sup>2</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 31.

<sup>3</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung (ZPO)) / Code de procédure civile (CPC) <<https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/201801010000/272.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> См., например: *Karrer P.A.* in: *International Arbitration in Switzerland. An Introduction to and a Commentary on Articles 176–194 of the Swiss Private International Law Statute / St.V. Berti (ed.)*. – Basel: Helbing & Lichtenhahn; The Hague: Kluwer Law International, 2000. Article 187. P. 487–488 (¶ 10–11).

<sup>5</sup> См., например: *Berger B., Kellerhals F. International and Domestic Arbitration in Switzerland*. 3<sup>rd</sup> ed. – Zürich: Stämpfli; Oxford; Portland: Hart Pub.; München: C.H. Beck;

применение к спору между ПКР и МПК швейцарского права означало, что арбитражный трибунал должен был применить данную норму. В любом случае сам факт существования такой нормы в швейцарском праве уже подтверждает, что для защиты организациями личных прав своих членов совершенно необязательно требуется их перенесение от первоначальных обладателей.

Третий аргумент о том, что Решение Исполкома МОК, предоставившее российским олимпийцам возможность доказывать свою невиновность в соответствии с принципом «естественной справедливости», не должно приниматься во внимание в споре между ПКР и МПК, как говорится, «бьет мимо цели». В самом Решении Исполкома МОК (часть десятая разд. I) верно отмечено, что право на «естественную справедливость» имеет каждый человек<sup>1</sup>. Соответственно, Решение Исполкома МОК не наделило российских олимпийцев данным правом, а лишь признало факт его объективного существования, а также определило условия для его осуществления в виде критериев, предусмотренных п. 2 разд. I Решения Исполкома МОК. С этой точки зрения, даже если в процессе вынесения собственного решения Исполком МПК не желал принимать во внимание Решение Исполкома МОК, он не мог игнорировать наличие у каждого из российских паралимпийцев права на «естественную справедливость», существующее вне зависимости от его признания или непризнания международными спортивными организациями, включая МОК и МПК.

Наконец, наряду с конкретными аргументами общий вывод решений САС и Федерального трибунала о невозможности ПКР защищать права паралимпийцев на «естественную справедливость» также вызывает серьезные возражения. Во-первых, если даже у самого ПКР не было собственных средств на оплату расходов по обжалованию

---

Wien: Manz, 2015. P. 489; *Girsberger D., Voser N.* International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives. 3<sup>rd</sup> ed. — Zürich: Schulthess; Baden-Baden: Nomos, 2016. P. 342–343; *Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A.*, International Arbitration: Law and Practice in Switzerland. — Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 354.

<sup>1</sup> Право на справедливое судебное разбирательство, являющееся одним из элементов права на «естественную справедливость», широко признается в качестве одного из фундаментальных прав человека (см.: *Kaufmann-Kohler G., Rigozzi A., Malinverni G.* Legal Opinion on the Conformity of Certain Provisions of the Draft World Anti-Doping Code with Commonly Accepted Principles of International Law (26 February 2003) <<https://www.wada-ama.org/sites/default/files/resources/files/kaufmann-kohler-full.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.). P. 18.

Решения Исполкома МПК в САС<sup>1</sup>, что можно ожидать от индивидуальных паралимпийцев, чьи собственные финансовые возможности для обеспечения надлежащей юридической защиты, очевидно, являются еще более ограниченными? Более того, впоследствии САС вообще отказался рассматривать по существу иск 34 индивидуальных паралимпийцев к МПК по поводу решения об отказе допустить их к летним Паралимпийским играм в Рио-де-Жанейро, сославшись на отсутствие юрисдикции<sup>2</sup>. Создалась абсурдная ситуация, при которой права российских паралимпийцев не могли защитить ни они самостоятельно, ни ПКР. С этой точки зрения САС должен был позволить ПКР защищать личные права индивидуальных паралимпийцев в рамках его спора с МПК.

Во-вторых, несмотря на то что после отклонения САС апелляции ПКР некоторые российские паралимпийцы все-таки смогли обратиться в суды Германии по месту нахождения МПК, существование данной процедуры может рассматриваться в качестве дополнительного подтверждения нарушения их права на «естественную справедливость». Прежде всего, немецкие суды, включая Конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht (BVerfG)), рассматривали только требование российских паралимпийцев о применении временных мер, которые позволили бы им поехать в Рио-де-Жанейро в качестве участников Паралимпийских игр, но не вопрос по существу об их вовлеченности / невовлеченности в предполагаемую схему государственной поддержки допинга<sup>3</sup>. Кроме того, если бы Решение Исполкома МПК подтвердило право паралимпийцев на «естественную справедливость», подобная процедура в Германии, а также иск 34 индивидуальных паралимпийцев в САС, скорее всего, вообще бы не потребовались. Однако Решение Исполкома МПК этого не сделало, что лишило российских паралимпийцев какой-либо реальной возможности доказать свою невиновность.

---

<sup>1</sup> См., например: Бизнесмен Андрей Рябинский возьмет на себя расходы по иску ПКР в САС (11 августа 2016 г.) <<http://tass.ru/sport/3531042>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> См., например: Спортивный арбитраж отказался рассматривать по существу иск 34-х российских паралимпийцев (21 октября 2017 г.) <<http://www.interfax.ru/sport/584195>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *Duval A.* The Russian Doping Scandal at the Court of Arbitration for Sport: The IPC's Rio Ineligibility of Russian Paralympic Athletes (11 January, 2017) <<http://www.asser.nl/SportsLaw/Blog/post/the-russian-state-doping-scandal-at-the-court-of-arbitration-for-sport-the-iaaf-s-rio-ban-of-russian-athletes>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

#### 4. Доказательственная сила докладов и показаний под присягой третьих лиц

##### 4.1. Правила, действовавшие до 2016 г.

Согласно общему правилу, закрепленному в ВАДК (ст. 3.2), факты, относящиеся к нарушению антидопинговых правил, могут быть установлены «любыми надежными способами», включая признание. При этом применительно к делам о нарушении антидопинговых правил, не связанных с наличием в пробе запрещенной субстанции, ее метаболитов или маркеров (так называемые «non-analytical positive doping cases»)<sup>1</sup>, в решениях САС неоднократно подтверждалось, что для доказательства факта нарушения в подобных категориях допинговых споров могут использоваться самые разнообразные доказательства, включая неопровергнутые свидетельские показания лица, вызывающего доверие<sup>2</sup>, а также иные косвенные доказательства<sup>3</sup>. Наряду с этим еще до 2016 г. в практике САС по делам, связанным с предполагаемой манипуляцией с пробами, наметилась устойчивая тенденция расширения перечня допустимых косвенных доказательств и, соответственно, облегчения бремени доказывания для антидопинговых организаций<sup>4</sup>. Так, если в деле *B. v. Fédération Internationale de*

<sup>1</sup> См., например: *Kanagaratnam S.* 6. Issues in the Gathering and Use of Non-analytical Evidence to Prove Anti-Doping Rule Violations // *Doing in Sport and the Law* / U. Hass, D. Healey (eds.). — Oxford; Portland: Hart Pub., 2016. P. 107; *McLaren R.H.* An Overview of Non-Analytical Positive & Circumstantial Evidence Cases in Sports // *Marquette Sports Law Review*. 2006. Vol. 16. Issue 2. P. 193–212 <<http://scholarship.law.marquette.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1348&context=sportslaw>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *United States Anti-Doping Agency (USADA) v. M. & International Association of Athletics Federation (IAAF)*, CAS 2004/O/645, Award (13 December 2005), ¶ 6 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/645.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.); *United States Anti-Doping Agency (USADA) v. G.*, CAS 2004/O/649, Award (13 December 2005), ¶ 8 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/649.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *World Anti-Doping Agency (WADA) v. Thomas Bellchambers et al., Australian Football League (AFL) & Australian Sports Anti-Doping Authority (ASADA)*, CAS 2015/A/4059, Award (11 January 2016), ¶ 99–103 <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/4059.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *Montmollin J. de, Pentsov D.A.* Do Athletes Really Have the Right to a Fair Trial in «Non-Analytical Positive» Doping Cases? // *American Review of International Arbitration*. 2011. Vol. 22. No. 2. P. 200–204 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2004981](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2004981)> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

*Natation (FINA)*<sup>1</sup>, а также в деле *B. v. International Weightlifting Federation (IWF)*<sup>2</sup> для возложения на атлета ответственности за манипуляцию с пробами антидопинговой организации требовалось представить доказательства, подтверждающие среди прочего наличие у него мотива и конкретной возможности подмены проб, то в аналогичном деле семи российских легкоатлетов, рассмотренном САС в 2009 г., установление наличия у атлетов хотя бы абстрактной возможности лично совершить подобную манипуляцию более не требовалось<sup>3</sup>. Помимо результатов анализа ДНК, в данном деле арбитражный трибунал обосновал свои выводы принадлежностью семи легкоатлетов к группе опытных спортсменов международного уровня из одной страны, что, по мнению арбитров, подкрепляло обвинения в существовании коллективной системы манипуляции. В качестве других косвенных доказательств арбитры приняли во внимание заключение эксперта, согласно которому профили крови нескольких спортсменок указывали на долгосрочное применение допинга крови. По мнению арбитров, это свидетельствовало о наличии у них мотива для манипуляции с пробами. Наконец, арбитражный трибунал посчитал, что отсутствие замечаний со стороны лиц, осуществляющих допинг-контроль, не может рассматриваться как доказательство отсутствия манипуляции в момент сдачи проб<sup>4</sup>.

#### **4.2. Изменения, внесенные в 2016–2017 гг.**

Отмеченная тенденция расширения перечня допустимых косвенных доказательств, наметившаяся в практике САС еще до 2016 г., получила дальнейшее развитие в спорах, связанных с обжалованием решений Исполкома МОК и Исполкома МПК, прямо ссылавших-

<sup>1</sup> CAS 98/2011, Award (7 June 1999) // *Recueil des sentences du TAS / Digest of CAS Awards II 1998–2000 / M. Reeb (ed.)*. P. 255.

<sup>2</sup> CAS 2004/A/607, Award (6 December 2004) <<http://jurisprudence.tas-cas.org/Shared%20Documents/607.pdf>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *IAAF v. All Russia Athletic Federation & Olga Egorova*, CAS 2008/A/1718; *IAAF v. All Russia Athletics Federation & Svetlana Cherkasova*, CAS 2008/A/1719; *IAAF v. All Russia Athletics Federation & Julia Fomenko*, CAS 2008/A/1720; *IAAF v. All Russia Athletic Federation & Gulfiya Khanafeyeva*, CAS/2008/A/1721; *IAAF v. All Russia Athletics Federation & Tatyana Tomashova*, CAS 2008/A/1722; *IAAF v. All Russia Athletics Federation & Elena Soboleva*, CAS 2008/A/1723; *IAAF v. All Russia Athletics Federation v. Darya Pishchalnikova*, CAS 2008/A/1724, Award (18 November 2009) <[http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS\\_CAS\\_ULTIMO/39.pdf](http://www.centrostudisport.it/PDF/TAS_CAS_ULTIMO/39.pdf)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 183–185.

ся на первый Доклад Макларена<sup>1</sup>, а также решений международных спортивных федераций, основанных на Решении Исполкома МОК<sup>2</sup>. Рассматривая данные споры в 2016 г., САС неизменно признавал доказательственную силу Доклада Макларена в качестве достаточного основания для решений МОК, МПК и международных спортивных федераций, обычно аргументируя свою позицию тем, что выводы Доклада Макларена о существовании и использовании в Российской Федерации «метода исчезающих проб» («Disappearing Positive Methodology»)<sup>3</sup>, по его собственному заявлению, соответствовали высокому стандарту доказанности «вне разумных сомнений» («beyond reasonable doubt»)<sup>4</sup>. Кроме того, как отметил арбитражный трибунал в деле Федерации тяжелой атлетики России (ФТАР), выводы Доклада Макларена были «восприняты со всей серьезностью» МОК, а также ВАДА и международными спортивными федерациями, в частности Международной ассоциацией легкоатлетических федераций (International Association of Athletics Federations (IAAF))<sup>5</sup>. Аналогичным образом, признавая доказательственную силу дополнительных заявлений по конкретным делам, содержащихся в письменных показаниях Макларена под присягой (affidavit)<sup>6</sup>, арбитры ссылались на «общий характер» заявлений российской стороны об их «недоказанности» и «одностороннем характере», а также на то, что показания Макларена были даны им под присягой, но заявители не потребовали его перекрестного допроса в ходе слушаний дела в САС<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Часть девятая разд. I Решения Исполкома МОК; The IPC Suspends the Russian Paralympic Committee with Immediate Effect (7 August 2016).

<sup>2</sup> См., например, решение Исполкома Всемирной федерации тяжелой атлетики (International Weightlifting Federation (IWF)) от 29 июля 2016 г. (см.: IWF EB Decision on Russian Participation at the Rio 2016 OG <<http://www.iwf.net/2016/07/29/iwf-eb-decision-on-russian-participation-at-the-rio-2016-og/>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.)).

<sup>3</sup> Согласно первому Докладу Макларена, этот метод состоял в уничтожении положительных результатов, которые были получены в результате предварительного анализа (см.: *McLaren R.H.* The Independent Person Report (18 July 2016). P. 31–41).

<sup>4</sup> *Russian Weightlifting Federation (RWF) v. International Weightlifting Federation (IWF)*, CAS OG 16/009, Award, ¶ 7.11.

<sup>5</sup> *Ibid.*, ¶ 7.12.

<sup>6</sup> Согласно второму Докладу Макларена, такая дополнительная информация была предоставлена по девяти делам (см.: *McLaren R.H.* The Independent Person 2<sup>nd</sup> Report (9 December 2016). P. 9 (fn. 5)).

<sup>7</sup> *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 43.

В отличие от первого Доклада Макларена, основной упор во втором, опубликованном 9 декабря 2016 г., был сделан на идентификации «индивидуальных спортсменов в летних, зимних и паралимпийских видах спорта, вовлеченных в сокрытие допинга и манипуляцию»<sup>1</sup>. Соответственно, примененная ранее аргументация САС об обоснованности использования Доклада Макларена и его письменных показаний под присягой была дополнена при рассмотрении дел индивидуальных атлетов в 2017 г. — сначала в решении САС по делу Анны Пятых<sup>2</sup>, а затем и в решениях Дисциплинарной комиссии МОК (далее — ДК МОК) под руководством Дениса Освальда, в частности в ее решении по делу российского скелетониста Сергея Чудинова<sup>3</sup>. Признавая действительность общих выводов профессора Макларена о существовании схемы подмены проб на зимних Олимпийских играх 2014 г. в Сочи, единоличный арбитр в своем решении по делу Анны Пятых пришел к заключению, что различные типы фактов и их комбинация, приведенные во втором Докладе Макларена в отношении любого индивидуального российского атлета, являются косвенными доказательствами, которые могут быть использованы для установления факта нарушения антидопинговых правил<sup>4</sup>. Данный подход САС, названный в последующем решении ДК МОК по делу Сергея Чудинова «части головоломки» (pieces of the puzzle), получил в этом решении полную поддержку<sup>5</sup>. Так, рассматривая в совокупности представленные против российского атлета доказательства, а именно Доклад Макларена и его письменные показания под присягой, так называемый «список Дюшес»<sup>6</sup>, следы

---

<sup>1</sup> McLaren R.H. The Independent Person 2<sup>nd</sup> Report (9 December 2016). P. 4.

<sup>2</sup> *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Russian Athletics Federation (RUSAF) & Anna Pyatykh*, CAS 2017/O/5039, Award.

<sup>3</sup> Decision of the IOC Disciplinary Commission in the Proceedings against Sergei Chudinov (SML – 110) <<https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Disciplinary-Commission/2017/SML-001-Decision-Disciplinary-Commission-Sergei-CHUDINOV.pdf>> (последнее посещение — 19 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> *International Association of Athletics Federations (IAAF) v. Russian Athletics Federation (RUSAF) & Anna Pyatykh*, CAS 2017/O/5039, Award, ¶ 91.

<sup>5</sup> Decision of the IOC Disciplinary Commission in the Proceedings against Sergei Chudinov (SML – 110), ¶ 126–132.

<sup>6</sup> Согласно утверждениям профессора Макларена и Григория Родченкова, «список Дюшес» («Duchess List») — это документ, составленный перед зимними Олимпийскими играми в Сочи 2014 г. Алексеем Велихонным в виде компьютерного файла в фор-

вскрытия проб на крышках, аномальные показатели соли в пробах, анализ ДНК в них, переписку по электронной почте по поводу так называемого «метода исчезающих проб», результаты дополнительных судебных экспертиз, проведенных в Лозанне, а также показания под присягой Григория Родченкова, Комиссия посчитала установленным факт нарушения антидопинговых правил. Хотя российский скелетонист пытался оспаривать каждый из этих элементов по отдельности, по мнению ДК МОК, все они в совокупности дополняли друг друга и складывались в единое целое, что не оставило у ДК МОК никаких сомнений в факте нарушения атлетом антидопинговых правил<sup>1</sup>.

С точки зрения влияния на международное спортивное право решения САС, признавшие доказательственную силу Доклада Макларена, его письменных показаний под присягой, а также использовавшие подход «части головоломки», привели к дальнейшему расширению перечня допустимых косвенных доказательств в делах, не связанных с наличием в пробе запрещенной субстанции, ее метаболитов или маркеров, и, соответственно, к укреплению процессуальной позиции антидопинговых организаций. Кроме того, неоднократно используя утверждения Доклада Макларена, а также его показания под присягой для обоснования «вовлеченности» индивидуальных российских атлетов в «систему, подрывающую систему борьбы с допингом и манипулирующую ей», арбитры САС вместе с тем не требовали от антидопинговых организаций предоставления каких-либо доказательств, что конкретный атлет лично совершал в рамках предполагаемой системы какие-либо манипуляции или иные действия<sup>2</sup>. С этой точки зрения рассматриваемые решения означали дальнейшее ухудшение возможностей атлетов по защите от обвинений в нарушении антидопинговых правил в так называемых «non-analytical positive doping cases».

Подобный подход САС, а также ДК МОК к оценке Доклада Макларена не может не вызывать серьезной озабоченности с точки

---

мате *Excel* и содержавший имена спортсменов, которые были «защищены» системой подмены проб (см.: *McLaren R.H. The Independent Person Report* (18 July 2016). P. 66).

<sup>1</sup> Decision of the IOC Disciplinary Commission in the Proceedings against Sergei Chudinov (SML – 110), ¶ 340.

<sup>2</sup> См., например: *Ivan Balandin v. Fédération Internationale des Sociétés d’Aviron (FISA) & International Olympic Committee (IOC)*, CAS OG 16/012, Award, ¶¶ 7.27–7.30; *Natalia Podolskaya & Alexander Dyachenko v. International Canoe Federation (ICF)*, CAS OG 16/019, ¶¶ 2.11, 7.28.

зрения нарушения им прав индивидуальных атлетов на «естественную справедливость». Во-первых, как прямо признавалось в первом Докладе Макларена, до своего назначения в качестве независимого лица он был членом независимой комиссии во главе с Ричардом Паундом, первым Президентом ВАДА, которая ранее «*вскрыла широкое распространение допинга в российской легкой атлетике*»<sup>1</sup>. Соответственно, как уже отмечалось в западных средствах массовой информации, не вызывает удивления, что в своем докладе профессор Макларен в итоге согласился со своими собственными предшествующими выводами<sup>2</sup>. Таким образом, Доклад Макларена вряд ли может рассматриваться в качестве доклада «независимого лица».

Во-вторых, по собственному признанию профессора Макларена, он не стремился опрашивать лиц, проживающих в Российской Федерации, включая должностных лиц<sup>3</sup>. С этой точки зрения Доклад Макларена изначально носил односторонний характер, не давая возможности стороне, против которой были выдвинуты беспрецедентные по своей тяжести обвинения, представить свою позицию.

В-третьих, хотя как заявления Григория Родченкова, так и его показания под присягой неизменно рассматривались в делах с участием российских атлетов в качестве ключевой «части головоломки», эти атлеты не имели никакой возможности подвергнуть его перекрестному допросу под предлогом того, что он проживает в США в рамках программы защиты свидетелей<sup>4</sup>. Иначе говоря, такие доказательства не подвергались объективной проверке на слушании.

Наконец, если в первом Докладе Макларена неоднократно утверждалось о существовании направляемой государством системы<sup>5</sup>, то во втором эти громкие заявления были заменены на утверждение, что «*существовал институциональный заговор среди спортсменов*

---

<sup>1</sup> McLaren R.H. The Independent Person Report (18 July 2016). P. 3.

<sup>2</sup> См., например: Katz R. Russian Complaints About McLaren Report On Alleged State-Sponsored Doping Have Merit (30 August, 2016) <<https://www.forbes.com/sites/rkatz/2016/08/30/russian-complaints-about-mclaren-report-on-alleged-state-sponsored-doping-have-merit/#6e4909f35119>> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> McLaren R.H. The Independent Person Report (18 July 2016). P. 8.

<sup>4</sup> Decision of the IOC Disciplinary Commission in the Proceedings against Sergei Chudinov (SML – 110), ¶ 265.

<sup>5</sup> См., например: McLaren R.H. The Independent Person Report (18 July 2016). P. 7, 10, 27, 30, 31, 41, 87.

летнего и зимнего спорта, которые вместе с российскими официальными лицами в Министерстве спорта и его структурах, таких как РУСАДА, Центр спортивной подготовки спортивных сборных команд (ЦСП) и Московская лаборатория, а также ФСБ участвовали в манипулировании допинг-контролем»<sup>1</sup>. В то же время содержащиеся в первом Докладе Макларена заявления о наличии именно «государственной системы», от которых он сам впоследствии отказался, прямо использовались арбитрами САС для обоснования собственных решений о наложении ответственности на российских спортсменов и спортивные организации<sup>2</sup>. В итоге провозглашаемая МОК, МПК и ВАДА цель борьбы за чистоту спорта в значительной степени остается нереализованной, поскольку нарушение прав индивидуальных спортсменов прямо подрывает легитимность предпринимаемых ими усилий.

## 5. Заключение

Оценивая общий вклад САС и Федерального трибунала Швейцарии в развитие международного спортивного права, внесенный ими в процессе рассмотрения споров с участием российских спортивных организаций и атлетов в 2016—2017 гг., можно заключить, что произведенные ими нововведения привели к значительному ухудшению правового положения спортсменов в делах, связанных с нарушением антидопинговых правил. Более того, существующая практика САС о допустимости признания нарушения личных прав спортсменов «сопутствующим ущербом» от наложения санкций на национальные спортивные организации<sup>3</sup> получила в этих спорах дальнейшую поддержку. Наличие данных негативных тенденций может создать дополнительные сложности для тех российских олимпийцев, которые в свете многочисленных критериев формирования списка приглашенных спортсменов, установленных решением Исполкома МОК от 5 декабря 2017 г.<sup>4</sup>, не будут допущены к участию в зимних

<sup>1</sup> McLaren R.H. The Independent Person 2<sup>nd</sup> Report (9 December 2016). P. 1.

<sup>2</sup> См., например: *Russian Paralympic Committee (RPC) v. International Paralympic Committee (IPC)*, CAS 2016/A/4745, Award, ¶ 45.

<sup>3</sup> *Bulgarian Weightlifting Federation (BWF) v. International Weightlifting Federation (IWF)*, CAS 2015/A/4319, Award, ¶ 73.

<sup>4</sup> Согласно решению Исполкома МОК от 5 декабря 2017 г., список отдельных приглашенных российских спортсменов будет составлен комиссией во главе с председателем

Олимпийских играх 2018 г. и для защиты своих прав будут вынуждены обратиться в САС. С этой точки зрения четкое понимание нынешнего состояния норм международного спортивного права становится ключевым элементом защиты прав и законных интересов российских спортсменов.

---

лем Независимой организации допинг-тестирования (Independent Testing Authority (ИТА)) Валери Фурнейрон на абсолютное усмотрение данной комиссии. При этом окончательное решение об отборе спортсменов из списка приглашенных остается на абсолютное усмотрение МОК. См.: МОК отстранил Олимпийский комитет России и объявил о возможности для «чистых» спортсменов участвовать в Олимпийских играх в Пхенчхане в 2018 г. под Олимпийским флагом: Пресс-релиз (5 декабря 2017 г.) <[https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Disciplinary-Commission/IOC-DC-Schmid/PR-Russian-version-IOC-suspends-Russian-NOC.pdf#\\_ga=2.116222726.1060587947.1512507715-2123913064.1511810472](https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/IOC/Who-We-Are/Commissions/Disciplinary-Commission/IOC-DC-Schmid/PR-Russian-version-IOC-suspends-Russian-NOC.pdf#_ga=2.116222726.1060587947.1512507715-2123913064.1511810472)> (последнее посещение – 19 февраля 2018 г.). С. 3.

**Section 3**  
**PROCEDURAL ISSUES**  
**IN INTERNATIONAL ARBITRATION**

---

**Раздел 3**  
**ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ**  
**МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА**

## ИНТЕРАКТИВНЫЕ АРБИТРЫ? ОПТИМИСТИЧЕСКИЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ И КУЛЬТУРНЫЙ БАГАЖ<sup>1</sup>

МИХАЭЛЬ Е. ШНАЙДЕР<sup>2</sup>

*В продолжающихся дебатах о повышении эффективности международного коммерческого арбитража часто обсуждается роль арбитра. На этот счет было высказано множество предложений, нередко призывающих к более активному участию арбитров, но на практике, похоже, наблюдается противоположная тенденция. В конечном счете будущее таких попыток повысить эффективность процесса и его восприимчивость к потребностям пользователей с помощью более интерактивных арбитров будет в значительной степени зависеть от двух фундаментальных вопросов, по которым проводится различие между судебными и арбитражными культурами (не всегда совпадающее с разделением континентального и англосаксонского права): а) роль арбитра, действующего как беспристрастный судья или как «лицо, разрешающее спор»; и б) роль фактов и сбора доказательств.*

*Ключевые слова: интерактивный арбитр; невовлеченный арбитр; фиктивный арбитр; метод релевантности; ролевая модель для арбитра; лицо, разрешающее споры; беспристрастный судья; состязательный процесс; инквизиционный процесс; англосаксонское право; континентальное право.*

<sup>1</sup> Данная статья под другим названием была впервые опубликована на английском языке в качестве гл. 25 в коллективной работе «The Evolution and Future of International Arbitration» (см.: *Scheider M.E.* Chapter 25. The Uncertain Future of the Interactive Arbitrator: Proposals, Good Intentions and the Effect of Conflicting Views on the Role of the Arbitrator // The Evolution and Future of International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 37) / S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis (eds.). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016. P. 379–392). В настоящем сборнике публикуется перевод на русский язык ее измененного варианта.

<sup>2</sup> Автор является партнером юридической фирмы «LALIVE» (Женева, Швейцария), бывшим вице-президентом ЮНСИТРАЛ и почетным президентом Швейцарской арбитражной ассоциации (Association Suisse de l'Arbitrage (ASA)). Автор благодарит Леонида Шматенко, юриста юридической фирмы «LALIVE» (Женева, Швейцария), за перевод настоящей статьи на русский язык.

## INTERACTIVE ARBITRATORS? OPTIMISTIC PROPOSALS AND CULTURAL BAGGAGE

MICHAEL E. SCHNEIDER

*In the continuing debate about improving efficiency in international commercial arbitration the role of the arbitrator is often discussed. Many suggestions have been made to this effect, often calling for greater involvement of the arbitrator; but in practice the trend seems to move in the opposite direction. In the end, the future of such attempts to improve the efficiency of the process and its responsiveness to the users' needs by more interactive arbitrators will depend to a large extent on two fundamental issues where judicial and arbitral cultures differ (not always along the civil law / common law divide): (a) the role of the arbitrator, acting as impartial referee or as «dispute solver»; and (b) the role of the facts and of evidence gathering.*

*Keywords: interactive arbitrator; hands-off arbitrator; mock arbitrator; relevance method; role model for arbitrator; dispute solver; impartial referee; adversarial procedure; inquisitorial procedure; common law; civil law.*



## 1. Благие намерения: предложения для более активных арбитров

Было сделано много предложений по повышению эффективности международного арбитража путем активизации участия арбитров. Данная статья может дать лишь краткий обзор некоторых из таких предложений. Я приношу свои извинения многим другим авторам, которые также внесли полезный вклад в разработку этой темы<sup>1</sup>.

В публикации Международной торговой палаты (International Chamber of Commerce (далее – ICC)) «Методы контроля времени и затрат» перечислены некоторые способы организации разбирательства (case management). Впервые опубликованная в 2007 г.<sup>2</sup>, она была пересмотрена в 2012 г.<sup>3</sup>, и примеры, взятые из нее, теперь включены в ту же брошюру, что и Арбитражный регламент ICC. Они включают рекомендацию о том, что арбитражные трибуналы могут:

а) вносить предложения в ходе организационного совещания (case management conference) (п. 26);

б) оказывать сторонам помощь в разработке соответствующей процедуры (п. 28). Пункт 28 также содержит следующее положение: *«Например, трибунал, который с самого начала ознакомился с деталями дела, может проявлять инициативу и давать соответствующие индивидуальные предложения по вопросам, которые должны быть рассмотрены в письменных материалах и показаниях свидетелей, по тем областям, в которых ему помогли бы экспертные доказательства, а также по степени раскрытия документов сторонами для решения спорных вопросов»;*

в) далее подчеркивается, что *«арбитражный трибунал может рассмотреть возможность использования совещания перед слушанием, чтобы указать сторонам вопросы, на которых им следовало бы сосредоточиться на предстоящем слушании»* (п. 37).

---

<sup>1</sup> Более детальное обсуждение проактивной организации разбирательства и автономии сторон см., например: *Waincymer J. Procedure and Evidence in International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. P. 384–413.

<sup>2</sup> *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration: Report from the ICC Commission on Arbitration* (ICC Publication No. 843) <<http://gipi.org/wp-content/uploads/icc-controlling-time-and-cost.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> *Controlling Time and Costs in Arbitration: ICC Commission Report* (ICC Publication No. 861-1) <[https://www.iccgermany.de/fileadmin/user\\_upload/Content/Schiedsgerichtsbarkeit/ICC\\_861-1\\_ENG\\_Controlling\\_Time\\_and\\_Costs\\_Report.pdf](https://www.iccgermany.de/fileadmin/user_upload/Content/Schiedsgerichtsbarkeit/ICC_861-1_ENG_Controlling_Time_and_Costs_Report.pdf)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

Томас Стипанович (Thomas Stipanowich) обобщил ряд других предложений и инициатив. В конце своего исследования он предлагает Шаблон для определения приверженности арбитров содействию экономически эффективному и быстрому арбитражу (Template for an Arbitrator's Commitment to Promote Cost Effective, Expeditious Arbitration)<sup>1</sup>, который включает:

- а) обязательство арбитра обеспечивать наличие своей доступности (достаточного времени);
- б) настаивание на эффективной и обязательной структуре разбирательства и процессуальном графике;
- в) процедурные совещания;
- г) контроль за раскрытием документов.

Интересной особенностью этого Шаблона является рекомендация о том, что арбитр должен *«поощрять представителей сторон достигать соглашения по вопросам фактов»*<sup>2</sup>.

Люси Рид (Lucy Reed) предложила «Уединение Рид» (Reed Retreat), выразив надежду, что в результате таких «уединений» арбитры будут лучше подготовлены к слушанию. Благодаря такой улучшенной подготовке члены арбитражного трибунала *«могут (смело) согласовать вопросы, которые хотят задать представителям, и указать, какие аспекты они хотели бы видеть более детально проработанными в дальнейшем и каких свидетелей они больше всего хотели бы услышать. Разумеется, это не должно наносить ущерба возможности сторон излагать свою позицию по делу так, как они считают подходящим»*<sup>3</sup>.

Она добавила, что может быть полезно *«для трибунала позднее, но до завершения рассмотрения материалов дела спросить каждую из сторон о контрольном списке, — без сомнения, конкурирующих контрольных списках — всех фактических и юридических вопросов, которые считаются существенными для арбитражного решения»*<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Stipanowich Th.J.* Reflections on the State and Future of Commercial Arbitration: Challenges, Opportunities, Proposals // American Review of International Arbitration. 2014. Vol. 25. Nos. 3–4. P. 393–394 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2519084](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2519084)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> *Stipanowich Th.J.* Op. cit. P. 394.

<sup>3</sup> *Reed L.* The Kaplan Lecture 2012: Arbitral Decision-making: Art, Science or Sport?. <[http://www.arbitration-icca.org/media/4/42869508553463/media113581569903770r-eed\\_tribunal\\_decision-making.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/42869508553463/media113581569903770r-eed_tribunal_decision-making.pdf)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.). P. 11.

<sup>4</sup> *Ibid.* P. 14.

Нил Каплан (Neil Kaplan) — под влиянием «Графика Редферна» (Redfern Schedule) и «Уединения Рид» — предложил нечто новое. Он назвал это «Вступлением Каплана» (Kaplan Opening) и описал следующим образом: *«В удобное время в арбитраже, — возможно, после первого раунда обмена письменными материалами и показаниями свидетелей, но задолго до основного слушания — трибунал должен провести слушание, на котором представители обеих сторон раскроют перед ним свои позиции. Им может потребоваться заранее направить свои краткие позиции (skeleton arguments). После вступительных заявлений каждому эксперту следует представить свои доказательства и объяснить отличия его выводов от выводов эксперта другой стороны»*<sup>1</sup>.

Среди преимуществ своего предложения Нил Каплан упоминает, что трибунал будет рассматривать дело на гораздо более ранней стадии, чем обычно; у него будет возможность *«обстоятельно обсудить с представителем периферийные пункты, ненужные доказательства и пробелы в доказательствах»*; трибунал сможет *«указать сторонам те моменты, для рассмотрения и разъяснения которых у них будет время»*. Тем самым он будет содействовать мирному урегулированию или сведению к минимуму вопросов, по которым имеются разногласия.

Константин Партасидес (Constantine Partasides) на основе «Вступления Каплана» предложил «Совещание по рассмотрению дела» (Case Review Conference (далее — CRC)), которое организуется после первого обмена письменными материалами<sup>2</sup>. CRC *«сфокусировано на обсуждении трибуналом вопросов и доказательств, необходимых для определения исковых требований сторон»*, решения вопроса о пределах второго раунда обмена материалами, а трибунал призван давать указания согласно *«индивидуально смоделированной процедуре разбирательства по остальным шагам, ведущим к слушанию по существу»*. В CRC, как и в других случаях, арбитры могут высказывать *«предварительные соображения по отдельным вопросам, возникающим в контексте процедурных разногласий»*.

Дэвид Ривкин (David Rivkin) пошел намного дальше. Он представил модель «Городского старейшины» (Town Elder), который играет

---

<sup>1</sup> Kaplan N. If It Ain't Broke, Don't Change It // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2014. Vol. 80. Issue 2. P. 174 (reproduced in: SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren. 2014. Heft 6. S. 279) <[http://www.arbitration-icca.org/media/4/44493740788727/media314050030194870kaplan\\_if\\_it\\_aint\\_broke\\_dont\\_change\\_it.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/44493740788727/media314050030194870kaplan_if_it_aint_broke_dont_change_it.pdf)> (последнее посещение — 24 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Partasides C., Vesel S. A Case Review Conference, or Arbitration in Two Acts // Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management. 2015. Vol. 81. Issue 2. P. 167.

очень активную роль в развитии дела в ходе разбирательства. По модели Ривкина, Городской старейшина может оказывать содействие следующим образом:

- а) направлять стороны в представлении позиции по делу и доказательств;
- б) обозначать для сторон доказательства, которые требуются ему (возможно, иногда также ей) для решения;
- в) поощрять поэтапный процесс в арбитраже;
- г) помогать сторонам сосредоточить внимание на критических моментах;
- д) высказывать предварительные соображения; или даже
- е) предлагать решение<sup>1</sup>.

Кэтрин Кесседьян (Catherine Kessedjan) представила «Совместного Арбитра» (Collaborative Arbitrator), который проводит арбитраж так же интерактивно, как и процесс совместной работы. Этот процесс включает в себя:

- а) поддержание конструктивного обсуждения представленных доказательств трибуналом и представителями;
- б) указание сторонам на то, какие из их аргументов слабые, а доказательства — недостаточные;
- в) помощь сторонам в определении их спора на ранней стадии разбирательства; а также
- г) помощь им в формулировании своих заявлений.

Короче говоря, Совместный арбитр является «*постоянным помощником для решения определенного спора*». Однако эти весьма интерактивные функции, описанные Кэтрин Кесседьян, смягчены советом, что арбитр должен «*сначала дать возможность сторонам организовать разбирательство самостоятельно*»<sup>2</sup>.

Некоторые авторы идут еще дальше, вдохновляясь так называемой *Relationstechnik* (иногда переводится как «метод релевантности» («*relevance method*»))<sup>3</sup> — традиционным методом организации разби-

<sup>1</sup> Rivkin D.W. Towards a New Paradigm in International Arbitration: The Town Elder Model Revisited // Arbitration International. 2008. Vol. 24. Issue 3. P. 375–386 <<https://academic.oup.com/arbitration/article/24/3/375/198842>> (последнее посещение — 24 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Kessedjan C. International Arbitration – More Efficiency for Greater Credibility // Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2014 / A.W. Rovine (ed.). Leiden: Martinus Nijhoff Pub., 2014. P. 1–9.

<sup>3</sup> См., например: Elsing S.H. Procedural Efficiency in International Arbitration: Choosing the Best of Both Legal Worlds // SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren. 2011. Heft 3. S. 118; подробное описание метода и его возможного применения в международном

рательства и принятия решений, практикуемым в судах и арбитраже Германии<sup>1</sup>: истец представляет факты в поддержку своего заявления и приводит правовое обоснование. Судья (или арбитр, вдохновленный этой практикой) определяет, подтверждают ли исковые требования предполагаемые факты, считая, что они верны. Если нет, в иске отказывают без рассмотрения каких-либо доказательств. Возражения ответчика рассматриваются аналогичным образом: если факты, заявленные в защиту, не способны обосновать отказ в иске, нет необходимости собирать доказательства в поддержку таких утверждений<sup>2</sup>. Только после того, как будет установлено, что утверждения являются неопровержимыми (*schlüssig*), доказательства принимаются, но их круг ограничивается только теми утверждениями, которые относятся к делу и оспариваются<sup>3</sup>.

---

арбитраже см.: *Schäfer J.K.* Focusing a Dispute on the Dispositive Legal and Factual Issues, or How German Arbitrators Think – An Introduction to a Traditional German Method // *b-Arbitra: Belgian Review of Arbitration*. 2013. No. 2. P. 333–344 <[http://www.danskeadvokater.dk/Files/Filer/voldgift/2017/Jan\\_Schaefer\\_B-Arbitra%2013\\_2.pdf](http://www.danskeadvokater.dk/Files/Filer/voldgift/2017/Jan_Schaefer_B-Arbitra%2013_2.pdf)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

<sup>1</sup> См., например: *Hanefeld I., Hombeck J.* International Arbitration between Standardisation and Flexibility – Predictability and Flexibility Seen from a Client’s Perspective // *SchiedsVZ: Zeitschrift für Schiedsverfahren*. 2015. Heft 1. S. 23. Они сообщают об исследовании, проведенном ими с участием 20 различных «корпораций, действующих в глобальном масштабе», с недавним опытом арбитража, связанным с Германией, специально упоминая *Relationstechnik*. В более общем плане респонденты высказали предпочтение в пользу «более раннего обозначения предварительных юридических взглядов трибунала относительно существования дела».

<sup>2</sup> Пример: истец взыскивает оплату покупной цены и делает необходимые фактические утверждения; ответчик не оспаривает получение товара, но ссылается на его дефект. Однако объяснения ответчика показывают, что он не направил уведомление истцу об этом дефекте немедленно после его обнаружения, как этого требует закон. Нет необходимости собирать доказательства наличия дефекта, поскольку, даже если он будет установлен, это не освободит ответчика от обязательства по оплате, потому что возражение было заявлено слишком поздно.

<sup>3</sup> Сводную информацию о *Relationsmethode*, как ее еще называют, см.: *Lord Justice Jackson*. Review of Civil Litigation Costs: Preliminary Report (May 2009). Vol. II. Norwich: The Stationery Office, 2010. P. 562–563 <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/jackson-vol2-low.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.). Он рекомендует использовать элемент этого метода (идентификацию предполагаемых свидетелей со ссылкой на заявления) в Англии и Уэльсе (см.: *Lord Justice Jackson*. Review of Civil Litigation Costs: Final Report (December 2009). Norwich: The Stationery Office, 2010. P. 377 <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Reports/jackson-final-report-140110.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.)).

В этом процессе судья или арбитр издает постановление или серию постановлений о сборе доказательств по конкретным оспариваемым утверждениям, например о том, были ли товары отправлены вовремя, проверил ли покупатель товар по прибытии, уведомил ли он продавца о дефектах, на которых основано его требование о возмещении ущерба. Такой процесс имеет большое преимущество, позволяющее выявлять фактические и юридические вопросы дела на ранней стадии разбирательства и ограничивать принимаемые доказательства теми, которые необходимы для их решения. Поскольку сбор доказательств является одной из основных статей затрат в арбитраже, этот подход имеет значительный потенциал экономии средств. Право сторон быть заслушанными полностью соблюдается, поскольку они активно участвуют в выявлении вопросов и определении утверждений, по которым необходимо принимать доказательства.

Важной особенностью данной процедуры является раннее слушание, в ходе которого судья или арбитр, прежде чем принимать доказательства, обсуждает со сторонами правовое обоснование их дела (*Rechtsgespräch*)<sup>1</sup>. Эта форма предварительного слушания и обсуждения судом и сторонами схожим образом развита в Швейцарии, особенно в так называемой *Referentenaudienz*, по-прежнему практикуемой Коммерческим судом Цюриха, а иногда и швейцарскими арбитрами<sup>2</sup>.

В международном арбитраже строгое применение *Relationstechnik* не является целесообразным, поскольку для арбитров могут быть важны второстепенные факты и события, которые могут помочь трибуналу понять контекст и взвесить доказательства и аргументы. Более того, данный процесс часто требует повторных слушаний для каждого из последующих этапов, хотя такие слушания обычно довольно короткие. Это не создает проблем в судебных разбирательствах, где все участники обычно проживают в непосредственной близости и могут быть вызваны в относительно короткие сроки. В международном арбитраже члены трибунала, стороны и их представители часто раз-

<sup>1</sup> См., например: *Schäfer J.K.* Op. cit. P. 341.

<sup>2</sup> *Haberbeck Ph.* *Praktische Hinweise zur früheren Referentenaudienz bzw. heutigen Vergleichsverhandlung vor dem Handelsgericht* // Jusletter. 2014. 6. Jan. <[http://www.haberbeck.ch/assets/jusletter\\_6januar\\_2014.pdf](http://www.haberbeck.ch/assets/jusletter_6januar_2014.pdf)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.); см. также: *Ehle B.* *The Arbitrator as a Settlement Facilitator* // *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do: Recent Developments and Trends* (Colloquium CEPANI 40, September 29, 2010). – Brussels: Bruylant, 2010. P. 81 <[http://www.lalive.ch/data/publications/Сepani\\_12\\_THILIN\\_Ehle.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/Сepani_12_THILIN_Ehle.pdf)> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

бросаны по разным странам, их время расписано по минутам, что затрудняет назначение любого слушания. Процессуальный график обычно предполагает мало гибкости; добавление дат слушаний может стать основным источником задержки.

Тем не менее предложения, вдохновленные этим методом, подчеркнули его полезность для фокусирования разбирательства, сокращения издержек, улучшения понимания дела арбитражным трибуналом и предсказуемости результатов. Хотя в других отношениях Шэфер (Schäfer) скептически относится к применению *Relationstechnik*, он, например, рассматривает предварительное слушание в форме *Rechtsgespräch* как очень полезный элемент: «на основе ранней оценки дела» арбитражный трибунал «может помочь представителю сосредоточить внимание на ключевых юридических, фактических и доказательственных вопросах (и заново оценить шансы на успех)»<sup>1</sup>.

## 2. Правила, поддерживающие интерактивных арбитров

Некоторые из только что описанных предложений – это не просто непроверенные идеи творческих мыслителей в сфере международного арбитража. Следы предлагаемых методов можно также найти в некоторых применимых арбитражных правилах или руководящих принципах арбитража: например, в Арбитражном регламенте Лондонского международного третейского суда (ЛМТС) (London Court of International Arbitration (LCIA)) специально выделяется полномочие арбитров «*проявлять инициативу по выявлению спорных вопросов, относящихся к делу, и установлению фактов, относящихся к делу, а также права или норм права, применимых к Арбитражному соглашению, арбитражу и к существу спора между сторонами*»<sup>2</sup>.

Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) (International Bar Association (IBA)) по получению доказательств в международном арбитраже поощряют арбитражный трибунал «*как можно скорее поставить перед Сторонами любые вопросы, которые: (а) арбитражный трибунал может считать относимыми к делу и существенными для его разрешения; и/или (б) может быть целесообразно разрешить в предварительном порядке*»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Schäfer J.K. Op. cit. P. 344.

<sup>2</sup> LCIA Arbitration Rules, Art. 22.2(iii).

<sup>3</sup> IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Art. 2(3).

Особенно полезное и действительно важное положение можно найти в Арбитражном регламенте *ИСС* и его требованиях, касающихся Акта о полномочиях. В ст. 23 Регламента 2017 г. (равно как и в более ранних версиях), предусматривается, что в Акте о полномочиях содержатся *«краткое изложение соответствующих требований сторон»* и *«перечень вопросов, подлежащих разрешению»*. Согласно Регламенту, именно арбитражный трибунал составляет Акт о полномочиях – весь Акт о полномочиях, т.е. в том числе изложение требований сторон<sup>1</sup>. Исключение составляет перечень вопросов, который не надо составлять, если *«арбитражный трибунал сочтет это ненужным»*, но такое исключение не применяется в отношении изложения требований сторон.

Составление изложения требований сторон в рамках Акта о полномочиях является очень полезным упражнением, поскольку оно требует вовлеченности арбитражного трибунала с самого начала. Для этого арбитражный трибунал должен рассмотреть материалы сторон и приложить усилия для достижения хотя бы предварительного их понимания. Важным аспектом этого упражнения является то, что стороны могут проверить, что арбитры поняли их позиции. Арбитражный трибунал может допускать ошибки, но стороны имеют возможность немедленно их заметить и потребовать их исправления. Они должны приветствовать открытость процесса и цель осуществления этого упражнения.

Признавая полезность Акта о полномочиях, Йорг Риссе (Joerg Risse) предлагает проводить встречу, на которой он будет составлен, в форме предварительного слушания, где стороны кратко излагают свое дело и обсуждают его с арбитражным трибуналом, который в течение двух недель после этого слушания *«выносит письменные рекомендации о темах, которые предлагается обсудить в последующих материалах, и о формате представления доказательств»*<sup>2</sup>.

Арбитражный трибунал, который действует в рамках Арбитражного регламента *ИСС*, даже без такого предварительного слушания имеет хорошую возможность обсудить со сторонами на самой ранней стадии разбирательства, как наилучшим образом его структурировать, на каких вопросах им следует сосредоточить свое внимание и какие доказа-

<sup>1</sup> ICC Arbitration Rules, Art. 23(1)(c).

<sup>2</sup> Risse J. Ten Drastic Proposals for Saving Time and Costs in Arbitral Proceedings // Arbitration International. 2013. Vol. 29. Issue 3. P. 457 <<https://academic.oup.com/arbitration/article/29/3/453/223409?searchresult=1>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.). Он утверждает, что автором этой идеи является Константин Партасидес, который высказал ее в своей речи в 2010 г.

тельства необходимы. Надлежаще применяемое правило Арбитражного регламена *ICC* о разработке Акта о полномочиях и, соответственно, раннем и непосредственном участии арбитражного трибунала обеспечивает прочную основу для интерактивного ведения арбитражного разбирательства.

### 3. Реальность невовлеченного арбитра (*hands-off arbitrator*)

А теперь зададимся вопросом: какова реальность международной арбитражной практики; где находим мы интерактивных арбитров и следы предложений по продвижению вовлеченности арбитра в разбирательство?

Как и большинство наблюдателей международной арбитражной практики, я имею лишь ограниченное представление о том, что на самом деле происходит в конкретных случаях. Мое восприятие арбитражной реальности основывается на том, что я вижу в своей собственной практике, что я слышу от своих коллег в *LALIVE* и *ASA*, а также на том, что я читаю в статьях или слышу на конференциях, когда докладчики делятся реальными жизненными наблюдениями. Таким образом, нижеследующее описание международной арбитражной действительности не претендует на полную картину, но информация, на которой оно основано, на мой взгляд, достаточно обширна для того, чтобы показать хотя бы важную часть этой реальности — и она отрезвляет.

Сегодняшнюю стандартную процедуру можно резюмировать следующим образом: после назначения арбитражный трибунал связывается со сторонами и отправляет им Процессуальное постановление № 1, которое президент арбитражного трибунала имеет в качестве шаблона на своем компьютере<sup>1</sup>; иногда это его компьютер, но чаще всего это, вероятно, компьютер лица, которое будет назначено административным секретарем трибунала. Если президент арбитражного трибунала немедленно не отправит Процессуальное постановление № 1, он может предложить сторонам организовать процедуру разбирательства. В обоих случаях она в целом выглядит следующим образом: двойной обмен письменными материалами, сопровождаемый документальными доказательствами, показаниями свидетелей и экспертными от-

---

<sup>1</sup> К настоящему времени большинство арбитров, похоже, являются грамотными компьютерными пользователями, хотя в отношении одной важной международной арбитражной организации недавно появились жалобы на неодинаковый уровень владения компьютером.

четами, если таковые имеются, которому предшествует или который чаще всего прерывается фазой, рассчитанной на два-четыре месяца, для раскрытия доказательств (она вносится в график арбитражным трибуналом независимо от того, подан ли или хотя бы заявлен запрос на такое раскрытие).

Возможны варианты – иногда в зависимости от соответствующего опыта арбитров. Например, английские арбитры, если они руководствуются своей судебной практикой, предпочитают ступенчатое развертывание дела начиная с искового заявления, за которым следуют дальнейшие заявления и в конце концов мнения экспертов, которые сначала идентифицируются, а затем излагают свои взгляды по спору, делая это, как ожидается, в беспристрастной манере.

За такими письменными обменами следует слушание для рассмотрения доказательств, которому обычно предшествует телефонная конференция по организационным вопросам. Иногда, особенно в разбирательствах, вдохновленных английской практикой, стороны предоставляют в качестве подготовки к слушанию краткие позиции (*skeleton arguments*), которые позволяют арбитрам не читать предыдущие объемные материалы.

Слушания обычно продолжаются от одной до двух недель, со вступительными заявлениями, перекрестными допросами свидетелей и экспертными презентациями. Стороны готовят специальные папки для слушаний, в которых все ранее подготовленные материалы, показания свидетелей, экспертные отчеты, большинство письменных доказательств и иногда даже переписка между трибуналом и сторонами снова копируются для каждого из арбитров<sup>1</sup>; выдержки из них иногда опять копируются в специальных папках для допроса каждого из свидетелей и экспертов. Затем следуют устные заключительные выступления или материалы, направляемые после слушания (*post-hearing submissions*).

В ходе этого процесса могут проводиться отдельные телефонные конференции, в частности до слушания, для рассмотрения процессуальных вопросов. В переписке трибунал часто берет на себя инициативу, но иногда представители совместно могут играть более активную роль. В зависимости от своей процессуальной традиции представители могут заходить настолько далеко, что готовят арбитрам проекты процессуальных постановлений.

---

<sup>1</sup> Случаи, когда арбитр работает с электронным файлом на *iPad* или аналогичным образом, видимо, по-прежнему являются исключением.

Заявления о принятии обеспечительных мер если и делаются, то представляют собой редкий случай, по которому трибуналу могут быть косвенно адресованы вопросы материального права. Иная корреспонденция между арбитражным трибуналом и сторонами, затрагивающая вопросы существа спора, едва ли в порядке вещей.

Существенным является то, каким образом Акт о полномочиях составляется в арбитражах *ICC*. Вместо того чтобы пытаться понять дело посредством активного участия в нем, трибунал ограничивается организационными вопросами и передает сторонам задачу подготовки изложения их соответствующих требований. Один очень опытный арбитр откровенно выразился так: «*Что касается изложения позиций сторон, проверенный способ ускорить разбирательство состоит в том, что трибунал дает сторонам возможность представить изложение своих требований (обычно не превышающее четырех-пяти страниц), а затем предваряет такие изложения в Акте о полномочиях указанием на то, что ни одна из сторон не соглашается с заявлениями, сделанными другой стороной в своем изложении*»<sup>1</sup>.

Даже в рекомендациях, которые Арбитражная комиссия *ICC* предлагает арбитрам и сторонам, подготовка изложения позиций арбитражным трибуналом считается необязательной<sup>2</sup>.

Это верно, что к моменту составления Акта о полномочиях дело редко полностью раскрыто во всех деталях. Действительно, бывают случаи, когда заявление об арбитраже и ответ на него — ни рыба ни мясо: например, истец очень спешил или, возможно, использовал арбитраж в качестве шага в ходе текущих переговоров, или представитель, быть может, еще не ознакомился в достаточной степени с делом. Однако даже в таком случае ничто не мешает арбитражному трибуналу составить краткое изложение позиций, по крайней мере в качестве отправной точки, прежде чем просить стороны дать разъяснения и оговорить дальнейшее развитие дела по мере продвижения разбирательства.

На мой взгляд, развитие ситуации с Актом о полномочиях в арбитражных разбирательствах *ICC* является показательным, но вместе

---

<sup>1</sup> *Berg A.J. van den. Organizing an International Arbitration: Practice Pointers // The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration / L.W. Newman, R.D. Hill (eds.). — NY: Juris Pub., 2004. P. 169 <<http://www.hvdb.com/wp-content/uploads/2004-AJvdB-Organizing-an-IA-Practice-Pointers.pdf>> (последнее посещение — 24 февраля 2018 г.).*

<sup>2</sup> *Controlling Time and Costs in Arbitration: ICC Commission Report (ICC Publication 861-1). P. 10 (item 28).*

с тем прискорбным примером, отражающим реальность: арбитражные трибуналы не вникают в суть дела до самого конца разбирательства. Даже если они это и делают, например, при принятии решения по запросам о раскрытии доказательств и определении их относимости или о применении обеспечительных мер, они, как правило, остаются на поверхности дела. Со сторонами мало взаимодействуют по существу спора.

Весьма показательно этот недостаток взаимодействия демонстрируют сами рекомендации по улучшению арбитражного процесса, которые требуют большей активности арбитров, – рекомендации, которые возникают из-за разочарования, вызванного их пассивностью.

Предложение Рид – хороший пример. Как объяснялось выше, предлагается встреча («уединение») арбитражного трибунала до самого слушания, в частности, для определения вопросов представителям и тех спорных моментов дела, которые трибунал считает существенными. По-видимому, подобное предложение сделано потому, что в противном случае, по опыту его автора, такая идентификация проблем и вопросов происходит редко или не происходит вообще. Оно действительно отражает оценку очень опытного арбитражного практика, руководителя арбитражного направления одной из ведущих фирм в области международного арбитража. Такова и моя оценка. Арбитры почти никогда не дают указания сторонам по существу спора до самого слушания, и даже после слушания они часто этого не делают. Другие предложения, о которых я упоминал выше, можно считать следствием столь же разочаровывающего опыта.

Другими словами, от арбитров, которые оставляют сторонам изложение своих требований в начале арбитража, вряд ли можно ожидать, что они станут более интерактивными в ходе дальнейшего разбирательства. Стороны не получают никакой обратной связи и даже никакой помощи с точки зрения фокусирования их материалов на вопросах, которые арбитры считают ключевыми и существенными для своего решения.

Подводя итог, хороший совет о желательности интерактивного арбитра не возымел практически никакого эффекта; вместо того чтобы быть более интерактивными, арбитры, похоже, все чаще следуют тому, что можно охарактеризовать как «невовлеченный подход» (*hands-off approach*), даже в тех частях мира, где традиционно более интерактивный подход был почти нормой.

#### 4. Скептический взгляд на будущее: фиктивные арбитры (mock arbitrators), заменяющие обратную связь от реального трибунала

Будет ли ситуация изменяться в будущем? Будут ли слышаться призывы к большей активности арбитров? Я настроен скептически.

Действительно, есть признаки того, что возобладает противоположная тенденция: арбитры не занимаются существом спора до окончания разбирательства и никак не обозначают направление своего движения, а когда дело близится к завершению, стороны начинают искать замену. Последнее изобретение в международном арбитраже импортировано из судебной практики Соединенных Штатов, где представители проверяют свое дело перед фиктивными присяжными до того, как предстать перед настоящим жюри. Создана «целая индустрия юридических услуг, предлагающая несколько фиктивных присяжных для подготовки представителей к суду присяжных», и теперь эта идея, как представляется, подпитывает постоянный рост соответствующей практики в международном арбитраже, где она рекомендуется как «секретный инструмент для победы в арбитражном деле»<sup>1</sup> или даже как «самый полезный научный инструмент, которым мы располагаем при подготовке к арбитражному слушанию»<sup>2</sup>.

«Важнейшей частью такого инсценированного разбирательства является обратная связь от арбитра(-ов) после завершения слушания»<sup>3</sup>. Можно было бы подумать, что наиболее эффективная обратная связь исходит от настоящих арбитров. Однако продвижение альтернативного подхода с использованием клона реального арбитра, пожалуй, указывает на то, что настоящие арбитры не дают желаемой обратной связи; слишком часто они придерживаются «невовлеченного подхода».

---

<sup>1</sup> Kaplan N. Boltenko O. A Secret Tool for Winning an Arbitration Case // Asian Dispute Review. 2015. Jul. P. 117 (со ссылками на другие исследования по этой теме Эдны Суссман, Клауса Заха и Николаса Виганда) <[www.arbitration-icca.org/media/4/44389618065185/media114374030073340kaplan\\_boltenko\\_a\\_secret\\_tool\\_for\\_winning\\_an\\_arbitration\\_case.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/4/44389618065185/media114374030073340kaplan_boltenko_a_secret_tool_for_winning_an_arbitration_case.pdf)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>2</sup> Waites R.C., Lawrence J.E. Chapter 4. Psychological Dynamics in International Arbitration Advocacy // The Art of Advocacy in International Arbitration / D. Bishop, E.G. Kehoe (eds.). 2<sup>nd</sup> ed. – NY: Juris Pub., 2010. P. 118 <<http://www.cailaw.org/media/files/ITA/ConferenceMaterial/2015/workshop/5r-waites-lawrence.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Kaplan N. Boltenko O. Op. cit. P. 119.

Эти примеры из сегодняшней практики международного арбитража вызывают сомнения в том, что все изменится. Невовлеченный подход слишком прост, слишком удобен для арбитров. Он, по-видимому, и наименее рискован для них, если они ограничивают свою деятельность организацией разбирательства. Интерактивный подход требует больших инвестиций с самого начала. Такой вклад слишком легко перенести на конец разбирательства, когда нужно писать решение. Это само по себе является веской причиной, почему вряд ли что-то изменится.

Удобный подход находит сильную поддержку и у представителей, особенно тех, кто прилагает большие усилия в попытке контролировать процесс. Часто представитель не желает отдавать, упускать контроль над «своим» делом и соглашаться с тем, что рано или поздно придется его передать, и дело будет рассматриваться арбитражным трибуналом<sup>1</sup>.

Я вижу две другие причины, по которым нынешняя практика вряд ли изменится и интерактивный арбитр останется редким видом, которому грозит полное исчезновение. Одна из них касается образцовой модели арбитра, другая – взаимосвязи между фактами и правом, а также местом, которое они занимают в ходе разбирательства и последовательности событий.

## **5. Ролевые модели для арбитров: беспристрастный судья или лицо, разрешающее спор**

Схематически можно выделить два основных подхода, которых придерживаются добросовестные арбитры в отношении своих функций, или две модели поведения, которые они видят для себя. Некоторые арбитры рассматривают арбитраж как процесс, проводимый между сторонами, в котором арбитр выполняет функцию поддержания справедливости от начала и до конца. Когда процесс завершен, он принимает решение. Эти арбитры видят себя в роли беспристрастных судей.

При таком подходе арбитражный трибунал концентрируется на обеспечении процессуальной справедливости. Он ограничивает свое участие разрешением процессуальных разногласий и тщательно избегает вмешательства в то, каким образом стороны представляют существо своего дела. В частности, члены трибунала избегают любых заявлений, которые можно было бы рассматривать как выражение мне-

<sup>1</sup> См.: *Schneider M.E.* President's Message: Transfer of Ownership: From the Parties' Respective Cases to the Case Decided by the Tribunal // *ASA Bulletin*. 2013. Vol. 31. Issue 4. P. 733–736 <<http://www.arbitration-ch.org/asset/732da111338e72503295cbc189b9c3f4/PresMsg20134.pdf>> (последнее посещение – 24 февраля 2018 г.).

ния по существу дела, опасаясь того, что это может быть воспринято как заранее сформированная позиция по делу. Короче говоря, по делу и позициям сторон не должно быть никаких мнений по существу, пока разбирательство не будет закончено. Контроль за делом передается только после завершения разбирательства.

Другая категория арбитров видит свою главную функцию не только в принятии решения по окончании справедливого процесса, но и в разрешении спора в самом разбирательстве, в котором арбитражный трибунал является активным игроком вместе со сторонами. За неимением лучшего имени, можно этих арбитров назвать «лицами, разрешающими спор» (dispute solvers).

Представители этого типа арбитров, очевидно, также считают, что к сторонам нужно относиться честно и обеспечить им адекватное право изложить свою позицию по делу. Но они не просто наблюдают за представлением дела сторонами — скорее они вмешиваются в этот процесс, помогают сторонам понять суть их спора, предмет их разногласий и то, что нужно сделать для его разрешения. Урегулирование спора может потребовать вынесения решения арбитражным трибуналом или, возможно, нескольких решений по различным его аспектам, но вместе с тем весь спор или его часть также могут быть разрешены другими способами при активном участии арбитра.

Арбитры, действующие таким образом, не стремятся избегать выражения мнений по соответствующим позициям сторон. Напротив, они указывают, где они видят недостатки, когда утверждения недостаточно обоснованы, и где, возможно, придется дополнительно проработать аргументы. Эти арбитры согласны с тем, что их взгляды на дело формируются по мере того, как оно движется, и в какой-то мере они позволяют сторонам участвовать в развитии их мнений. Арбитражный трибунал принимает на себя ответственность за дело постепенно и перед глазами сторон.

Городские старейшины, описанные Дэвидом Ривкиным, скорее всего, относятся к такой категории: они являются интерактивными лицами, разрешающими спор. В отличие от этого, когда беспристрастные судьи принимают активный подход, они видят его в обеспечении эффективного представления сторонами своей позиции по делу. Но такие судьи не являются интерактивными и не помогают сторонам в разрешении их спора.

Было отмечено, что две указанные категории соответствуют различным правовым традициям. Беспристрастный судья часто рассматривается как стандартная модель для подражания в англосаксонской

правовой системе; Клод Реймонд (Claude Raymond) объяснял, что в глазах континентального юриста англосаксонский арбитр является «доброжелательным посторонним до момента принятия решения»<sup>1</sup>.

С другой стороны, лицо, разрешающее спор, соответствует правовой и процессуальной культуре в других частях мира, в частности в континентальных правовых порядках. Эта модель наиболее развита в судах и правовой системе Германии, которые следуют такому подходу. Когда-то два гарвардских профессора и немецкий судья, тщательно изучив германскую систему, резюмировали, вспоминая *«ностальгическую модель Иеремии Бентама о ходе судебного процесса, который следовал бы „естественному“ курсу, как если бы отец разрешал спор между своими детьми»*, то, как немецкие судьи рассматривают споры, следующим образом: *«...во многих отношениях немецкий процесс напоминает нам о модели Бентама в своем неоспоримо простом, неформальном, нетехническом подходе; и с некоторым преувеличением в немецком судье можно увидеть общий образ pater familias, наделенный вместе с тем некоторыми чертами бюрократа. Отвечая за справедливое разрешение заявленных перед ним разногласий, имея большую власть и не меньшую готовность к ее осуществлению, немецкий судья восседает и возвышается над сторонами, доминируя над сценой в зале суда; в то же время он постоянно нисходит на уровень тяжущихся, принимая на себя роли экзаменатора, снисходительного или придиричливого, наставника или советника, настойчивого примирителя»*<sup>2</sup>.

Германское процессуальное право развилось, в частности, в отношении «возвышенного» господства в зале суда. Если оно применяется в международном арбитраже, пример немецкого судьи, коммерческого судьи в Цюрихе или судьи в Австрии, безусловно, потребует некоторой корректировки, но в конце концов *pater familias*, описанный в цитате выше, имеет довольно существенное сходство с городским старейшиной, который вдохновил Дэвида Ривкина на создание новой парадигмы.

Обе описанные здесь модели и их отнесение к конкретным правовым системам являются результатом обобщений — реальность

<sup>1</sup> *Reymond C. The President of the Arbitral Tribunal // ICSID Review – Foreign Investment Law Journal. 1994. Vol. 9. Issue 1. P. 2.* Лорд Мастилл объясняет: *«Арбитры и юристы из стран общего права предпочли бы более сократический метод; при этом трибунал выступал бы в качестве рефери на соревновании, рассматривая свою функцию как выбор между двумя конкурирующими утверждениями»*.

<sup>2</sup> *Kaplan B., Mehren A. T. von, Schaefer R. Phases of Civil Procedure II // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71. No. 8. P. 1472.*

же куда сложнее, как показал Клод Реймонд в своей оригинальной статье, в которой анализируется предполагаемое четкое различие между состязательным англосаксонским и инквизиционным континентальным процессом<sup>1</sup>. Тем не менее различие между этими двумя категориями может быть полезно при рассмотрении разных подходов к процессу и возможностей для изменения процедуры международного арбитража.

### **6. Сбор доказательств и применение права: что является движущей силой процесса?**

Чтобы решить спор, арбитражу необходимо определить факты по делу и применить к ним право. Здесь также на практике можно найти различные подходы при определении того, как эти два существенных элемента взаимосвязаны.

Один из возможных подходов состоит в том, чтобы собрать все факты, прежде чем рассматривать, что говорит право о полученном фактическом составе. Другой подход начинается с иска, предъявленного заявителем, и правового обоснования, на которое он ссылается. Со ссылкой на правовую позицию, сформулированную истцом, определяются фактические элементы, которые должны быть представлены для того, чтобы иск был успешным. В зависимости от этих требований соответствующие доказательства идентифицируются, собираются и взвешиваются в части их доказательственной ценности.

Опять же, с той же оговоркой против обобщения можно сказать, что первый из этих подходов является преобладающим в англосаксонском праве. Этим объясняется большое значение досудебного раскрытия документов и других доказательств в соответствующих юрисдикциях. Стороны в суде и в более ограниченной степени в арбитраже несут совместную ответственность за сбор доказательств. Этот процесс ведется с использованием лишь довольно общего описания спора и его правовых параметров. После того как доказательства собраны и фак-

---

<sup>1</sup> *Reymond C. Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response // Arbitration International. 1989. Vol. 5. Issue 3. P. 357–368* (Реймонд очень уместно подчеркивает разнообразие гражданского процесса в странах континентального права и приводит в качестве примера Швейцарию, где до недавнего времени у всех кантонов были свои сильно отличающиеся друг от друга гражданские процессуальные кодексы); см. также: *Lord Justice Staughton. Common Law and Civil Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Common Lawyer's Response // Ibid. P. 351–357.*

ты могут быть определены, подлежат применению правовые нормы, которые вырастают из аналогичных дел.

Противоположный подход, в частности, применяется, когда используется *Relationstechnik*, которая была объяснена выше: перед тем как участвовать в сборе доказательств, суд или арбитр определяют, имеет ли иск или возражения на него надлежащую правовую основу. Только в этом случае доказательства принимаются в той мере, в какой они необходимы, т.е. только в тех случаях, когда утверждения оспариваются и являются определяющими для дела.

Данный подход значительно ограничивает объем рассматриваемых доказательств и повышает эффективность. Однако, с точки зрения англосаксонского юриста, такие ограничения трудно принять без строгой критики: как можно пытаться применить право, когда не все факты налицо и они не были надлежащим образом проанализированы?

*«Такой подход полностью чужд мышлению англосаксонского юриста, у которого факты на первом месте. Для международного арбитража это кажется ошибкой, но, несомненно, экономит деньги, как и другие предрассудки. Это тирания структуры, очень распространенная в любых академических кругах — не только в Германии и поддерживаемая составлением юридических текстов, если они считаются завершенными. Опять же, международные арбитры, которые родом из стран с этой традицией, должны быть хорошо осведомлены о ее границах, а арбитры из других стран — о ее недостатках»<sup>1</sup>.*

Хотя это несколько искаженное представление о методе релевантности, приведенная цитата иллюстрирует сопротивление такому подходу тех, кто традиционно предпочитает сперва собирать факты, а уже затем применять право, стремясь определить релевантность фактов только после того, как они были собраны.

Международные арбитры необязательно вписываются в эти противоположные доктринальные категории, но можно было бы ожидать, что при принятии интерактивной роли они будут стремиться содействовать процессу сбора доказательств со ссылкой на правовое обоснование дела, представленное сторонами. Хотя основная ответственность за сбор доказательств и их представление в арбитражном разбирательстве лежит на представителе, проведение процесса в интерактивном режиме путем руководства и обратной связи со стороны арбитражного трибунала

<sup>1</sup> *Dalhuisen J.H.H. Legal Reasoning and Powers of International Arbitrators* (3 March 2015) <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2393705](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2393705)> (последнее посещение — 24 февраля 2018 г.). P. 12 (fn. 30).

в значительной степени сокращает временные и финансовые затраты в широко применяемой ныне практике международного арбитража.

## 7. Вывод

Несомненно, жалобы на возрастающую сложность, продолжительность и стоимость арбитража не стихнут и станут все более настойчивыми; поток предложений, вероятно, будет соответственно увеличиваться. Подобные предложения могут, как и многие из них в прошлом, пытаться вылечить симптомы, устанавливая ограничения на объем заявлений, более короткие сроки, пределы стоимости и т.п., но вполне вероятно, что среди предложений будет, как и ранее, слышаться призыв к большей активности – даже интерактивности – арбитров.

Однако, как мне представляется, международная арбитражная практика – в том виде, в каком она развивается, – вряд ли станет более интерактивной. До тех пор пока никто не учитывает и правильно не описывает два фундаментальных вопроса – ролевую модель для арбитров и подход к сбору доказательств, мы вряд ли увидим много интерактивности. Беспристрастный судья, вероятно, станет образцом для подражания в будущем, и эта модель продолжит распространяться в регионах, где в прошлом арбитры (как и судьи) играли гораздо более активные роли.

Действительно, в международном арбитраже лицо, разрешающее спор, обычно было широко признанной моделью. Фали Нариман (Fali Nariman) напомнил нам об этой роли при чтении лекции Гоффа (Goff Lecture) под названием «Дух арбитража». Он начал с послания Мишеля Годе (Michel Gaudet), почетного президента Международного арбитражного суда ICC, определяющего *«l'esprit de l'arbitrage»*: *«Главной особенностью арбитража является взаимопонимание, которое дает возможность разрешить возникший конфликт. Цель арбитража заключается не в том, чтобы вывести из применимого права решение против сторон спора, а в разяснении вместе со сторонами того, что должно быть сделано в данной ситуации для достижения справедливости в рамках сотрудничества»*<sup>1</sup>.

Международный арбитраж в прежние времена не всегда мог быть столь идиллическим, как это видел президент Годе, но, похоже, арбитры отошли от образцовой модели лица, разрешающего спор, и,

---

<sup>1</sup> Nariman F.S. The Spirit of Arbitration: The Tenth Annual Goff Lecture // Arbitration International. 2000. Vol. 16. Issue 3. P. 261.

несмотря на многие предложения об обратном, все чаще принимают роль беспристрастного судьи.

Это чрезвычайно тревожная тенденция, если учесть растущее давление со стороны пользователей и в особенности арбитражных учреждений, требующих ускорения разбирательства. Практически без какого-либо контроля над содержанием их решения арбитры подталкиваются к процессу, где дают надбавку скорее за скорость, чем за решения, которые обеспечивают справедливое рассмотрение позиций сторон (и в частности, проигравшей стороны). Я выражаю надежду, что в интересах арбитража как удовлетворительного метода разрешения споров эта тенденция будет повернута вспять.

## ФИНАНСИРОВАНИЕ АРБИТРАЖА ТРЕТЬИМИ ЛИЦАМИ (THIRD-PARTY FUNDING): МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ И ПЕРСПЕКТИВЫ В РОССИИ

С.В. Морозов,  
LL.M.<sup>1</sup>

*Автор рассматривает относительно новый для российского и зарубежного права институт финансирования арбитража третьими лицами (далее – ФТЛ). Проанализированы различные определения такого финансирования и механизм осуществления ФТЛ; его преимущества и недостатки, в том числе связанные с доктринами *maintenance* и *champerty*; обязательства по раскрытию информации в арбитраже и возможные конфликты интересов в связи с ФТЛ; взыскание и обеспечение арбитражных расходов при стороннем финансировании, а также практика регулирования ФТЛ в отдельных зарубежных странах. Впервые в отечественной доктрине предпринята попытка комплексно осмыслить перспективы ФТЛ в России с позиций материального и процессуального права.*

*Ключевые слова: финансирование третьими лицами; обязательства по раскрытию информации; конфликт интересов; обеспечение расходов.*



---

<sup>1</sup> Автор благодарит А.А. Николаева и Е.Д. Репина за помощь в поиске доктринальных источников и материалов арбитражной практики. Все неточности остаются, несомненно, на совести автора.

## **THIRD-PARTY FUNDING OF ARBITRATION: INTERNATIONAL EXPERIENCE AND POSSIBLE USE IN RUSSIA**

**SERGEY MOROZOV,  
LL.M.**

*The author considers the funding of arbitration by third parties (hereinafter – TPF), which is a comparatively new development in the case of both Russian and foreign law. He analyzes different definitions of such financing and the TPF mechanism; its advantages and drawbacks, inter alia, related to the champerty and maintenance doctrines; disclosure obligations in arbitration and possible conflicts of interest in connection with TPF; the recovery and security of arbitration costs in the case of TPF, and also the practice of regulating TPF in certain foreign countries. This represents the first attempt in Russian doctrine to provide comprehensive insight on TPF in Russia from the perspectives of substantive and procedural law.*

*Keywords: third-party funding; disclosure obligations; conflict of interest; security for costs.*



## 1. Введение

Финансирование арбитража третьими лицами (далее – ФТЛ) является одной из наиболее острых и актуальных в настоящее время тем в международном арбитраже.

В ответ на экономические реалии, когда количество задействованных в данной отрасли игроков (финансовых и страховых компаний, хедж-фондов, стартапов в сфере ФТЛ) растет в геометрической прогрессии, а суммы финансирования исчисляются миллиардами долларов США, юристы в сфере арбитража обратили пристальное внимание на этот феномен.

Начиная приблизительно с 2012 г. данная тема прочно вошла в число обязательных секций на ведущих конференциях по арбитражу; издаются многочисленные англоязычные монографии, статьи, заметки в юридических блогах. В 2014 г. Международная ассоциация юристов (International Bar Association (IBA)) дополнила свои Руководящие принципы относительно конфликта интересов в международном арбитраже положениями, которые касаются раскрытия информации о спонсоре, чтобы избежать конфликта интересов между арбитрами и спонсором<sup>1</sup>.

Изучение ФТЛ ведется на системном уровне: сформирована авторитетная международная Рабочая группа из ведущих специалистов в этой сфере (ICCA-QMUL Third-Party Funding Taskforce)<sup>2</sup>, которая подготовила проект доклада о положении ФТЛ в современном мире международного арбитража и 1 сентября 2017 г. разместила его в открытом доступе для публичного обсуждения<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См. Общие стандарты 6(b) и 7(a) и пояснения к ним (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (adopted by resolution of the IBA Council on Thursday 23 October 2014). L.: IBA, 2014. P. 13–16 <[https://www.ibanet.org/Publications/publications\\_IBA\\_guides\\_and\\_free\\_materials.aspx](https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.)).

<sup>2</sup> Third-Party Funding <[http://www.arbitration-icca.org/projects/Third\\_Party\\_Funding.html](http://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Draft Report for Public Discussion of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (1 September 2017) <[http://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission\\_version\\_for\\_public\\_comment\\_finalversion.pdf](http://www.arbitration-icca.org/media/10/14053115930449/submission_version_for_public_comment_finalversion.pdf)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.) (далее – Draft Report). Несмотря

Страны, которые позиционируют себя в качестве благоприятствующих арбитражу, для еще большего привлечения арбитражных споров изменяют свое законодательство и прямо разрешают и регулируют ФТЛ (Гонконг, Сингапур). Европейские страны регулируют отдельные вопросы, связанные с ФТЛ, на уровне «мягкого права» и профессиональных рекомендаций адвокатам (Англия). Примечательно, что и ведущий конкурс по международному коммерческому арбитражу имени В. Виса включил проблему ФТЛ в дело для конкурса в 2018 г.<sup>1</sup>

В России институт ФТЛ пока не получил ни должного экономического наполнения, ни значительного внимания со стороны юридической общественности. Как таковых сильных отечественных игроков в данной сфере еще не наблюдается; среди известных автору можно отметить лишь интернет-ресурс *Platforma* И. Цветковой, частично связанный с ФТЛ<sup>2</sup>, а также фонд *NLF Group* М. Карпова, ставший широко известным в связи с финансированием в России исков пользователей смартфонов к компании *Apple*<sup>3</sup>. Между тем это не исключает приход на потенциальный российский рынок ФТЛ зарубежных финансовых компаний, зачастую имеющих сеть иностранных офисов.

Наиболее серьезная из известных автору отечественных работ по ФТЛ была подготовлена А. Башковой в 2014 г. в виде статьи в журнале «Вестник международного коммерческого арбитража»<sup>4</sup>. Иные материалы, имеющиеся в открытом доступе, включают в себя юридические блоги и презентации юристов российских и международных юридических фирм. Комплексное исследование ФТЛ в российской юридической доктрине отсутствует. Тем не менее стоит отметить появление осторожного интереса к данной теме со стороны практикующих юристов и арбитражных центров. 24 октября 2017 г. Арбитраж-

---

на просьбу авторов доклада не цитировать его на проектной стадии, мы все же полагаем уместным приводить ссылки на его страницы для удобства в ориентировании по документу.

<sup>1</sup> Twenty-Fifth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot <<https://vismoot.pace.edu/media/site/25th-vis-moot/the-problem/25thVisMootFinal.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Platforma <<https://platforma-online.ru/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Россияне готовят иски к Apple на десятки миллионов рублей (15 января 2018 г.) <<https://pravo.ru/news/view/147164/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> Башкова А.А. Финансирование международного третейского разбирательства третьей стороной (third-party funding): преимущества и недостатки, процессуальные риски на примере новейшей практики // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 1(8). С. 134–148.

ный центр при Институте современного арбитража провел первую дискуссию под названием «Современный арбитраж: Live», целиком посвященную проблемам ФТЛ<sup>1</sup>.

По мнению автора, волна интереса к ФТЛ, захлестнувшая переводной арбитражный мир, постепенно докатилась и до России. Представляется, что в ближайшее время все больше российских юристов и, соответственно, их клиентов – представителей бизнеса – откроют для себя этот новый для России способ управления рисками, связанными с разрешением споров. Стоит ожидать запроса со стороны бизнеса на объяснение феномена ФТЛ с юридической точки зрения, встраивание его в действующую систему регулирования материально-правовых и процессуальных отношений и придание ему упорядоченности со стороны регулирующих органов.

## 2. Определение ФТЛ

ФТЛ может быть определено как оказание лицом (далее – спонсор), которое не является участником арбитражного разбирательства и не имеет материально-правового интереса в предмете спора, финансовой поддержки участнику спора на основании соглашения с ним в обмен на получение вознаграждения (возмещения) в зависимости от результатов рассмотрения спора (как правило, в виде части взысканной суммы)<sup>2</sup>.

Само понятие ФТЛ является дискуссионным: отдельные авторы предлагают рассматривать его в широком смысле, включая все возможные способы финансирования при разрешении споров (в том числе «гонорары успеха», страхование на случай несения издержек на юридическое консультирование (before-the-event and after-the-event insurance), заем, кредит, факторинг, уступку прав требования, бесплатную правовую помощь, финансирование со стороны материнской компании и др.<sup>3</sup>), либо только в узком смысле, в качестве финансирования судебных и арбитражных процессов (включая коллективные иски, споры

---

<sup>1</sup> Modern Arbitration: LIVE. Discussing Arbitration in Comparative Perspective. Third-Party Funding <<https://www.youtube.com/watch?v=aWmCcG0xGMw>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> См. также: Draft Report. P. 39; *Goeler J. von*. Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure (= International Arbitration Law Library. Vol. 35). – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016. P. 2.

<sup>3</sup> *Goeler J. von*. Op. cit. P. 2.

о защите прав потребителей, споры из причинения вреда, семейные споры)<sup>1</sup>. По мнению автора, предпочтительным является определение ФТЛ в узком смысле (которое иногда именуется «litigation funding»)<sup>2</sup>. В настоящей статье будет рассмотрено ФТЛ в отношении именно международного арбитража.

Как правило, преимущественно финансируются расходы истцов, однако встречаются дела, когда спонсоры финансируют ответчиков<sup>3</sup>.

С экономической точки зрения ФТЛ представляет собой перераспределение рисков, связанных с инициированием и участием в судебном (арбитражном) процессе: в случае победы взысканная сумма разделяется между финансируемым лицом и спонсором согласно условиям соглашения о ФТЛ, а в случае проигрыша финансируемое лицо, как правило, не возмещает спонсору проинвестированную сумму. При этом интерес к такому механизму финансирования выражают не только лица, у которых недостаточно средств для оплаты юридических услуг и иных расходов в арбитраже, но и вполне платежеспособные и сильные в экономическом плане компании, которые используют ФТЛ для распределения рисков и поддержания ликвидности<sup>4</sup>.

При ФТЛ спонсор предварительно оценивает обстоятельства дела и обоснованность требований финансируемого лица. Во многом характер такой проверки напоминает действия юриста, работающего без предоплаты исключительно на основании «гонорара успеха»<sup>5</sup>. Во внимание принимаются следующие правовые, экономические, финансовые и иные факторы для предоставления финансирования: 1) достаточная сумма иска; 2) умеренные расходы по предоставлению финансирования; 3) крайне высокие шансы на победу; 4) платежеспособный ответчик; 5) неплатежеспособный истец или истец, желающий разделить со спонсором риски по финансированию судебного процесса; 6) природа материально-правового требования; 7) потенциальная продолжительность разбирательства; 8) обоснованность иска с материально-правовой точки зрения; 9) подоплека спора, мотивы истца, разумность его действий с коммерческой точки

<sup>1</sup> См. подробнее: *Goeler J. von. Op. cit. P. 2, 150.*

<sup>2</sup> *Ibid. P. 2.*

<sup>3</sup> *Ibid. P. 74.*

<sup>4</sup> *Draft Report. P. 142.*

<sup>5</sup> *Goeler J. von. Op. cit. P. 13, 16.*

зрения (например, отсутствие мотивов мести ответчику без оглядки на экономические реалии спора); 10) скорость исполнения решения, возможности для оспаривания; 11) юридическая команда, состав арбитров; 12) возможные отказы других спонсоров<sup>1</sup>. В ходе финансирования также осуществляется активный мониторинг дела и контроль за принятием ключевых процессуальных решений (к примеру, о составе или даже замене привлеченной юридической команды, о выборе арбитра (в случае если спонсор привлечен до его назначения), о стратегических вопросах ведения дела, расходовании бюджета на отдельные процессуальные действия, урегулировании спора и отзыве иска, прекращении финансирования), а также контроль в отношении иных вопросов, предусмотренных в соглашении о ФТЛ<sup>2</sup>.

На практике встречаются следующие экономические показатели ФТЛ: средние цены исков — от 1 до 25 млн долл. США (при этом иски с неимущественными требованиями, как правило, не финансируются)<sup>3</sup>; доходность при ФТЛ составляет 50–70 %, при этом есть примеры доходности в 300 %<sup>4</sup>; прогноз позитивного исхода дела должен составлять 60–70 %<sup>5</sup>; лишь 5–10 % дел от общего количества заявок спонсоры принимают в работу<sup>6</sup>.

Взаимоотношения спонсора и финансируемого лица строятся, как правило, по следующей модели: спонсор и финансируемое лицо утверждают бюджет по делу, на основании которого производятся основные ежемесячные выплаты юридическим представителям. Проекты счетов на оказание юридических услуг подлежат согласованию со спонсором, однако обязанным перед юридической фирмой остается финансируемое лицо, и спонсор осуществляет оплату таких счетов от имени последнего. Спонсор имеет право на часть

<sup>1</sup> *Goeler J. von*. Op. cit. P. 14–22.

<sup>2</sup> *Ibid.* P. 26–27, 35, 41–42.

<sup>3</sup> *Ibid.* P. 19. Также приводится порог в 5 млн ф. ст.: *Чумак Н., Стоппс Н.* Финансирование судебных споров: опыт Великобритании (5 июля 2017 г.) <<http://legalinsight.ru/finansirovanie-sudebnyh-sporov-opyt-velikobritanii/>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

<sup>4</sup> См.: *Essar Oilfield Services Ltd. v. Norscot Rig Management Pvt Ltd.*, [2016] EWHC 2361 (Comm.) (приводится по: Draft Report. P. 126).

<sup>5</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Third-Party Funding in International Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2017. P. 105, 110.

<sup>6</sup> *Goeler J. von*. Op. cit. P. 25.

взысканной суммы в соответствии с соглашением о ФТЛ в зависимости от успешности дела (обычно 20–40 % либо трехкратная сумма первоначальных инвестиций в зависимости от того, что окажется выше)<sup>1</sup>.

Примечательно, что немецкие спонсоры заключают негласное соглашение об уступке прав требования от финансируемого лица в пользу спонсора, что выступает обеспечением возможных требований спонсора к финансируемому лицу; спонсор при этом получает статус «процессуального истца», уполномоченного на защиту нарушенного права финансируемого лица в судебном порядке и взыскание денежных средств с ответчика, при условии что они поступают на специальный счет юридического представителя для последующего распределения между финансируемым лицом, спонсором и, возможно, самим представителем. В Англии такая цессия может привести к лишению соглашения о ФТЛ исковой защиты в связи с нормами о *champerty* (см. подробнее п. 3.1 ниже), поэтому интерес спонсора распространяется лишь на вырученную сумму, которая также должна поступать на специальный счет<sup>2</sup>.

### 3. Преимущества и недостатки ФТЛ

Основным преимуществом ФТЛ называют доступ к правосудию лиц, не обладающих достаточными средствами для оплаты юридических услуг и иных статей расходов в дорогостоящем арбитраже<sup>3</sup>. Как отмечал И. Бентам, «*достаток имеет монополию на правосудие, в отличие от бедности*»<sup>4</sup>.

Иным положительным последствием ФТЛ является распределение рисков, связанных с участием в арбитражном разбирательстве, между финансируемым лицом и спонсором согласно их экономическим интересам. Финансируемое лицо получает возможность защитить свое нарушенное право в судебном порядке, при этом не снижая уровень ликвидности<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Goeler J. von. P. 29–30, 42–43.

<sup>2</sup> Ibid. P. 31–32, 45–46.

<sup>3</sup> Ibid. P. 1; Draft Report. P. 124; Nieuwveld L.B., Sahani V.S. Op. cit. P. 106.

<sup>4</sup> Цит. по: Goeler J. von. Op. cit. P. xxiv, 83.

<sup>5</sup> Ibid. P. 83; Draft Report. P. 142.

Одним из главных недостатков ФТЛ и вызываемой им угрозой называют стимулирование подачи необоснованных исков<sup>1</sup>. Стимулирование, по-видимому, заключается в том, что без дополнительного финансового «плеча» истец не стал бы обращаться с необоснованным иском. Спонсор может настаивать на агрессивной тактике, имеющей своей целью склонить ответчика к мирному урегулированию необоснованного иска<sup>2</sup>. Либо спонсор может включить в свое портфолио инвестиций параллельно с исками, имеющими высокие шансы на успех, финансирование «слабого» и высокорискового иска, который, однако, в случае выигрыша принесет значительно большую прибыль, чем менее рискованный актив<sup>3</sup>. Особенно остро этот вопрос встает в инвестиционном арбитраже, когда государства могут быть втянуты в арбитражные разбирательства для удовлетворения каких-либо скрытых интересов истцов или спонсоров.

Теоретически щедро проспонсированный и заведомо проигрышный иск может тем не менее обернуться для истца и спонсора победой, если они будут всеми способами затягивать арбитражное разбирательство и вынудят «обескровленного» ответчика сдаться и отказаться от перспективного вливания денежных ресурсов<sup>4</sup>.

Между тем при ближайшем рассмотрении эти аргументы кажутся малоубедительными. Учитывая жесткий отбор и критерии, применяемые спонсорами для выбора финансируемого иска, представляется неправдоподобным, чтобы ФТЛ вызывал к жизни значительное число необоснованных исков, заметное на общем фоне.

### 3.1. Доктрины *maintenance* и *champerty*

Вопрос о допустимости ФТЛ и его возможном негативном влиянии на подачу необоснованных исков тесно связан с доктриной *maintenance* и *champerty* в странах общего права.

---

<sup>1</sup> *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Litigation Funding: Status and Issues (Oxford Legal Research Paper No. 49 (July 2012)) <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2126506](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2126506)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). P. 13; *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2011/11/07/third-party-funding-maintenance-and-champerty-where-is-it-thriving/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 138.

<sup>2</sup> *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

<sup>3</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 22.

<sup>4</sup> *Карабельников Б.Р.* Международный коммерческий арбитраж: Учебник. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 168.

Истоки ФТЛ следует искать в Австралии и затем в Соединенном Королевстве, несмотря на то что оба государства сохранили принципы *maintenance* и *champerty*<sup>1</sup>. *Maintenance* определяется как финансирование обладателя материально-правового требования для его защиты в судебном порядке, когда у спонсора отсутствуют какая-либо связь или действительный интерес в самом праве требования. *Champerty* добавляет к этому определению также то, что спонсор имеет прямой финансовый интерес в последствиях рассмотрения иска и получает в зависимости от этого долю в выигрыше<sup>2</sup>. *Barratry* включает в себя ситуации, когда спонсор постоянно подстрекает к подаче исков и «раздувает ссоры»<sup>3</sup>.

Объявление *maintenance* и *champerty* «аморальными» и противоречащими публичному порядку восходит к работе И. Бентама 1787 г. «Защита лихвы», в которой он так описывал их появление: «Зло... заключается в том, что человек купит слабый иск в надежде, что власть может превратить его в более сильный и что меч барона, гордо вступающего в суд с кипой таких соглашений, может посеять ужас в глазах судьбы»<sup>4</sup>. В целом запрет *maintenance* и *champerty* был направлен на сохранение чистоты судебного процесса и предотвращение спекуляции на нем со стороны не заинтересованных в отправлении правосудия лиц, чьи действия приравнивались к процессуальному злоупотреблению<sup>5</sup>. Помимо этого, запрет был обусловлен тем, что стороннее финансирование могло повлечь дачу ложных свидетельских показаний,

<sup>1</sup> *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011).

<sup>2</sup> Chitty on Contracts. 28<sup>th</sup> ed. / H.G. Beale (ed.). Vol. 1: General Principles. L.: Sweet & Maxwell, 1999. Para. 17-050; см. также: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12 ff.; *Nieuwveld L.B.* Third Party Funding – Maintenance and Champerty – Where is it Thriving? (7 November 2011); *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 111.

<sup>3</sup> *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

<sup>4</sup> «*A mischief... was, that a man would buy a weak claim, in hopes that power might convert it into a strong one, and that the sword of a baron, stalking into court with a rabble of retainers at his heels, might strike terror into the eyes of a judge upon the bench*» (*Bentham J.* Defence of Usury // *Jeremy Bentham's Economic Writings* / W. Stark (ed.). Vol. I. L.; NY: Routledge, 2003. P. 165).

<sup>5</sup> *Radin M.* Maintenance by Champerty // *California Law Review*. 1935. Vol. 24. No. 1. P. 48–78; *Bodkin E.H.* The Law of Maintenance and Champerty. – L.: Stevens & Sons, 1935; *Dennis A.H.* The Law of Maintenance and Champerty // *Law Quarterly Review*. 1890. Vol. 6. P. 169–188; *Winfield P.H.* The History of Maintenance and Champerty // *Law Quarterly Review*. 1919. Vol. 35. P. 50–72 (приводится по: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12 (fn. 11)).

особенно в состязательном процессе<sup>1</sup>. Впоследствии в Англии в 1967 г. и уголовные преступления, и деликты *maintenance* и *champerty* были упразднены<sup>2</sup>, однако «сутяжнические» соглашения о внешнем финансировании могли быть признаны лишёнными правовой защиты по причине их противоречия публичному порядку<sup>3</sup>. Таким образом, в настоящее время в английской судебной практике вопрос о сохранении доктрин *maintenance* и *champerty* лежит в плоскости признания исполнимости соглашений о ФТЛ.

Современное состояние доктрин *maintenance* и *champerty* было описано судьей Колсоном (Coulson J) в решении по делу *London & Regional (St. George's Court) Ltd. v. Ministry of Defence & Anor.*<sup>4</sup>: тот факт, что услуги по ведению судебного процесса были оказаны в обмен на обещание части взысканной суммы, сам по себе не означает, что это обещание должно быть неисполнимым; в пользу признания соглашения незаконным на основе *maintenance* и *champerty* может свидетельствовать тенденция развратить правосудие; современная практика демонстрирует более гибкий подход, и такие соглашения не признаются неисполнимыми<sup>5</sup>.

Между тем Верховный суд Ирландии недавно принял решение, согласно которому ФТЛ было признано недопустимым со ссылкой на доктрины *maintenance* и *champerty*<sup>6</sup>. В Ирландии эти институты относятся к деликтам и правонарушениям согласно положению Закона 1634 г. (Maintenance and Embracery Act 1634), которое осталось в силе, несмотря на законодательную реформу 2007 г. Само соглашение о ФТЛ было признано ничтожным, как противоречащее закону, а «сутяжничество» проявилось в том, что у спонсора отсутствовал какой-либо добросовестный (*bona fide*) интерес в финансируемом деле.

<sup>1</sup> *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 12.

<sup>2</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 112.

<sup>3</sup> *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

<sup>4</sup> [2008] EWHC 526 (TCC), para. 103 (со ссылкой на: *Mansell v. Robinson*, [2007] EWHC 101 (QB) (Underhill J)) <<http://www.nadr.co.uk/articles/published/ConstructionRep/London%20v%20MOD%202008.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>5</sup> См. подробнее: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 13.

<sup>6</sup> *Persona Digital Telephony Ltd. & Anor. v. The Minister for Public Enterprise & Ors.*, [2017] IESC 27; см. подробнее: Third Party Funding in Ireland: Persona non grata? (May 2017) <<https://shepweed.com/sites/default/files/Third%20Party%20Funding%20in%20Ireland%20persona%20non%20grata.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). Автор выражает признательность Р. Ходькину за ценное указание на этот судебный акт.

В качестве одного из недостатков ФТЛ также называют возможное противодействие спонсора мирному разрешению споров, когда он может сорвать заключение мирового соглашения между финансируемым лицом и оппонентом последнего, если это противоречит интересам спонсора<sup>1</sup>. Представляется допустимой и обратная ситуация, когда спонсор может подталкивать финансируемое лицо к заключению мирового соглашения, которое выгодно для спонсора, но невыгодно для финансируемого лица.

Следующий недостаток ФТЛ заключается в том, что спонсор может чрезмерно контролировать действия финансируемого лица в ходе арбитража, включая вопросы о выборе (смене) команды юристов (при наличии сомнений в их профессионализме; здесь, однако, уместна дискуссия о том, обоснованно ли это, ведь именно они обеспечивают возврат вложенных спонсором инвестиций), а также кандидатуры арбитра<sup>2</sup>. Пределы контроля со стороны спонсора возможно урегулировать в соглашении о ФТЛ.

В качестве недостатка ФТЛ также называют возможное предубеждение (bias) арбитров, поскольку привлечение сильного спонсора, который предварительно оценил исковое требование, его обоснованность и признал его достаточно перспективным, способно оказать влияние на арбитров и заставить их (иногда неосознанно) быть более предрасположенными к удовлетворению требований финансируемой стороны<sup>3</sup>.

## 4. Отдельные процессуальные проблемы при ФТЛ

### 4.1. Раскрытие информации о ФТЛ и спонсоре

Деньги любят тишину.  
*Д. Рокфеллер*

Вопрос о раскрытии информации о ФТЛ является центральным в этой сфере деятельности<sup>4</sup>. Пристальное внимание и дебаты вокруг

---

<sup>1</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 95; *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 137.

<sup>2</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 27, 126; Draft Report. P. 24; *Баикова А.А.* Указ. соч. С. 139, 142.

<sup>3</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 24, 126, 159.

<sup>4</sup> *Scherer M., Goldsmith A., Fléchet C.* Third Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives // *Revue de droit des affaires internationales / In-*

вопроса о раскрытии информации о ФТЛ, о личности спонсора и об условиях финансирования вызваны тем влиянием, которое оказывает ФТЛ на арбитраж, и связанными с этим процессуальными рисками. Естественно, что, к примеру, простое получение участником арбитража кредита в банке для оплаты арбитражных сборов и расходов на юристов не вызовет таких споров в отношении раскрытия, которые возникают вокруг ФТЛ. Подлежит ли ФТЛ раскрытию в арбитраже? Или, как отмечает Й. фон Гёлер, привлечение ФТЛ — это такое же не подлежащее раскрытию сугубо частное коммерческое решение участника спора, как и обращение к страховщику, банку, юристу, работающему по «гонорару успеха», или к состоятельной бабушке руководителя компании?<sup>1</sup>

Попутно Й. фон Гёлер ссылается на аналогичное отсутствие необходимости раскрывать структуру корпоративного управления участника спора. Стоит отметить, что эта ссылка является не вполне обоснованной, поскольку некоторые юрисдикции видят определенный интерес в том, чтобы узнать, какое лицо в действительности стоит за иском. К примеру, каждый документ, подаваемый в Верховный суд США, должен содержать уведомление о раскрытии корпоративной структуры. Это означает, что должны быть указаны материнские компании и любые публичные компании, имеющие 10 % и более в уставном капитале лица, которое обращается в Верховный суд США<sup>2</sup>.

Отправной точкой в этом наиболее спорном моменте ФТЛ является достижение договоренности о применимых дефинициях. Без определения того, чем же является ФТЛ, и ограничения относимой информации, которая может подлежать раскрытию, наложение на сто-

---

ternational Business Law Journal. 2012. N° 2. P. 217 <<https://ssrn.com/abstract=2348737>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

<sup>1</sup> *Goeler J. von*. Op. cit. P. 138, 152. См. схожую позицию, на которую ссылается Й. фон Гёлер: *Hodges Chr., Peysner J., Nurse A.* Op. cit. P. 93.

<sup>2</sup> Rules of the Supreme Court of the United States. Rule 29(6). Filing and Service of Documents; Special Notifications; Corporate Disclosure Statement <[https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule\\_29](https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_29)> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.). Й. фон Гёлер далее приводит это правило, однако со ссылкой на К. Богарта толкует его в пользу своего аргумента об отсутствии необходимости в раскрытии ФТЛ, поскольку и Правила Верховного суда США не требуют раскрывать профессиональных спонсоров, привлеченные банки и страховые компании (см.: *Bogart Chr.* 4. Overview of Arbitration Finance // Third-Party Funding in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10) / В.М. Cremades, А. Dimolitsa (eds.) (ICC Publication No. 752E). — P.: ICC Pub., 2013. P. 53 (приводится по: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 153)).

рону спора обязанности раскрывать всю информацию, связанную с ФТЛ, будет чрезмерным и трудно реализуемым. Любое раскрытие информации может быть оспорено в последующем другой стороной как неполное именно по причине того, что стороны придавали разное значение этому термину<sup>1</sup>.

Споры вокруг раскрытия ФТЛ находятся в общем русле дискуссии о повышении прозрачности международного арбитража в целях обеспечения предсказуемости при использовании этого способа разрешения споров и предотвращения возможных злоупотреблений (к примеру, «отмывания» доходов, полученных преступным путем)<sup>2</sup>.

Для чего может понадобиться раскрывать информацию о ФТЛ? Основные причины следующие:

1) проверка конфликта интересов: без информированности о том, что в деле участвует спонсор, арбитры не смогут проверить наличие конфликта интересов и при необходимости отказаться от принятия полномочий или раскрыть необходимую информацию;

2) возражения против заявления ответчика об обеспечении расходов (security for costs): предоставив информацию о привлечении спонсора, истец может обосновать свое финансовое положение;

3) возмещение расходов, понесенных в связи с арбитражным разбирательством (в том числе дополнительной суммы, подлежащей уплате спонсору в случае выигрыша истца): без предоставления информации о привлечении спонсора и условиях его вознаграждения третейский суд, вероятнее всего, откажет во взыскании такой дополнительной суммы в связи с недоказанностью несения расходов<sup>3</sup>;

4) повышение прозрачности и точная идентификация участника спора («to identify the true party of the case»)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 151.

<sup>2</sup> Ibid. P. 141; *Rogers C.A.* Transparency in International Commercial Arbitration // *Kansas Law Review*. 2006. Vol. 54. P. 1301–1337 <[https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac\\_works](https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1233&context=fac_works)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> См.: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 160.

<sup>4</sup> *Muhammet Çap & Sehil İnşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/12/6, Decision on Respondent's Objection to Jurisdiction under Article VII(2) of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty (13 February 2015), ¶ 50 (цитата из: Procedural Order No. 2 (23 June 2014), ¶ 10(b)) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4163.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 84.

В случае принятия положительного решения о раскрытии информации о ФТЛ неизбежно возникают следующие вопросы<sup>1</sup>:

- 1) какие виды ФТЛ подлежат раскрытию;
- 2) кто должен быть инициатором раскрытия информации (спонсор, финансируемое лицо, третейский суд, юридический представитель стороны);
- 3) в какой момент времени информация должна быть раскрыта (при первой возможности, при возникновении потребности в раскрытии);
- 4) в каком объеме информация должна быть раскрыта (факт ФТЛ, личность спонсора, условия финансирования, частичный либо полный текст соглашения о ФТЛ);
- 5) каким образом информация должна быть раскрыта (одновременно лицам, участвующим в деле, и третейскому суду; либо вначале третейскому суду, который затем принимает решение о пределах раскрытия информации другим лицам);
- 6) какие санкции и меры принуждения могут быть наложены на нарушителя?

Между тем отмечается, что раскрытие информации о ФТЛ (даже в том случае, если ФТЛ никак не влияет на процессуальные аспекты арбитража) зачастую может повлечь за собой подачу необоснованных отводов арбитрам и заявлений об обеспечении расходов (*security for costs*) для взвинчивания расходов на арбитражное разбирательство и сведения на нет целесообразности привлечения спонсора<sup>2</sup>, а также в целом для затягивания арбитража<sup>3</sup>. Кроме того, это может вызвать подачу произвольных запросов о предоставлении все большего объема информации о ФТЛ, надуманные аргументы о взаимосвязи ФТЛ и будто бы слабой позиции истца по делу, а также неожиданные встречные иски для «стравливания» спонсора и финансируемого лица (якобы это может навести спонсора на мысль, что финансируемое лицо раскрыло не все обстоятельства дела и умолчало о рисках, свя-

---

<sup>1</sup> См. также: *Goeler J. von. Op. cit. P. 150*; *Scherer M. Third-Party Funding in International Arbitration: Towards Mandatory Disclosure of Funding Agreements? // Third-Party Funding in International Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 10) / B.M. Cremades, A. Dimolitsa (eds.) (ICC Publication No. 752E). P. 96*; *Goldstein M.J. Should the Real Parties in Interest Have to Stand Up? – Thoughts about a Disclosure Regime for Third-Party Funding in International Arbitration // Transnational Dispute Management. 2011. Vol. 8. Issue 4. P. 24* (приводится по: *Goeler J. von. Op. cit. P. 150 (fn. 153)*).

<sup>2</sup> Draft Report. P. 69.

<sup>3</sup> Ibid. P. 77.

занных со встречными исками, для получения более выгодных условий финансирования)<sup>1</sup>.

Наиболее ярким противником раскрытия любой информации о ФТЛ является Й. фон Гёлер. Основные идеи гл. 4, посвященной раскрытию информации о ФТЛ, в его фундаментальном труде «Third-Party Funding in International Arbitration and Its Impact on Procedure» могут быть сведены к следующему:

1) само по себе ФТЛ не влечет возникновения обязанности задействованных лиц раскрывать информацию. В том случае, если ФТЛ может повлиять на арбитраж с процессуальной точки зрения, вопрос о раскрытии может быть адекватно разрешен с учетом уже установленных механизмов по раскрытию конфликтов интересов, информации о расходах, понесенных в связи с арбитражным разбирательством, и т.д.<sup>2</sup>;

2) действующие арбитражные правила и законодательство отдельных стран не предусматривают обязанности лиц, получающих ФТЛ, раскрывать информацию об этом<sup>3</sup>;

3) возможные злоупотребления, связанные с сокрытием информации о ФТЛ, нивелируются экономической заинтересованностью спонсоров и финансируемых лиц в скорейшем вынесении законного и обоснованного решения и его исполнении для возврата инвестиций. По мнению Й. фон Гёлера, при наличии необходимости спонсор будет первым заинтересован в раскрытии информации, к примеру, о конфликте интересов, поскольку в противном случае он сознательно идет на риск получения арбитражного решения, подлежащего отмене при вскрытии факта ФТЛ<sup>4</sup>.

Однако господствующей в настоящее время является точка зрения, согласно которой ФТЛ подлежит раскрытию<sup>5</sup>. В исследовании *Queen Mary School of International Arbitration*, проведенном в 2015 г., приводятся следующие показатели: 76 % респондентов отметили, что раскры-

<sup>1</sup> Goeler J. von. Op. cit. P. 156, 158, 160; Nieuwveld L.B. NAI Jong Oranje Hosts Third-Party Funding Event (20 October 2012) <<http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/10/20/nai-jong-oranje-hosts-third-party-funding-event/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: *Waterhouse v. Contractors Bonding Ltd.*, HC Auckland, CIV-2010-404-3074 (13 December 2010); *Contractors Bonding Ltd. v. Waterhouse*, [2012] NZCA 399, [2012] 3 NZLR 826 (CA); *Waterhouse v. Contractors Bonding Ltd.*, [2013] NZSC 89.

<sup>2</sup> Goeler J. von. Op. cit. P. 126, 160.

<sup>3</sup> Ibid. P. 126.

<sup>4</sup> Ibid. P. 155.

<sup>5</sup> Draft Report. P. 68.

тие информации о ФТЛ должно быть обязательным; за обязательное раскрытие личности спонсора высказались 63 % опрошенных; зато против полного раскрытия условий соглашения о ФТЛ выступили 71 % респондентов<sup>1</sup>.

Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ рассматривает вопросы раскрытия информации о ФТЛ и конфликта интересов совместно. Согласно предварительным рекомендациям Рабочей группы *ICCA-QMUL* по ФТЛ, в проекте доклада предложены два варианта раскрытия: 1) финансируемое лицо обязано самостоятельно раскрыть информацию о наличии ФТЛ и личности спонсора арбитрам и арбитражному институту или назначающему органу (при наличии) либо при первом появлении в процессе или подаче первого состязательного документа, либо при первой возможности после предоставления ФТЛ или заключения соглашения о ФТЛ; 2) арбитры и арбитражные учреждения обладают полномочиями потребовать от сторон раскрыть информацию о возможном ФТЛ и личности спонсора в ходе процедуры выбора и назначения арбитров<sup>2</sup>. Авторы проекта доклада подчеркивают, что для целей проверки конфликта интересов информации о наличии ФТЛ и личности спонсора должно быть достаточно и чрезмерное раскрытие может привести к излишним задержкам и значительным расходам, вызванным необоснованными отводами арбитров или безосновательными запросами финансовой информации или соглашений о ФТЛ<sup>3</sup>.

Таким образом, Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ отвечает на поставленные выше вопросы следующим образом.

1. Раскрытию подлежит ФТЛ (и, возможно, различные виды страхования как составная часть ФТЛ – этот вопрос еще является дискуссионным), имеющее следующие элементы: 1) финансирование со стороны 2) физического или юридического лица, которое не является участником спора, но которое 3) заключает соглашение с участником спора, его аффилированным лицом или его юридической фирмой – представителем в споре для 4) финансирования части или всех судебных расходов 5) в отношении отдельного дела или в качестве портфолио путем 6) пожертвования или гранта либо 7) в обмен на вознаграждение в зависимости от результатов рассмотрения дела.

---

<sup>1</sup> 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration / Queen Mary University of London; White & Case. P. 48 <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Draft Report. P. 65.

<sup>3</sup> Ibid. P. 66.

2. Инициатором раскрытия информации должны быть финансируемая сторона либо третейский суд, арбитражное учреждение или назначающий орган.

3. Информация должна быть раскрыта либо при первой возможности, либо в ходе выбора и назначения арбитров.

4. Должна быть раскрыта информация о наличии ФТЛ и личности спонсора.

5. Информация должна быть раскрыта арбитрам, арбитражному учреждению или назначающему органу.

6. Санкции и меры принуждения за нарушение данной обязанности не предусмотрены.

Следует признать, что изложенный в проекте доклада подход представляется разумным и обоснованным. Полностью отдавать вопрос о раскрытии информации о ФТЛ на откуп самим спонсорам и (или) финансируемым сторонам, как предлагает Й. фон Гёлер, представляется слишком рискованным, поскольку вполне возможны ситуации, когда сведения о потенциальном конфликте интересов будут скрыты, несмотря на угрозу последующей отмены арбитражного решения. У третейского суда и противной стороны практически не имеется эффективных способов получить информацию о ФТЛ, кроме как от самих спонсора и финансируемого лица. В связи с таким информационным дисбалансом представляется справедливым возложить на лиц, участвующих в ФТЛ, обязанности по раскрытию соответствующей информации.

При этом третейский суд и участники разбирательства могут нивелировать возможные злоупотребления противной стороны, пытающейся воспользоваться информацией о ФТЛ для затягивания процесса, заявления необоснованных отводов арбитрам и требований о предоставлении документов, путем использования уже доступных санкций<sup>1</sup>.

#### **4.2. Конфликт интересов**

Основополагающим принципом международного арбитража является независимость и беспристрастность арбитров<sup>2</sup>. Независимость представляет собой объективный критерий, согласно которому арбитр не должен иметь каких-либо недопустимых взаимоотношений

<sup>1</sup> Draft Report. P. 77. С этим соглашается и Й. фон Гёлер (см.: *Goeler J. von. Op. cit.* P. 160).

<sup>2</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Arbitration. 6<sup>th</sup> ed. — Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 254; *Goeler J. von. Op. cit.* P. 251.

с участником разбирательства. Беспристрастность выступает в качестве субъективного критерия, связанного с наличием у арбитра различных предубеждений в отношении одной из сторон разбирательства или предмета спора<sup>1</sup>. Указанное требование предназначено для того, чтобы обеспечить рассмотрение арбитрами спора по существу исключительно на основе обстоятельств дела и представленных доказательств, без влияния на вынесенное решение каких-либо иных, дополнительных факторов<sup>2</sup>.

Конфликт интересов при участии в деле спонсора может заключаться, таким образом, в наличии каких-либо взаимоотношений между арбитром и спонсором, которые могут повлиять на вынесение независимого и беспристрастного решения. Типичная ситуация, рассматриваемая в связи с ФТЛ, может быть описана следующим образом.

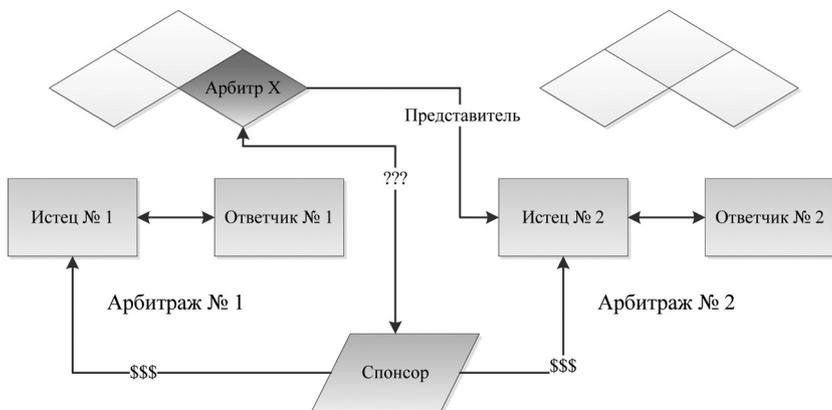
Представим два самостоятельных арбитражных дела, не связанных между собой ни по субъектному составу участвующих лиц, ни по предметам спора: Арбитраж № 1 и Арбитраж № 2. Спонсор финансирует Истца № 1 в Арбитраже № 1, где госпожа Х является назначенным Истцом № 1 арбитром. Этот же спонсор финансирует Истца № 2 в самостоятельном Арбитраже № 2, где госпожа Х выступает юридическим представителем Истца № 2<sup>3</sup>. При таких обстоятельствах возникает вопрос: влияют ли задействованность спонсора в Арбитраже № 2 и его возможные связи с представителем Истца № 2 — госпожой Х на независимость и беспристрастность госпожи Х в Арбитраже № 1 (см. схему 1)?

<sup>1</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265; *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; *Курочкин 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. Хвалеев; Отв. ред. А.В. Грищенко. — М.: РПА, 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).

<sup>2</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 255; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265.

<sup>3</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 251.

Схема 1



Чтобы ответить на этот вопрос, прежде всего необходимо определиться с критериями наличия конфликта интересов, а также с применимыми правовыми актами и нормами так называемого «мягкого права».

Несмотря на то что почти все развитые правовые порядки закрепляют общие требования к независимости и беспристрастности арбитров<sup>1</sup>, каких-либо конкретных критериев для оценки независимости и беспристрастности в международных правовых актах и (или) в национальном законодательстве обычно нет.

Соответственно, при оценке конфликта интересов наиболее часто используются инструменты «мягкого права», которые по общему

<sup>1</sup> *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. P. 1762 ff.; *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 151. См., например, ст. 12(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («Отвод арбитру может быть заявлен только в том случае, если существуют обстоятельства, вызывающие обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости, либо если он не соответствует требованиям, предъявляемым в соглашении сторон»), § 10(a)(2) Федерального арбитражного акта США (Federal Arbitration Act) (решение может быть отменено, если имеются «явная предвзятость, или коррупция арбитров, или и то и другое»), ст. 24(1)(a) английского Закона об арбитраже (Arbitration Act) (арбитр может быть отведен, если «имеются обоснованные сомнения в его беспристрастности»), абзац второй ст. 1456 французского ГПК (Code de procédure civile) «Арбитр обязан раскрыть любые обстоятельства, которые могут повлиять на его независимость или беспристрастность, перед принятием полномочий» (выделено мной. — С.М.) и т.д. См. также: *Born G.B.* Op. cit. P. 1764—1772.

правилу не имеют обязательного характера, но часто применяются на практике<sup>1</sup>. Для оценки конфликта интересов в отношении проблемы ФТЛ можно обратить внимание на следующие документы.

1. *Правила Международной ассоциации юристов об этике для международных арбитров (IBA Rules of Ethics for International Arbitrators) 1987 г.*, которые в связи с неразвитостью отношений по ФТЛ во время их принятия не содержали положений, связанных с участием спонсора, однако оперировали понятием зависимости исходя из отношений арбитра и одной из сторон или лица, тесно связанного с одной из сторон спора. Спонсор, таким образом, теоретически мог подпадать под категорию лица, тесно связанного со стороной спора.

2. *Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) 2004 г.*, которые заменили Правила 1987 г. При этом Правила 1987 г. продолжают действовать в отношении вопросов, не затронутых Руководящими принципами 2004 г.<sup>2</sup> Эти Руководящие принципы также не регулировали вопросы участия спонсоров и ФТЛ в целом.

Ключевым отличием Руководящих принципов 2004 г. было закрепление критериев оценки конфликта интересов в так называемых Красном, Оранжевом и Зеленом перечнях, предусматривающих различные последствия по раскрытию и дисквалификации арбитров<sup>3</sup>. В перечнях фигурируют, как правило, отношения арбитров со сторонами и их аффилированными лицами, которые могут дать основания для сомнений в независимости и беспристрастности арбитров. Й. фон Гёлер предлагает анализировать проблему конфликта интересов при ФТЛ исходя из Руководящих принципов 2004 г., рассматривая спонсора в качестве аффилированного со стороной лица<sup>4</sup>.

3. *Руководящие принципы Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже (IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration) 2014 г.*, которые обновили Руководящие принципы 2004 г., особенно Общие стан-

<sup>1</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 258; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 257; *Waincymer J.* Procedure and Evidence in International Arbitration. – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2012. P. 296.

<sup>2</sup> Параграф 8 введения к Руководящим принципам 2004 г.

<sup>3</sup> См. подробнее: *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 257; *Waincymer J.* Op. cit. P. 295 ff.; *Асоков А.В.* Указ. соч. С. 145 сл.

<sup>4</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 265.

дарты 6 и 7 применительно к вопросам ФТЛ. В частности, Общий стандарт 6(b) при определении того, имеется ли конфликт интересов и необходимо ли раскрывать такую информацию, указывает, что *«[e]сли одной из сторон спора является юридическое лицо, то любое юридическое или физическое лицо, имеющее прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением, может быть рассмотрено как идентичное такой стороне спора»*.

В пояснении к Общему стандарту 6(b) закреплено, что каждая такая ситуация должна быть рассмотрена индивидуально. Руководящие принципы 2014 г. также отличаются от версии 2004 г. тем, что Общий стандарт 6(b) вводит дискреционный элемент *«может быть рассмотрено»* (*«may be considered»*), а аналогичное положение 2004 г. (применительно к контролирующим лицам) закрепляло более императивную форму *«должно быть рассмотрено»* (*«shall be considered»*)<sup>1</sup>.

В качестве лиц, которые могут иметь прямой экономический интерес в арбитражном решении и, следовательно, рассматриваться в качестве стороны спора, указаны спонсоры (third-party funders) и страховщики (insurers). Для целей Общего стандарта 6(b) термины «спонсор» и «страховщик» определяются в пояснениях к данному стандарту через следующие элементы: 1) юридическое или физическое лицо, 2) которое осуществляет финансирование или иную материальную поддержку (*«contributing funds, or other material support»*) 3) для преследования в судебном порядке или защиты по делу (*«to the prosecution or defence of the case»*) и 4) которое имеет прямой экономический интерес в арбитражном решении или обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением.

Соответственно, используемый в Руководящих принципах 2014 г. прием регулирования заключается в том, что если в Красном, Оранжевом и Зеленем перечнях упоминается сторона спора, то в качестве таковой можно рассматривать и спонсора<sup>2</sup>.

Й. фон Гёлер отмечает, что определение спонсора, содержащееся в пояснении к Общему стандарту 6(b), уже самого Общего стандарта 6(b), поскольку включает дополнительное требование по предоставлению финансирования для возбуждения дела или защиты по нему<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Goeler J. von. Op. cit. P. 262.

<sup>2</sup> Ibid. P. 260.

<sup>3</sup> Ibid. P. 261.

Руководящие принципы 2014 г. не разъясняют, что понимается под прямым экономическим интересом, вследствие чего некоторые исследователи отмечают излишнюю широту и неясность данного понятия<sup>1</sup>. Й. фон Гёлер полагает, что интерес спонсора при ФТЛ удовлетворяет этому критерию<sup>2</sup>, однако неясно, будет ли ему соответствовать участие так называемых «стратегических инвесторов», которые экономически прямо не заинтересованы в решении, однако могут иметь определенные интересы в споре (не исключая косвенно и экономические)<sup>3</sup>.

Указание на заинтересованность именно в арбитражном решении потенциально может исключать мирное урегулирование спора (мировое соглашение), однако можно предположить, что воля разработчиков не была направлена на такое ограничение: сложно представить себе ситуацию, когда ФТЛ осуществляется после либо непосредственно до заключения мирового соглашения, а в ходе рассмотрения спора у спонсора имеется интерес именно в получении решения и возврате инвестиций, даже если в ходе разбирательства стороны мирно урегулировали спор. Кроме того, мировое соглашение может быть оформлено в качестве арбитражного решения на согласованных условиях<sup>4</sup>, и в таком случае соблюдается критерий, указанный в пояснении к Общему стандарту 6(b) Руководящих принципов 2014 г.

Покрытие издержек сторон, связанных с арбитражным решением, в указанном определении, наиболее вероятно, относится к страхованию<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Draft Report. P. 72.

<sup>2</sup> *Goeler J. von. Op. cit.* P. 261.

<sup>3</sup> Ibidem. См. возможные примеры таких ситуаций: *Quasar de Valores SICAV S.A. & Ors. v. The Russian Federation*, SCC Case No. 24/2007, Award (20 July 2012) (*Group Menatep Limited*, бывший основной акционер ЮКОСа, осуществлял финансирование в целях создания благоприятного прецедента для трех «основных» споров с Россией по Договору к Энергетической Хартии); *Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland) & Ors. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7 (фонд *Bloomberg* финансировал Уругвай в рамках программы «Кампания за детей, защищенных от влияния табака»); см. также: Draft Report. P. 72 ff.

<sup>4</sup> См. подробнее: *Kryvoi Y., Davydenko D. Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement // Brooklyn Journal of International Law*. 2015. Vol. 40. No. 3. P. 828–868 <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=bjil>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Давыденко Д.Л. Международная принудительная исполнимость мировых соглашений в форме арбитражных решений на согласованных условиях // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. – М.: ООО «Цифра закона» (www.naukaprava.ru), 2015. С. 38–48.*

<sup>5</sup> *Goeler J. von. Op. cit.* P. 262.

Общий стандарт 7 Руководящих принципов 2014 г. также закрепляет обязанность стороны разбирательства раскрыть информацию, помимо прочего, о любых прямых или косвенных отношениях между арбитром и любым физическим или юридическим лицом, которое имеет 1) прямой экономический интерес в арбитражном решении или 2) обязанность покрыть издержки стороны, связанные с арбитражным решением. Сторона обязана сделать это по своей инициативе при первой возможности. Для выполнения данной обязанности сторона должна провести разумный поиск и предоставить любую релевантную информацию, которая ей доступна. Арбитр также обязан провести разумный поиск информации для обнаружения любого конфликта интересов, а также любых фактов или обстоятельств, которые могут дать разумные основания для сомнений в его независимости или беспристрастности. Отсутствие знания о конфликте интересов не оправдывает неисполнение обязанности по раскрытию, если арбитр не провел такой разумный поиск информации.

Среди критериев, дополнительно используемых в практике международного арбитража, можно отметить количественную (существенность) и качественную оценку (близость, интенсивность, зависимость) конфликта интересов<sup>1</sup>.

Таким образом, ФТЛ может создать ситуацию конфликта интересов, который: 1) должен быть раскрыт; 2) может привести к отводу арбитра; 3) может привести к отмене / отказу в признании и приведении в исполнение уже вынесенного арбитражного решения (на том основании, что формирование третейского суда не соответствовало соглашению сторон и применимому праву)<sup>2</sup>.

Вернемся к описанному выше примеру о финансировании спонсором Истца № 1 в Арбитраже № 1 и Истца № 2 в Арбитраже № 2, где арбитр X в Арбитраже № 1 выступает представителем Истца № 2 в Арбитраже № 2. Наиболее близкий критерий оценки конфликта интересов содержится в п. 2.3.6 Красного перечня, отказ от применения которого допускается (Waivable Red List): юридическая фирма арбитра имеет в настоящее время существенные коммерческие связи с одной из сторон или аффилированным лицом одной из сторон. Следова-

<sup>1</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. & Anor. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, Decision on a Second Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal (12 May 2008); *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 269; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 266.

<sup>2</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 258 ff.; *Waincymer J.* Op. cit. P. 290 ff.; *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 143 сл.

тельно, связи арбитра X как представителя Истца № 2 со спонсором в Арбитраже № 2 будут приравниваться к наличию связей арбитра X с Истцом № 1, поскольку спонсор может рассматриваться в качестве лица, идентичного Истцу № 1, согласно Общему стандарту 6(b) Руководящих принципов 2014 г. Ключевой вопрос в этой связи – являются ли связи арбитра X со спонсором в Арбитраже № 2 существенными с коммерческой точки зрения. В качестве примерных критериев существенности могут выступать доля выручки юридической фирмы арбитра X от представления Истца № 2<sup>1</sup>. Следовательно, Истец № 1 будет обязан раскрыть привлечение спонсора; без согласия Ответчика № 1 арбитр X не сможет участвовать в Арбитраже № 1. Нарушение этих правил может повлечь отмену / отказ в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Иные потенциальные примеры, когда участие спонсора может привести к конфликту интересов: 1) арбитры или их юридические фирмы могут представлять интересы спонсоров по соглашениям о ФТЛ или осуществлять предварительную оценку дела; 2) арбитры могут обладать долями участия (акциями, долговыми инструментами) спонсора либо входить в органы управления (наблюдательные советы) спонсора; 3) бывшие коллеги, представители по одному делу, близкие друзья арбитров могут занимать те или иные должности в организации-спонсоре; 4) арбитры могли высказывать свою позицию по поводу ФТЛ, осуществляемого определенными спонсорами, в том числе на конференциях и в печати<sup>2</sup>.

Еще одним интересным аспектом данной проблемы является вопрос о том, может ли позитивное или негативное отношение арбитра к ФТЛ быть основанием для конфликта интересов. Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ ссылается на дело Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)), в котором финансируемая сторона заявила отвод арбитру в связи с явно негативным отношением последнего к ФТЛ, выраженным при этом в крайне резкой форме. Отвод был отклонен со ссылкой на недоказанность нарушения объективного стандарта беспристрастности<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 267.

<sup>2</sup> *Ibid.* P. 264.

<sup>3</sup> *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs with Assenting and Dissenting Reasons, Assenting Reasons of Gavan Griffith (12 August 2014) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/>

В завершение следует добавить, что модели раскрытия информации о ФТЛ могут варьироваться. Й. фон Гёлер приводит следующие альтернативы: 1) обязательное раскрытие: а) стороны напрямую предоставляют информацию арбитрам; б) арбитры сами раскрывают спонсоров, с которыми у них есть отношения; в) участие третьего независимого лица, которому стороны и арбитры направляют списки лиц, которые, возможно, участвуют в конфликте интересов; 2) раскрытие только при наличии оснований, перечисленных в Красных или Оранжевом перечнях согласно Руководящим принципам 2014 г., т.е. предоставление сторонам дискреции в этом вопросе; 3) запрет арбитрам при раскрытии информации учитывать ФТЛ при решении любых вопросов, не связанных с конфликтом интересов<sup>1</sup>.

Таким образом, участие спонсора в деле может привести к конфликту интересов, и соответствующие факты должны быть раскрыты стороной для проведения арбитром разумного поиска информации в целях его предотвращения.

#### **4.3. Взыскание арбитражных расходов**

Основные вопросы, которые возникают при взыскании арбитражных расходов при ФТЛ, следующие: 1) может ли выигравшая финансируемая сторона в принципе взыскать какие-либо расходы, если они были профинансированы спонсором; при положительном ответе на первый вопрос, 2) какие именно расходы могут быть взысканы; 3) если финансируемое лицо проиграло, могут ли расходы противной стороны быть взысканы непосредственно со спонсора?<sup>2</sup>

Рекомендации Рабочей группы *ICCA-QMUL* по ФТЛ заключаются в следующем:

1) участие спонсора в принципе не должно исключать взыскание расходов в пользу финансируемой стороны;

2) если взысканию подлежат только понесенные расходы, обязательство финансируемой стороны перед спонсором в случае победы означает, что расходы были понесены;

---

case-documents/italaw3318.pdf> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). В частности, арбитр при описании ФТЛ использовал такие выражения, как «меркантильные искатели приключений», «Нирвана для игроков в азартные игры: орел – я выиграл, решка – ты проиграл» и т.д. (см.: *Ibid.*, ¶ 13, 14).

<sup>1</sup> *Goeler J. von.* Op. cit. P. 281.

<sup>2</sup> Draft Report. P. 117.

3) стоимость услуг по финансированию, включая долю спонсора во взысканной сумме, по умолчанию не возмещается;

4) по общему правилу третейский суд не обладает компетенцией для взыскания расходов противной стороны со спонсора<sup>1</sup>.

Вопрос о понесенных расходах и обязательстве финансируемой стороны перед спонсором встал в деле *Quasar de Valores & Ors. v. The Russian Federation*, уже упомянутом ранее в качестве примера стратегического инвестирования, когда спонсор *Group Menatep Limited* профинансировал истцов без встречного обязательства получить какую-либо долю во взысканной сумме. Третейский суд отказал истцам в возмещении арбитражных расходов со ссылкой на то, что спонсор целиком профинансировал процесс, не имея, однако, какой-либо договорной связи с истцами, подлежащей исковой защите, для возврата своих инвестиций, и тем самым предоставил им «безбилетный проезд» в арбитраж<sup>2</sup>.

Встречается точка зрения, что стоимость услуг по финансированию может быть взыскана в качестве убытков в рамках отдельного иска, однако большинство национальных право порядков, по-видимому, отрицательно отнесутся к подобной практике<sup>3</sup>.

Рабочая группа Арбитражной комиссии Международной торговой палаты по взысканию расходов (ICC Commission on Arbitration and ADR's Task Force on Decisions on Costs) отмечала, что расходы по ФТЛ могут быть взысканы в отдельных случаях; при этом критериями для взыскания являются разумность расходов, несение расходов для конкретного арбитражного дела, фактическая выплата или наличие обязанности по несению таких расходов<sup>4</sup>.

В государственных судах США или Англии на основании положений процессуального права спонсор может быть обязан возместить расходы процессуального оппонента финансируемого лица, если спонсор приобрел существенную степень экономической заинтересованности и контроля в отношении иска. Договорная природа

---

<sup>1</sup> Draft Report. P. 114.

<sup>2</sup> SCC Arbitration No. 24/2007, Award (20 July 2012), ¶ 224 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita1075.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 121.

<sup>3</sup> См. подробнее: *Goeler J. von. Op. cit.* P. 414 ff.

<sup>4</sup> Decisions on Costs in International Arbitration: ICC Commission Report. – P.: ICC Pub., 2015. P. 17 <<https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

арбитражного разбирательства, как правило, исключает взыскание расходов противной стороны со спонсора, и теории относительно лиц, не являющихся участниками арбитражного соглашения, но связанных его условиями (non-signatories), не обосновывают такое взыскание<sup>1</sup>.

#### 4.4. Обеспечение арбитражных расходов

Обеспечение расходов противной стороны (security for costs) представляет собой форму обеспечительных мер и зачастую испрашивается на случай возможного проигрыша финансируемого лица, когда противная сторона опасается, что не сможет взыскать судебные издержки с такого лица (к примеру, когда в отношении истца вводится процедура банкротства)<sup>2</sup>. Критерии для удовлетворения обычного заявления о наложении обеспечительных мер (срочность, вероятность непоправимого ущерба, *prima facie* обоснованность иска) в этом случае не вполне применимы<sup>3</sup>. Третейский суд при рассмотрении заявления об обеспечении расходов взвешивает интересы истца в доступе к правосудию (чтобы не лишить ограниченного в средствах истца защиты своего действительно нарушенного права) и интересы ответчика во взыскании расходов в случае своей победы<sup>4</sup>. К иным критериям

<sup>1</sup> Draft Report. P. 129; см. также: *Калинин М.С.* Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали // Новые горизонты международного арбитража. Вып. 3: Сб. ст. / Под ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. С. 225–241; *Лысов С.В.* Участие в арбитражном разбирательстве лиц, не являющихся подписантами арбитражного соглашения // Вестник международного коммерческого арбитража. 2015. № 1(10). С. 29–40.

<sup>2</sup> *Waincymer J.* Op. cit. P. 642; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 316; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 136, 144, 333 ff.; *Rubins N.* In God We Trust, All Others Pay Cash: Security for Costs in International Commercial Arbitration // American Review of International Arbitration. 2000. Vol. 11. No. 3; см. также: *Eskosol S.p.A. in Liquidazione v. Italian Republic*, ICSID Case No. ARB/15/50, Procedural Order No. 3 (Decision on Respondent's Request for Provisional Measures) (12 April 2017) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw8996.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: Draft Report. P. 138–139.

<sup>3</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 315–316; *Goeler J. von.* Op. cit. P. 336.

<sup>4</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 316; Draft Report. P. 132; см. также: *Goeler J. von.* Op. cit. P. 337 ff.; Applications for Security for Costs: International Arbitration Practice Guideline / Chartered Institute of Arbitrators <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/international-arbitration-guidelines-2015/2015securityforcosts.pdf?sfvrsn=28>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

оценки относятся наличие особых, исключительных обстоятельств, существенное изменение обстоятельств, недобросовестные действия и злоупотребление процессом со стороны финансируемого лица, а также условия соглашения о ФТЛ относительно покрытия спонсором потенциальных расходов противной стороны и возможности одностороннего прекращения финансирования<sup>1</sup>.

Чтобы оценить перспективы взыскания судебных издержек с финансируемого лица, необходимо исследовать его финансовое положение. Проблема заключается в том, что во многих случаях привлечение стороннего финансирования воспринимается как сигнал того, что у истца недостаточно собственных средств для ведения арбитражного процесса и, соответственно, для возмещения судебных расходов противной стороны<sup>2</sup>. Противники такой точки зрения призывают финансируемых лиц, в отношении которых подано заявление об обеспечении расходов, напротив, раскрывать сведения о стороннем финансировании для подтверждения своей платежеспособности<sup>3</sup>.

Так, к примеру, третейский суд удовлетворил заявление об обеспечении расходов в размере 750 тыс. долл. США в известном инвестиционном арбитраже по делу *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*<sup>4</sup>. Заявитель (ответчик) ссылался на неоднократные случаи, когда по другим делам в инвестиционном арбитраже *RSM Production Corporation* не осуществляла авансовые платежи на покрытие арбитражных расходов и не исполняла решения о взыскании расходов, понесенных противной стороной, а также на привлечение ей ФТЛ. Ответчик заявлял, что спонсор помог истцу инициировать арбитражное разбирательство, однако не возместит расходы ответчика

---

<sup>1</sup> *RSM Production Corporation v. Saint Lucia*, ICSID Case No. ARB/12/10, Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014), ¶ 75 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3318.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Guaracachi America, Inc. (U.S.A.) & Anor. v. Plurinational State of Bolivia*, PCA Case No. 2011-17, Procedural Order No. 14 (11 March 2013), ¶ 6 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1331.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Commerce Group Corp. & San Sebastian Gold Mines, Inc. v. the Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17 (Annulment Proceeding), Decision on El Salvador's Application for Security for Costs (20 September 2012), ¶ 35 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7920.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); см. также: *Goeler J. von*. Op. cit. P. 349, 354.

<sup>2</sup> *Goeler J. von*. Op. cit. P. 334, 341.

<sup>3</sup> *Ibid*. P. 342, 354.

<sup>4</sup> Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014).

в случае его победы, что напоминает ситуацию с оставлением места ДТП («*arbitral hit-and-run*»)<sup>1</sup>. Третейский суд посчитал это исключительными обстоятельствами, которые обосновывают обеспечение расходов ответчика, особенно с учетом того факта, что истец признал свое неудовлетворительное финансовое состояние и финансирование со стороны спонсора, которое, по мнению третейского суда, может не покрыть расходы ответчика<sup>2</sup>.

В отношении обеспечения расходов Рабочая группа *ICCA-QMUL* по ФТЛ отмечает, что удовлетворение заявления об обеспечении расходов должно осуществляться безотносительно к наличию ФТЛ и на основании неплатежеспособности, которая должна быть *prima facie* доказана заявителем. В случае если этот порог пройден, финансируемое лицо может представить дополнительные доказательства финансирования; в противном случае оно обязано обеспечить расходы противной стороны. На данной стадии запрос о предоставлении соглашения о ФТЛ должен быть по общему правилу удовлетворен, чтобы противная сторона и арбитры смогли ознакомиться с условиями такого соглашения по поводу права спонсора на прекращение финансирования и его обязанности по покрытию расходов противной стороны, но пределы раскрытия должны быть ограничены до релевантных положений соглашения о ФТЛ. При этом издержки, которые понесло финансируемое лицо для обеспечения расходов противной стороны и которые были им доказаны, могут быть взысканы с заявителя<sup>3</sup>.

## 5. Практика регулирования ФТЛ в отдельных зарубежных странах

Далее мы рассмотрим примеры стран, успешно использующих механизмы ФТЛ.

### 5.1. Англия

ФТЛ широко используется в Англии наряду (а иногда и совместно) с другими альтернативными способами финансирования и распределения рисков при судебных процессах, в частности страхованием до и после страхового случая (*before-the-event* и *after-the-event insur-*

---

<sup>1</sup> Decision on Saint Lucia's Request for Security for Costs (13 August 2014), ¶ 33.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Draft Report. P. 115.

ance), а также условными гонорарами (которые разрешены, в отличие от обычных «гонораров успеха»)<sup>1</sup>. Какой-либо законодательный акт, разрешающий ФТЛ, отсутствует, и регулирование осуществляется на основании судебных прецедентов.

Соглашения о ФТЛ обеспечены исковой защитой до тех пор, пока участие спонсора не компрометирует чистоту судебного процесса (например, когда спонсор осуществляет чрезмерный контроль за процессом)<sup>2</sup> и не нарушает публичный порядок<sup>3</sup>. В судебной практике встречаются следующие критерии допустимости соглашений о ФТЛ: 1) спонсор не ставит своей целью получить контроль над процессом и является представителем регулируемой профессии; 2) размер потенциального дохода спонсора от финансирования процесса является разумным; 3) соглашение о ФТЛ позволяет финансируемой стороне получить доступ к правосудию, который она иначе не могла бы получить ввиду своих финансовых возможностей<sup>4</sup>.

Если суд установит, что имели место *maintenance* или *champerty*, соглашение о ФТЛ может быть признано неисполнимым, и, кроме того, спонсор может отвечать за расходы противной стороны<sup>5</sup>.

По общему правилу раскрытие информации о ФТЛ и спонсоре не требуется<sup>6</sup>. Однако в случае необходимости суды могут обязать сторону раскрыть такую информацию<sup>7</sup>. Поведение спонсоров, входящих в Ассоциацию процессуальных спонсоров (Association of Litigation Funders), регулируется специальным Кодексом поведения в редакции от ноября 2016 г.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 101 ff. Ключевое различие между условными гонорарами и «гонорарами успеха» заключается в том, что «гонорары успеха» предполагают расчет гонорара в качестве процентов от взысканной суммы, а условные гонорары – нет (см.: *Ibid.* P. 103).

<sup>2</sup> *Giles v. Thompson*, [1993] UKHL 2.

<sup>3</sup> *Factortame Ltd. v. Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions (No. 2)*, [2003] QB 381 (CA).

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 109 ff.

<sup>6</sup> *Ibid.* P. 118.

<sup>7</sup> *Wall v. Royal Bank of Scotland plc*, [2016] EWHC 2460 (Comm.).

<sup>8</sup> Code of Conduct for Litigation Funders <<http://associationoflitigationfunders.com/wp-content/uploads/2014/02/Code-of-conduct-Nov2016-Final-PDF-1.pdf>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

### 5.2. Сингапур

ФТЛ разрешено в международном арбитраже с местом разрешения спора в Сингапуре, в связанных с арбитражем процедурах в государственных судах, а также в процедуре медиации<sup>1</sup>. 10 января 2017 г. был принят соответствующий Закон<sup>2</sup>, а также сопутствующее ему Постановление министра юстиции Сингапура<sup>3</sup>. В соответствии с этими актами были также приняты изменения в Закон о юридической профессии 1966 г. (Legal Profession Act 1966) и Правила профессиональной этики юристов Сингапура 2015 г. (Legal Profession (Professional Conduct) Rules 2015)<sup>4</sup>. ФТЛ более не является *maintenance* или *champerty*. Юридические представители финансируемого лица обязаны раскрыть информацию о ФТЛ и личности спонсора при инициировании арбитражного разбирательства или при первой возможности. Сингапурский международный арбитражный центр (Singapore International Arbitration Centre (SIAC)) опубликовал Руководство по поведению арбитров в делах со сторонним финансированием<sup>5</sup>, а Сингапурский институт арбитров (Singapore Institute of Arbitrators) — Руководство для спонсоров<sup>6</sup>.

### 5.3. Гонконг

ФТЛ разрешено в Гонконге в рамках международного арбитража, но не в судопроизводстве в государственных судах, за исключением

<sup>1</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 251.

<sup>2</sup> Civil Law (Amendment) Act 2017 (No. 2 of 2017).

<sup>3</sup> Civil Law (Third-Party Funding) Regulations 2017 (No. S 68/2017).

<sup>4</sup> См. подробнее: Third-Party Funding: Guidance Note 10.1.1 / The Law Society of Singapore <[http://www.lawsociety.org.sg/Portals/0/ForLawyers/GuidanceOnProfessionalAndPracticeIssues/PDF/Council\\_GN\\_Third\\_Party\\_Funding.pdf](http://www.lawsociety.org.sg/Portals/0/ForLawyers/GuidanceOnProfessionalAndPracticeIssues/PDF/Council_GN_Third_Party_Funding.pdf)> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); см. также: *Secomb M., Wallin A.* Chapter 13. Singapore // *The Third Party Litigation Funding Law Review* / L. Perrin (ed.). L.: Law Business Research Ltd., 2017. P. 125–134 <[https://thelawreviews.co.uk/digital\\_assets/6b3d2914-5b53-4d72-ba36-76936bd7e024/TTPLFLR1full-book.pdf](https://thelawreviews.co.uk/digital_assets/6b3d2914-5b53-4d72-ba36-76936bd7e024/TTPLFLR1full-book.pdf)> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Lai E.* Updates on Third-Party Funding in Singapore and Developments in Mediation (21 April 2017) <<https://singaporeinternationalarbitration.com/2017/04/21/updates-on-third-party-funding-in-singapore-and-developments-in-mediation/>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

<sup>5</sup> Practice Note PN – 01/17 (31 March 2017) on Arbitrator Conduct in Cases Involving External Funding <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/Third%20Party%20Funding%20Practice%20Note%2031%20March%202017.pdf>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

<sup>6</sup> SI Arb Guidelines for Third Party Funders <[https://siarb.org.sg/images/SIarb-TPF-Guidelines-2017\\_final18-May-2017.pdf](https://siarb.org.sg/images/SIarb-TPF-Guidelines-2017_final18-May-2017.pdf)> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.).

дел о банкротстве. 14 июня 2017 г. был принят Закон, допускающий ФТЛ в международном арбитраже и процедуре медиации с местом разрешения спора в Гонконге<sup>1</sup>. ФТЛ более не является *maintenance* или *champerty*, которые традиционно (до 1997 г. Гонконг являлся британской колонией) рассматривались в качестве уголовного преступления и гражданско-правового деликта. Финансируемое лицо обязано раскрыть информацию о ФТЛ, личности спонсора и окончании действия ФТЛ противной стороне и третейскому суду. Поведение спонсоров будет регулироваться Кодексом практики для спонсоров (включая вопросы прекращения финансирования, возмещения расходов противной стороны и т.п.)<sup>2</sup>.

## 6. Перспективы ФТЛ в России

ФТЛ в настоящее время не регулируется в России. При этом в одной из наиболее подробных на настоящий момент работ по ФТЛ отмечается, что российская правовая система является благоприятной для его развития<sup>3</sup>. Это связано с тем, что расходы на участие в международном арбитраже по общему правилу значительно превышают расходы на судопроизводство в государственном арбитражном суде или в суде общей юрисдикции в России.

Интерес к ФТЛ отмечается и на государственном уровне. В апреле 2017 г. председатель Совета судей России В. Момотов, выступая на IV Московском юридическом форуме, предложил развивать в России финансирование судебных процессов<sup>4</sup>. Кроме того, в сентябре 2017 г.

<sup>1</sup> Arbitration and Mediation Legislation (Third-Party Funding) (Amendment) Ordinance 2017 (Ordinance No. 6 of 2017).

<sup>2</sup> Legislative Council Brief (LP 19/00/16C) <[http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/brief/b201612301\\_brf.pdf](http://www.legco.gov.hk/yr16-17/english/bills/brief/b201612301_brf.pdf)> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 241; *Jiwaji A.* Hong Kong Approves Third Party Funding for Arbitration (16 July 2017) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/07/16/hong-kong-approves-third-party-funding-arbitration/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); *Teo P.* Hong Kong Passes Law to Allow Third Party Funding for Arbitration and Related Proceedings (7 July 2017) <<http://www.bakermckenzie.com/en/insight/publications/2017/07/hong-kong-thirdparty-funding/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.); Draft Report. P. 143.

<sup>3</sup> *Nieuwveld L.B., Sahani V.S.* Op. cit. P. 231.

<sup>4</sup> *Куликов В.* Защита авансом: Банкам предложили вкладывать деньги в судебные процессы граждан (6 апреля 2017 г.) <<https://www.rg.ru/2017/04/06/banki-smogut-investirovat-v-sudebnye-processy-pomogaia-istcam.html>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

стало известно о судебном споре, в котором инвестор вложил 500 тыс. руб. и после заключения между истцом и ответчиком мирового соглашения получил 15 % от перечисленной по нему суммы (доход инвестора составил 2,775 млн руб.)<sup>1</sup>. О своих планах инвестировать в судебные споры до конца 2018 г. не менее 1 млрд руб. заявил фонд *NLF Group*<sup>2</sup>.

Среди схожих институтов необходимо отметить вызывающую бурную дискуссию проблему уступки прав требования к потребителям по кредитным договорам, а также финансирование банкротства кредителами (участниками) юридического лица. Также дискуссионным в российском праве является вопрос о допустимости «гонорара успеха», когда вознаграждение юриста поставлено в зависимость от результатов рассмотрения дела. В целом признается возможность включения в договор условия о «гонораре успеха» на основе общей нормы о свободе договора (ст. 421 ГК РФ)<sup>3</sup>. При этом отношение судебной практики к взысканию судебных расходов, основанных на «гонораре успеха», в большинстве своем негативное<sup>4</sup>.

Оценивая возможность использования ФТЛ с точки зрения российского гражданского права, необходимо различать отношения 1) между спонсором и финансируемым лицом и 2) между спонсором и иными кредиторами финансируемого лица (когда спонсор оплачивает ока-

<sup>1</sup> Куликов В. Иск авансом: Впервые судебный спор выигран по новой схеме – без затрат (18 сентября 2017 г.) <<https://www.rg.ru/2017/09/18/vpervye-sudebnyj-spor-vyigran-po-novoj-sheme-bez-zatrat.html>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.). Вероятно, финансирование было осуществлено через *Platforma*: идентичный спор указан на сайте компании <<https://platforma-online.ru/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>2</sup> Юзефович В., Карнов М. Внешнее финансирование судебных споров в России (2 октября 2017 г.) <<http://legalinsight.ru/vneshnee-finansirovanie-sudebnyh-sporov-v-rossii/>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

<sup>3</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 4 февраля 2014 г. № 16291/10 по делу № А40-91883/08-61-820; постановление АС Северо-Западного округа от 6 ноября 2014 г. по делу № А56-6239/2014. Противоположная судебная практика – постановление КС РФ от 23 января 2007 г. № 1-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 779 и пункта 1 статьи 781 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами общества с ограниченной ответственностью „Агентство корпоративной безопасности“ и гражданина В.В. Макеева».

<sup>4</sup> Определения ВС РФ от 26 февраля 2015 г. № 309-ЭС14-3167 по делу № А60-11353/2013, от 25 мая 2015 г. № 302-КГ15-2312 по делу № А78-5912/2013; постановление ФАС Северо-Западного округа от 24 апреля 2012 г. по делу № А26-9551/2010; постановление АС Поволжского округа от 1 июня 2015 г. № Ф06-24039/2015 по делу № А65-30096/2013.

зываемые в связи с финансируемым процессом услуги юридических представителей финансируемого лица и расходы экспертов, свидетелей и т.п.). Вторая категория отношений может быть квалифицирована в качестве поручения исполнения (возложения финансируемым лицом на спонсора исполнения своих обязанностей по оплате), которое в большинстве случаев допускается и не требует согласия кредитора<sup>1</sup>.

Отношения же между спонсором и финансируемым лицом по своему экономическому содержанию напоминают кредит<sup>2</sup>. Между тем кредитование традиционно предполагает меновой (коммутативный) характер, т.е. эквивалентный обмен благами между участниками гражданского оборота, когда объем и соотношение встречных представлений определены в момент заключения договора<sup>3</sup>. Кредитор финансирует заемщика в расчете на возврат суммы кредита и получение дополнительной выгоды при начислении процентов.

В свою очередь ФТЛ имеет очевидно рисковый, алеаторный характер<sup>4</sup>: финансируемое лицо имеет право, а спонсор несет обязанность

<sup>1</sup> Статья 313 ГК РФ; см. также: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. — М.: Статут, 2011. С. 57–59 (автор гл. 29 — Е.А. Суханов); Договорное и обязательственное право (общая часть): постатейный комментарий к статьям 307–453 Гражданского кодекса Российской Федерации [Электронное издание. Редакция 1.0] / Отв. ред. А.Г. Карапетов. — М.: М-Логос, 2017. С. 101–115 (авторы комментария к ст. 313 ГК РФ — А.Г. Карапетов, С.В. Сарбаш).

<sup>2</sup> О кредите в экономическом смысле см.: Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 899–900 (автор гл. 48 — Е.А. Суханов). Примечательно, что *NLF Group* при финансировании процессов в России предлагает структурировать сделки по ФТЛ по модели цессии, однако в таком случае правообладателем будет выступать спонсор, а не первоначальный кредитор (см.: *Юзефович В., Карпов М.* Указ. соч.).

<sup>3</sup> *Шербаков Н.Б.* Основные подходы к определению юридической природы «алеаторных» сделок // Вестник гражданского права. 2006. Т. 6. № 1. С. 70–87; *Он же.* Алеаторные сделки: правовая природа и допустимость судебной защиты: Тезисы научного исследования к публичной защите <[http://m-logos.ru/img/Nauchny\\_doklad\\_aleatornie\\_sdelki.pdf](http://m-logos.ru/img/Nauchny_doklad_aleatornie_sdelki.pdf)> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Султанова Т.И.* Правовая природа алеаторных договоров и их место в системе гражданско-правовых договоров // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2010. Вып. 3(9). С. 140–150 <<https://cyberleninka.ru/article/n/pravovaya-priroda-aleatornyh-dogovorov-i-ih-mesto-v-sisteme-grazhdansko-pravovyh-dogovorov.pdf>> (последнее посещение — 20 февраля 2018 г.); *Мадагаева Т.Ф.* Алеаторные договоры в системе рисковых договоров в гражданском праве Российской Федерации: Дис. ... канд. юрид. наук. — Томск, 2014. С. 65–66.

<sup>4</sup> Не случайно одной из форм ФТЛ является страхование (в виде *after-the-event* или *before-the-event*), традиционно относимое к алеаторным сделкам. Алеаторной сделкой

по финансированию процесса, однако в отношении права спонсора на получение части взысканной суммы по арбитражному решению и, соответственно, выгоды имеется неопределенность до известного момента времени<sup>1</sup>.

По-видимому, в настоящее время при подчинении российскому праву соглашение о ФТЛ может быть квалифицировано в качестве непоименованного договора<sup>2</sup> (имеющего к тому же и процессуально-правовые аспекты)<sup>3</sup>. Представляется, что многообразие и скорость развития кредитных отношений, когда право лишь старается поспеть за экономической действительностью, предопределяют использование при отдельных видах кредитования непоименованных договоров, не являющихся разновидностью кредитного договора<sup>4</sup>. За исключением упомянутых выше проблем с «гонорарами успеха» и, кроме того, потестативными условиями, автор не может предположить иные потенциальные возражения против допустимости соглашений о ФТЛ по российскому праву. Алеаторный характер таких кредитных отношений, по мнению автора, также не должен стать причиной негативного отношения к ним со стороны правопорядка, поскольку цивилистике еще со времен римского права известно об

---

в цивилистической доктрине признавалась и уступка права требования, по поводу которого происходит рассмотрение дела в суде (см.: *Саватье Р.* Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / Пер. с фр. и вступ. ст. Р.О. Халфиной. — М.: Прогресс, 1972. С. 223–224).

<sup>1</sup> См. подробнее об алеаторных сделках: *Щербаков Н.Б.* Основные подходы к определению юридической природы алеаторных сделок; *Он же.* Алеаторные сделки: правовая природа и допустимость судебной защиты: Тезисы научного исследования к публичной защите; *Султанова Т.И.* Указ. соч.; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 48–49 (автор гл. 29 — Е.А. Суханов); *Мадагеева Т.Ф.* Указ. соч.

<sup>2</sup> *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Книга первая: Общие положения. 3-е изд., стер. — М.: Статут, 2011. С. 404 сл.; Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 139 (автор § 1 гл. 31 — Е.А. Суханов).

<sup>3</sup> См. подробнее о процессуальном договоре: *Елисеев Н.Г.* Правовая природа процессуального договора // В.А. Кабатов, С.Н. Лебедев: *In Memoriam.* Сборник воспоминаний, статей, иных материалов / Науч. ред.: А.И. Муранов, О.Н. Зименкова, А.А. Костин; 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. — М.: Статут, 2017. С. 521–532.

<sup>4</sup> Российское гражданское право: Учебник: В 2 т. Т. II: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 912 (автор гл. 48 — Е.А. Суханов).

алеаторном бодмерейном (морском) займе<sup>1</sup>. В любом случае более определенно ответить на вопрос о допустимости соглашений о ФТЛ по российскому праву будет возможно, когда судебная практика в полной мере столкнется с этим феноменом.

Представляется, что в перспективе по мере развития института ФТЛ в российском праве будет необходимо дополнить Правила о беспристрастности и независимости третейских судей (утв. Приказом Президента ГПП РФ от 27 августа 2010 г. № 39) в части распространения на спонсора положений о конфликте интересов, а также обязанности по раскрытию информации о ФТЛ и спонсоре. С учетом обсуждения на базе Минюста России Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи<sup>2</sup> на основе зарубежного опыта также возможно установить этические требования к юристам, вовлеченным в ФТЛ.

## 7. Заключение

По мнению автора, институт ФТЛ при его умелом и осторожном использовании несет больше благоприятных, чем негативных моментов для участников арбитражных разбирательств, арбитров и арбитражных центров, а также самих спонсоров. Стороны спора получают возможность профинансировать дорогостоящий процесс и привлечь высококлассных юристов в сфере арбитража, работающих на основании больших гонораров, тем самым увеличив шансы на победу. Арбитрам и арбитражным центрам также может быть обеспечена уплата более высоких арбитражных сборов и гонораров. Соответственно, они смогут посвятить арбитражу больше качественного времени и получить достойное возмещение за услуги по разрешению спора и его администрированию. Спонсоры рискуют потерять вложенные инвестиции, однако правильно поставленный отбор финансируемых дел может принести существенный доход.

Надлежащим образом выстроенная система отношений по ФТЛ позволит нивелировать его возможные негативные аспекты, связанные с конфликтами интересов, чрезмерным контролем за процессом со стороны спонсоров и сутяжничеством.

---

<sup>1</sup> Султанова Т.И. Указ. соч. С. 142.

<sup>2</sup> Проект Концепции регулирования рынка профессиональной юридической помощи <<http://minjust.ru/deyatelnost-v-sfere-advokatury/konceptsiya-regulirovaniya-rynka-professionalnoy-yuridicheskoy>> (последнее посещение – 20 февраля 2018 г.).

Отношение к ФТЛ в различных правовых порядках является неоднозначным, однако звучит все больше голосов в поддержку этого института при условии его разумного регулирования исключительно с целью избежать возможных злоупотреблений. Автор выражает надежду, что российское право благосклонно встретит такую новую конструкцию материального и процессуального права и проведет регламентацию соответствующих отношений без существенных ограничений и перегибов.

## COUNSELS' ETHICS IN INTERNATIONAL ARBITRATION

IZABELLA PRUSSKAYA,  
LL.M.,

Lawyer at *Timofeev, Vahrenwald & Partners LLP*

*This article provides an introductory guide to the ethics of legal counsel in international arbitration. It aims to present both theoretical and practical approaches to current issues and possible developments in the field. Within, we propose methods of addressing the issue of unethical counsel behavior in international arbitration and explain problems with the traditional approach to codification in the sphere of ethics.*

*Keywords: counsel ethics; ethics in arbitration; arbitral intelligence; ethics code; counsel conduct.*



*В статье с теоретической и практической точек зрения рассматривается проблема этики представителей в международном арбитраже, анализируются связанные с ней арбитражная практика и доктринальный подход. Предлагаются три способа решения проблемы неэтичного поведения в международном арбитраже, и объясняется, почему традиционный подход к кодификации этических норм не представляется реалистичным на современном этапе развития международного арбитража.*

*Ключевые слова: этика представителя; этика в международном арбитраже; кодекс этики; поведение представителя.*



...One can generally prescribe ethical conduct only if there is a sanction for noncompliance.  
*R.M. Mosk*<sup>1</sup>

## 1. Introduction

The legal world is very small. It is like a state within a state, regulated not only by certain national bodies, but also internally, by lawyers themselves<sup>2</sup>. This pattern of self-regulation is unusual in comparison to most other professions, especially regarding the so far unshaken legitimacy and unchallenged independence of lawyers' organizations.

The world of arbitration has always been one of the least regulated. From the start, arbitration proposed an alternative to traditional court proceedings. This alternative, importantly, meant the adoption of much lighter external regulations and the pursuit of a private rule-making path. However, arbitration became increasingly popular and so the need for more regulation arose, especially in the area of professional conduct. In the past few years, the debate over whether to take the opportunity to create an arbitration practitioners' uniform regulation of ethics intensified<sup>3</sup>.

But what exactly is to be regulated? In this article, we will refer to «counsellors' ethics» (or «legal ethics») not only as the rules governing the conduct of lawyers in all professional functions, but also as the minimum standards of appropriate conduct generally understood to apply within the legal profession.

---

<sup>1</sup> *R.M. Mosk*, Attorney Ethics in International Arbitration, Berkeley Journal of International Law Publicist, Vol. 5 (2010), p. 32 <[http://bjil.typepad.com/mosk\\_final.pdf](http://bjil.typepad.com/mosk_final.pdf)> (last accessed – 20 February 2018) (citing: *O.W. Holmes*, The Path of the Law, Harvard Law Review, Vol. 10 (1897), No. 8, p. 457–478).

<sup>2</sup> In the United States, but translatable to most other legal systems:

«*The legal profession is largely self-governing.*

<...>

*The legal profession's relative autonomy carries with it special responsibilities of self-government»* (ABA Model Rules of Professional Conduct, Preamble and Scope, [10], [12] <[https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct\\_preamble\\_scope.html](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/model_rules_of_professional_conduct_preamble_scope.html)> (last accessed – 20 February 2018)).

<sup>3</sup> To mention just a few scholar and institutional events where the topic was recently discussed: «*Twilight Issues in International Arbitration: In Search of an Applicable Law»* (Paris Sciences Po Law School, 19 October 2017); «*Regulating Arbitration Ethics? A Conversation»* (Center for American and International Law, 14–16 June 2017); «*Ethics in International Arbitration»* (ICC, 23–25 June 2016); «*Future of Ethics in International Arbitration Conference – What to Expect»* (Queen Mary Institute for Regulation and Ethics, 11 September 2014).

The scope of the present article only covers counsel's ethical conduct and will not touch upon another big topic currently under debate: arbitrator's ethics.

Unethical conduct may be defined as either a breach of an express ethical rule, or a breach of the overall principle underpinning the rule, *i.e.* safeguarding the interest of the client entrusted to the lawyer as a fiduciary. This is the only workable definition we find in the context of international arbitration.

There are a few recurrent problems arising in the sphere of counsel's unethical conduct. After analyzing doctrinal approaches and a number of international cases, we came to the conclusion that the majority of ethical issues in international arbitration can be categorized as follows<sup>1</sup>:

- improper counsel / arbitrator relationships (*e.g.*, *ex parte* communicating or having a common financial interest);
- procedural unethicalities (*e.g.*, tampering with evidence);
- unethical relations with the client (*e.g.*, not updating the client on the case status); and
- conflicts of interest (*e.g.*, representing a client against a former client in the same or a connected case).

The importance of ethics in arbitration is in contrast to its status in Russian or foreign legal doctrine, *i.e.* there has been very little interest. Despite the fact that the problem of unethical conduct by counsel in international arbitration has been a recurring issue over the last few years, not much has been done about it in the international arena. International arbitration brings together parties from various countries and legal systems. As such, one of its core challenges is to provide a level playing field for all parties. This recognizes the fact that parties may be subject to different domestic rules which will impact their ability to compete in the legal process.

The topic of ethics in arbitration can be developed from two angles: arbitrators' ethics and counsels' ethics. On one hand, international arbitration institutions have already addressed for decades the question of *arbitrators' ethics*. Recently, for example, two important codified guidelines for arbitrators' ethics were modified<sup>2</sup>. On the other hand, the question of *counsels' ethics* remains largely unaddressed and has been durably relegated to a secondary issue. In many jurisdictions, it is not covered at all. Arbitration rules also do not provide sufficient guidelines or regulations.

---

<sup>1</sup> Please note that since there are many arbitration awards, which are not public, we cannot label this classification as exhaustive.

<sup>2</sup> The ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes and the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration reformed their old Code and Rules, respectively.

It is important to recall here that parties in international arbitration are free in their choice of representative. Accordingly, in a dispute there are often representatives subject to different ethical norms. This is closely related to the nature of international arbitration and the character of disputes that are to be resolved through arbitration mechanisms. Jurisdictions look differently at the applicability of national and international codes of professional ethics to international arbitration. Different ethical regulations in different jurisdictions are potential grounds for procedural battles. Mostly, representatives of the parties are lawyers obliged to follow the rules governing their professional activities adopted in the jurisdiction in which they are admitted to practice. Since the professional conduct regulations governing counsel to parties in a dispute differ, a conflict might arise, which could negatively affect the process and outcome of arbitration.

In addition to content, the rules may also differ in scope. Some jurisdictions have provisions regulating the extraterritorial reach, imposing an obligation to comply with the rules even when counsel is representing a party in a different jurisdiction. Beyond that, the party whose counsel is subject to lower ethical standards may gain an unfair advantage in the proceedings over the party whose counsel is subject to higher ethical standards. Moreover, some national rules are limited in that they do not cover the specificity of professional conduct before international arbitral tribunals<sup>1</sup>. Academic research has shown that, when each state (or even bar) applies its own disciplinary rules, counsels may be subject to different standards in the same proceeding<sup>2</sup>. This is not fair.

However, superseding a licensed lawyer's domestic ethical obligations by a supranational body of rules may not solve the problem. In that vein, it is also not satisfactory to rely on the rules of the seat of arbitration, as counsels are generally not familiar enough with such local rules to use them as an absolute reference. One solution could be to give local counsels the monopoly to act at each particular arbitration seat as was recently the case in the United Arab Emirates. However, as was discussed during the GAR Live Dubai, this may be a setback to the effectiveness of arbitration and the access to dispute resolution mechanisms by permitting only Emirati lawyers to act in cases seated in the UAE under this new law<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Ch.B. Rosenberg & M.I. Khan*, Who Should Regulate Counsel Conduct in International Arbitration? (18 April 2016) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/04/18/who-should-regulate-counsel-conduct-in-international-arbitration/>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> *G.B. Born*, International Commercial Arbitration, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 2318–2319.

<sup>3</sup> More information available at: <<http://gar.live/dubai2017>> (last accessed – 20 February 2018).

Parties to arbitration and arbitrators usually come from different jurisdictions and legal systems. As such, it is far more useful to allow participation of counsels with different legal background than it is to restrict participation to counsel of the arbitration jurisdiction. This maintains arbitration as a truly international process, and embraces the fact that the parties to the dispute will also come with different perspectives, some of which may not be compatible with the legal perspectives of counsel at the seat of arbitration.

A potential solution to resolve differences in counsel ethics is to find a universal mechanism to regulate conduct of counsels in international arbitration worldwide. It is not a secret that there is a relationship between the legal system of a country and the attitude of counsel towards ethical standards. Nonetheless, the international arbitral community is now in need of international regulation over the ethical aspects of arbitration. This mainly concerns parties' counsels since arbitrators' ethics and conduct are now mostly regulated by institutional rules of arbitration, international guidelines, and the national arbitration legislations of the most popular arbitration seats.

Thus, our primary focus here is to analyze the current doctrine and case law and to propose new ways of developing counsel ethics. We will focus on specific precedents in order to determine whether problems of counsel ethics are not only doctrinal but also known to international arbitration practice. Moreover, we will also elaborate on the majority view regarding a uniform international regulation of ethics in arbitration and describe the previous initiatives undertaken to resolve the question of counsels' ethics.

## **2. International Regulation of Counsels' Ethics**

The international arbitration community has been discussing the topic of counsel ethics for several years now. The main debate is on the method of regulating<sup>1</sup> the conduct of a counsel in an international context. The majority agrees that the arbitration process should be grounded in international ethical principles and the ethical standards should be high. This is underpinned by the idea that unethical acts undermine the effectiveness and popularity of arbitration as a high-level dispute resolution mechanism. In Russia, criticisms of ethical principles in Russian seated arbitration have been voiced in the past, which is one of the reasons why Russian parties trust foreign arbitral

---

<sup>1</sup> Here we refer to some sort of «regulating» as a mechanism of solving the problem, not necessarily a list of rules or guidelines (as we will see below, different possible tools are under discussion at the moment).

institutions and counsels more than Russian ones. Effective ethical regulation would make international arbitration more attractive and would help to develop better practices of dispute resolution<sup>1</sup>. Of course, this is not only a Russian or CIS problem; ethical issues of international proceedings should be resolved at an international level. With that in mind, proposals for the implementation of an international regulation have emerged. Interestingly, some believe that such regulation should be based on different legal cultures and take the form of a universal document in order to be effective in different jurisdictions<sup>2</sup>. Conversely, some believe that despite all efforts to renew counsel's ethical standards, even new codified norms will not clarify the ethical scope of arbitration in itself<sup>3</sup>.

### 2.1. Arbitrators' Inherent Powers

Since it is quite challenging and not always efficient to rely on national norms in the sphere of international arbitration, some international arbitral tribunals resolve such issues based on their inherent powers. We decided to retain a sample of proceedings in which a question of counsel's ethics arose in one or another way. Notably, these cases are mainly investment arbitration cases, given that their level of publicity is higher due to the participation of a state.

In *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Slovenia*<sup>4</sup>, the International Center for Settlement of Investment Disputes (hereinafter – ICSID) tribunal had to rule on whether or not it had the power to prevent a potential conflict

<sup>1</sup> A.S. Komarov, *Obshchie nachala i printsipy mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha i sovremennaya rossiyskaya praktika* [Fundamentals of International Commercial Arbitration and Modern Russian Practice], in: A.I. Muranov & V.V. Plekhanov (eds.), *Transgranichnyy trgovyy oborot i pravo: Liber amicorum v chest' 50-letiya A.N. Zhiltsova* [Transnational Trade and Law: *Liber amicorum* in Honour of the 50<sup>th</sup> Anniversary of A.N. Zhiltsov], Moscow: Infotropic Media, 2013, p. 119–138.

<sup>2</sup> T.V. Slipachuk, *Voprosy etiki v mezhdunarodnom arbitrazhe* [Ethical Issues in International Arbitration], in: A.A. Kostin (ed.), *Mezhdunarodnyy kommercheskiy arbitrazh: sovremennye problemy i resheniya* [International Commercial Arbitration: Contemporary Challenges and Solutions]: Collection of Articles in Commemoration of the 80<sup>th</sup> Anniversary of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow: Statut, 2012, p. 355–368.

<sup>3</sup> A.C. Ortiz, *The Importance of Ethics in the Role of Arbitrators*, *Revista Análisis Internacional (RAI)*, Vol. 4 (2013), No. 7, p. 39–53 <<https://revistas.utadeo.edu.co/index.php/RAI/article/view/872/884>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>4</sup> ICSID Case No. ARB/05/24, *Order Concerning the Participation of Counsel* (6 May 2008) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw6289.pdf>> (last accessed – 20 February 2018).

of interest arising out of Slovenia's choice of counsel. The tribunal had to decide whether counsel David Mildon QC (Essex Court Chambers) could represent Slovenia in further proceedings, as Slovenia's opponent, *Hrvatska Elektroprivreda*, presented a challenge on conflict of interest grounds. Mr. David Mildon QC was added on the later stage of the proceedings when *Allen & Overy* (the firm representing Slovenia) submitted its list of Paris hearing attendees to the secretary of the tribunal. Claimant alleged that a conflict of interest could arise because the president of the arbitral tribunal was a door tenant at the Essex Court Chambers. The tribunal ruled that, although there was no express provision in the ICSID Rules on how to deal with such a situation, the tribunal had the inherent power to resolve the issue<sup>1</sup>. The arbitrators further noted that it was within the tribunal's power to preserve the integrity of the proceedings and refuse the intervention of Mr. David Mildon on behalf of Slovenia.

The same approach regarding the tribunal's inherent powers was later restated in the ruling by another ICSID tribunal in *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*<sup>2</sup>. In that case the tribunal once again underlined that, although the ICSID Rules do not contain any explicit provisions allowing a tribunal to rule on counsel conduct, this was one of the tribunal's inherent powers. Importantly, the tribunal in that case explicitly stated that power is limited and should be used rarely. However, the tribunal refused to order the removal of the counsel upon the respondent's application which was made on the grounds of there being potential bias on the part of the arbitrator. Surprisingly, the respondent did not ask the tribunal to remove the arbitrator and elected to challenge the claimant's counsel instead. In the end, the tribunal expressly refrained from deciding the limits of its inherent power and highlighted that it was to be exercised only if there is a compelling need to safeguard the essential integrity of the entire arbitral process.

These cases are examples of situations where arbitral tribunals did not refrain from ruling on counsel conduct, even in the absence of express provisions and powers. With regard to the legal basis for doing so, one can wonder whether national and regional law on professional conduct can play a significant role in such rulings. The answer can again be found in investment arbitration cases.

---

<sup>1</sup> *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v. Slovenia*, Order Concerning the Participation of Counsel, ¶ 33.

<sup>2</sup> ICSID Case No ARB/06/3, Decision of the Tribunal on the Participation of a Counsel (14 January 2010) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0718.pdf>> (last accessed – 20 February 2018).

For example, in the *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines* decision<sup>1</sup> the claims arose out of the annulment of a concession contract for the construction and operation of an international passenger terminal in Manila airport. During the subsequent investment arbitration proceeding the *ad hoc* Committee was faced with the issue of disqualifying Fraport's counsel, Mr. Schwartz (Paris and California Bar member), who firstly appeared in the annulment proceeding on behalf of Fraport's opponent, the Philippines. The Philippines as a respondent objected to Mr. Schwartz's representation based on the fact that he had already represented the Philippines in related proceeding. More precisely, he «received the case file and discussed case strategy with representatives of Respondent»<sup>2</sup>. Mr. Schwarz, however, objected to the respondent's allegation and denied prior representation of the Philippines. Furthermore, Mr. Schwartz invited the representative of the respondent to «submit the matter to the appropriate bar authorities»<sup>3</sup>. The *ad hoc* Committee noted that it was not bound by any specific provision of the laws or professional codes of any other jurisdiction, including Californian law on legal ethics or the European Union Code of Conduct for Lawyers. Thus, the Committee came to the conclusion that it could not prevent a party from having access to the counsel of its choice in the absence of clear evidence of a prejudice. Mr. Schwartz's representation of *Fraport* was allowed.

These cases underline the existence of important practical implications of counsel's ethics in international arbitration. Another set of cases helps to address intertwined question of the extent and form of sanctions on parties or counsels for counsel's unethical conduct. Important information may again be derived from the review of arbitral awards.

In *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*<sup>4</sup>, the ICSID tribunal found the claimant liable for the costs of the proceedings and ordered it to contribute all costs the respondent had paid to ICSID (USD 265,000) and another USD 100,000 to cover the respondent's legal fees. The tribunal shifted the respondent's legal representation costs to the claimant as a sanction for «convoluted, repetitive, and legally incoherent» submissions and unsatisfactory

<sup>1</sup> ICSID Case No. ARB/03/25, Decision on Application for Disqualification of Counsel (18 September 2008), <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1325.pdf>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 7 (quoting letter of 19 May 2008 to the Committee).

<sup>3</sup> *Ibid.*, ¶ 8.

<sup>4</sup> ICSID Case No. ARB/00/9, Award (16 September 2003) <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>> (last accessed – 20 February 2018).

representation of the facts<sup>1</sup>. Initially, the Respondent had claimed costs of USD 739,309.80. However, the tribunal found the cost submissions to be «*uncorroborated*» and «*vastly overstated*»<sup>2</sup>.

In a relatively recent case, *Croatia v. Slovenia*, maritime border dispute before the Permanent Court of Arbitration tribunal, Croatia produced the transcripts of *ex parte* telephone conversations between the arbitrator appointed by Solvenia and the Slovenian counsel<sup>3</sup>. Those *ex parte* conversations were on the issues discussed by the arbitrators in the ongoing arbitration. Croatia contended that the conversations between the arbitrator appointed by Slovenia and the Slovenian representative revealed that «*the most fundamental principles of procedural fairness, due process, impartiality and integrity of the arbitral process have been systematically and gravely violated...*», despite «*the Terms of Appointment provide[d] in Section 9.1 that „(t)he Parties shall not engage in any oral or written communications with any member of Arbitral Tribunal ex parte in connection with the subject matter of the arbitration or any procedural issues that are related to the proceedings“*»<sup>4</sup>.

The tribunal noted that it had the duty to safeguard the integrity of the arbitral process<sup>5</sup>. In determining whether the process was affected by the unethical behavior of the arbitrator and the counsel, the tribunal noted that both resigned from their positions once their conduct was exposed. However, in its final award the tribunal allocated arbitral costs in equal shares, since neither of the parties requested the tribunal to make any other ruling<sup>6</sup>.

Thus, in the absence of a global counsels' ethics regulation, some tribunals have found themselves to be in a position to rule on counsels' unethical conduct based on their inherent power. However, tribunals are quite reluctant to sanction counsels and question their unethical behavior unless it serves the compelling need of safeguarding the integrity of the arbitral process.

---

<sup>1</sup> *Generation Ukraine, Inc. v. Ukraine*, Award, ¶ 24.2.

<sup>2</sup> *Ibid.*, ¶ 24.8.

<sup>3</sup> Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia, PCA Case No. 2012-04, Partial Award (30 June 2016), <<https://pcacases.com/web/sendAttach/1787>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>4</sup> *Ibid.*, ¶ 80 (quoting letter of 24 July 2015).

<sup>5</sup> *Ibid.*, ¶ 183.

<sup>6</sup> Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia, PCA Case No. 2012-04, Final Award (29 June 2017), ¶ 1143 <<https://pcacases.com/web/sendAttach/2172>> (last accessed – 20 February 2018).

## 2.2. IBA Guidelines and Other Proposals on Uniform Set of Rules of Counsel's Ethics in Arbitration

There may be a risk to fairness and integrity of the international arbitral process in situations where counsels are bound only by the standards of the bar they are admitted to. Particularly, this could encourage clients to choose counsels from a jurisdiction with «lower» ethical standards to benefit from some sort of unfair ethical advantage. To solve this disparity, one of the most popular ideas to restore ethical integrity in international arbitration is to create a uniform code of ethics for counsel in international arbitration.

There has already been some work in this direction. The International Bar Association (hereinafter – IBA) initiated the movement by appointing a task force in 2008<sup>1</sup>. Its main goal was to investigate different aspects of the potential implementation of a new standardized Code for Counsel Ethics and, as such, a survey was produced to help determine the form, substance and whether at all to formulate a new standardized code. This gave birth to the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration of 2013<sup>2</sup> (hereinafter – IBA Guidelines).

Most arbitration practitioners have praised the relatively recent IBA Guidelines as a unified ethics document and support its endeavor to provide a clear and transparent framework for arbitrators<sup>3</sup>. The production of the IBA Guidelines was of unusual significance given that national legislations are often not primarily aimed at codifying international legal practice standards. However, a system in which a limited number of nationalities determine the international standard risks unfairness. Consequently, the consolidation of an international ethical standard for counsels, similar in that spirit to the IBA institutional standard for arbitrators, might be part of the solution to improve arbitration<sup>4</sup>.

To focus more on the IBA Guidelines, we note that they address the main possible issues of party representation in international arbitration, e.g. com-

<sup>1</sup> IBA Task Force on Counsel Ethics in International Arbitration Survey (26 February 2013) <<http://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=610bbf6e-cf02-45ae-8c3a-70dfdb2274a5>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> Available at: <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>3</sup> *S.D. Orsi*, Ethics in International Arbitration: New Considerations for Arbitrators and Counsel, *Arbitration Brief*, Vol. 3 (2013), No. 1, p. 92–114 <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=ab>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>4</sup> *Ph. Peters*, Can I Do This? – Arbitrator's Ethics (9 November 2010) <<http://arbitration-blog.kluwerarbitration.com/2010/11/09/can-i-do-this-arbitrators-ethics/>> (last accessed – 20 February 2018).

munications with arbitrators, submissions, information exchange / disclosure, witnesses and experts. As stated in the preamble of the IBA Guidelines, they are not in any way displacing any mandatory rules, but are of a contractual nature. Although tribunals, parties and counsels may use them, none are obliged to do so. The use of the guidelines remains at their sole discretion. The idea of the IBA Guidelines is to assist the parties by giving them a tool to use in case an issue concerning counsel's professional conduct arises.

Another example of an attempt at standardization worth mentioning is the Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals (hereinafter – Hague Principles)<sup>1</sup>. A Study Group established by the International Law Association (hereinafter – Study Group) created them in 2010. The Study Group, led by prominent academics, worked for a period of two years with the aim of identifying and formulating the minimal ethical standard for counsel appearing before international arbitral tribunals and courts<sup>2</sup>. Since the Hague Principles were among the first initiatives in the field, they «*represented a first step*» towards unifying ethical standards and principles for representatives before international courts and tribunals. They were intended to stimulate debate on the counsels' ethics in the international community and to «*contribute to future developments*»<sup>3</sup>.

The Hague Principles are non-binding but have the potential to apply to any person before an international court or tribunal upon parties' agreement. They contain four concepts to be followed by international practitioners: (1) fair administration of justice; (2) independence; (3) professionalism; and (4) confidentiality. Specifically, the Hague Principles cover the following problems: (1) relations with the client; (2) conflicts of interest; (3) relations with the international court or tribunal; (4) presentation of evidence; and (5) relations with the other participants of an international arbitration / litigation.

The other documents resembling the Hague Principles (e.g., the IBA Guidelines) aim at assisting arbitrators in deciding on the counsel's conduct. The main difference between the Hague Principles and other comparable

---

<sup>1</sup> Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 10 (2011), Issue 1, p. 6–15 <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/157180311x565151>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> Ph. Sands, The ILA Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals, Law & Practice of International Courts and Tribunals, Vol. 10 (2011), Issue 1, p. 1–5 <<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/157180311x565151>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>3</sup> Ibid., p. 1.

documents is that the Hague Principles were intended to assist counsels in case they are faced with a particular challenge and are not sure whether their future action may be regarded as unethical.

Reference should be made to the Chartered Institute of Arbitrators (hereinafter – CI Arb), produced by a global professional membership organization of alternative dispute practitioners. It surely represents another source of a high interest in the sphere of counsel's ethics in international arbitration. In October 2009, CI Arb issued a Code of Professional and Ethical Conduct<sup>1</sup> (hereinafter – CI Arb Code), which is only applicable to members. CI Arb Code was published pursuant to the CI Arb Bye-Laws as a reminder of the moral and professional principles which should govern the member's conduct at all times.

CI Arb Code is a great example of a document making a difference in the sphere of international arbitration counsels' ethics: it provides an effective set of disciplinary tools to be used in case of professional misconduct. However, it is circumscribed to CI Arb members and cannot serve as a unified regulation for all counsels involved in international arbitration. Nonetheless, the CI Arb Code has been in effective use for almost eight years now and served in the resolution of many ethics controversies. For example, in the famous *CI Arb and Andriy Astapov* case<sup>2</sup> the CI Arb's Professional Conduct Committee expelled Andriy Astapov, a Ukrainian (Kyiv) lawyer, who claimed that he paid a substantial sum of money to an expert in the course of ICSID arbitration involving Kazakhstan, whereas he, in fact, transferred the claimed sum to the offshore bank account of his law firm. Moreover, CI Arb also ordered Mr. Astapov to pay the costs incurred in course of this disciplinary proceeding in the amount of GBP 25,000.

The idea of implementing a universal code of ethical conduct is supported by well-known scholars such as Mr. Gary Born. Specifically, it is believed that «*the best eventual resolution... would be through the development of uniform international rules of professional conduct, applicable to counsel in international arbitral proceedings*»<sup>3</sup>. Although this sounds like a sensible

<sup>1</sup> Available at: <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/guidance-and-ethics/practice-guidelines-protocols-and-rules/code-of-professional-and-ethical-conduct-october-2009.pdf?sfvrsn=6>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>2</sup> Chartered Institute of Arbitrators and Andriy Astapov, Decision of the Disciplinary Tribunal (20 July 2015) <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/about-us/governance/Professional-Conduct/tribunal-final-decision-andriy-astapov-july-2015.pdf?sfvrsn=0>> (last accessed – 20 February 2018).

<sup>3</sup> *G.B. Born*, *International Commercial Arbitration*, 2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014, p. 2877.

solution, we believe that there are very little chances for it to succeed in practice. First, and most importantly, it would be hard to implement such a uniform code effectively, unless it took the form of a binding instrument approved and signed by a majority of jurisdictions like the New York Convention. In a modern, highly divided world, this seems an impossible feat to achieve. As such, the proposal must rest on the basis of non-binding discretionary enforcement by the different institutions, which would eventually undermine the instrument itself if tribunals are to implement it differently or not implement it at all.

Second, even if such a code were to be successful, it would still have significant downsides. For example, it would have little if any impact on proceedings where the party representatives are not members of the legal profession and the parties are representing themselves through in-house counsels, which happens quite often in small proceedings and proceedings involving states. Finally, such a code could bring even more confusion and opportunities to obstruct the arbitration process with multiple grievances and submissions and their additional time and costs.

### ***2.3. Rules of Arbitral Institutions***

In response to the ethics challenges, arbitral institutions have begun developing some guiding principles for arbitrations under their rules. This seems to be a positive phenomenon, especially since arbitral institutions may give tribunals real powers to regulate counsel conduct through their rules<sup>1</sup>.

Based on these considerations, it seems that arbitral institutions themselves may bring about a real change by introducing rules governing the conduct of counsel appearing before arbitral tribunals.

For example, the London International Court of Arbitration (hereinafter – LCIA) updated its Arbitration Rules (hereinafter – LCIA Rules) in 2014 and included an Annex for legal representatives participating in LCIA arbitration<sup>2</sup> (hereinafter – Annex). The Annex includes a mandatory set of rules governing the conduct of counsel participating in arbitrations governed by LCIA Rules.

---

<sup>1</sup> This is also supported by the Queen Mary / White & Case International Arbitration Survey (see: 2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration <<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/164761.pdf>> (last accessed – 20 February 2018)), which indicated 35 % of respondents supported the regulating of counsel conduct through institutional rules.

<sup>2</sup> Annex to the LCIA Rules: General Guidelines for the Parties' Legal Representatives (Articles 18.5 and 18.6 of the LCIA Rules) <<http://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=379>> (last accessed – 20 February 2018).

The Annex prohibits performance of the following activities: (1) obstructing the arbitration or jeopardizing the finality of any award; (2) making a false statement to the Arbitral Tribunal or the LCIA; (3) knowing procurement, reliance or assistance in the preparation of false evidence; (4) knowing concealment or assistance in the concealment of any document / part of the document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal; (5) deliberate initiation or attempt to initiate any unilateral contact relating to the arbitration or the parties' dispute with any member of the Arbitral Tribunal or with any member of the LCIA Court (excluding the Registrar) making any determination or decision in regard to the arbitration without a written disclosure prior to or shortly after the time of such contact to all other parties, all members of the Arbitral Tribunal (if comprised of more than one arbitrator) and the LCIA. Under Art. 18.5 of LCIA Rules the parties are to ensure that their legal representatives are familiar and agree to comply with the Annex. In case the Arbitral Tribunal finds an ethics violation, it can impose the following sanctions provided in Art. 18.6: (1) written reprimand; (2) written caution as to future conduct; and (3) any other measures deemed necessary by the tribunal to maintain its general duties. The LCIA Rules provide a good set of ethical norms. However, there are some flaws in their language<sup>1</sup>, in particular that they are of a suggestive rather than mandatory nature.

The Rules of Arbitration of International Commercial Disputes of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (hereinafter – ICAC) in § 26(2) provide that the ICAC bodies, authorized officials and the arbitral tribunal may take relevant measures when a party's representative fails to comply with the ICAC Rules. For instance, the arbitral tribunal might take into consideration the improper conduct of the counsel when deciding on distribution of arbitration expenses, make a warning or offer the party opportunity to appoint another representative.

As we have seen, no tribunal has been granted an explicit power to impose sanctions, such as disqualification, under any of the current arbitral rules in force.

#### ***2.4. Creation of an International Disciplinary Body***

In contrast with the view that international rule making could be the optimal solution, some believe that soft law will regulate ethics issues: it is

---

<sup>1</sup> *Chr. Bustos*, Empty Rhetoric: The Failings of the LCIA's Ethical Rules for Legal Counsel and Alternatives, Yearbook on Arbitration and Mediation, Vol. 7 (2015), P. 315 ff. <<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.ru/&httpsredir=1&article=1046&context=arbitrationlawreview>> (last accessed – 20 February 2018).

a matter of practitioners' morals and reputation and should not be subject to stricter rules<sup>1</sup>.

In this regard, some have proposed a model for effective «*ethical self-regulation*», meaning regulation of professional conduct at an international level within both new or existing arbitral procedures and structures<sup>2</sup>.

The creation of International Arbitration Ethics Council or another international body capable of supervising and assessing ethical issues in international arbitration seems to be an effective tool for the regulation of counsels' ethics. Although such a council would not be sanctioning counsels or issuing orders, it would be comprised of the world-renowned specialists with extensive knowledge and experience in international arbitration. Those specialists would be in a position to prepare opinions and recommendations on the best way to implement ethical norms into national legislation and arbitration rules. They could also prepare an annual review of arbitration cases involving unethicity and the way it influenced the outcome of the case and the proceeding in general. This would provide invaluable guidance for both parties and counsels making strategic case decisions.

Moreover, since such a council would be composed of well-known international arbitration practitioners from all around the world, it would be in a position to make counsels from different legal cultures familiar with ethical norms of other cultures. This would help with the overall development of arbitration and cultural tolerance among the arbitration society.

Finally, it could also maintain a list of identified unethical behavior and / or a corresponding list of representatives involved to help guide parties in their choice of arbitrators and counsels.

There has already been a similar initiative in 2014 by the Swiss Arbitration Association (Association Suisse de l'Arbitrage (hereinafter – ASA)), whose President proposed a Global Arbitration Ethics Council. Reactions to that proposal varied greatly from hostile to enthusiastic and lead to the creation of an informal working group in November 2015, chaired by the ASA<sup>3</sup>. In Oc-

---

<sup>1</sup> E. Sussman, Part III. Ethics in International Arbitration: Soft Law Guidance for Arbitrators and Party Representatives, in: L.W. Newman, M.J. Radine (eds.), *Soft Law in International Arbitration*, NY: Juris Pub., 2014, p. 239–320.

<sup>2</sup> C. Rogers, *Ethics in International Arbitration*, Oxford: Oxford University Press, 2014.

<sup>3</sup> More about this initiative read in the article prepared by Sebastiano Nessi (Schellenberg Wittmer) (see: S. Nessi, *Creation of a Global Arbitration Ethics Council: The Swiss Arbitration Association Declares That Time Has Not Yet Come* (10 November 2016) <<http://arbitrationblog.practicallaw.com/creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-the-swiss-arbitration-association-declares-that-time-has-not-yet-come/>> (last accessed – 20 February 2018)).

tober 2016, the ASA working group released its findings on whether to create Global Arbitration Ethics Council<sup>1</sup>. The main conclusion of the ASA working group was that it was not the right time for such a global council initiative, even though arbitration associations may still implement internal disciplinary procedures to avoid concerns related to counsels' misconduct.

### 3. Conclusion

To the great disadvantage of international arbitration as a dispute resolution method, as of today, a counsel may act unethically without being punished by the tribunal. In this case, the punishment may fall on the party represented by such a counsel, for example in the form of a payment of all the arbitral costs. Moreover, if the party approves the unethical conduct of its representative, such counsel would most likely not be disqualified, unless the party fires him or he decides to resign himself.

At the moment, the field of counsel's ethics is in need of further development. Such a development should bring an effective system of sanctions for counsels' misconduct. Without an effective mechanism of sanctions, even the most brilliantly drafted codes or guidelines will be of little use. The most useful sanctions would be those imposed by the tribunal or the administering institution, who know better the case facts and particular counsel's behavior.

It is also true that to regulate conduct of counsels the tribunal should incorporate standards of behavior into procedural documents from the very beginning of the arbitration. Especially, the ideal would be to give the tribunal the power to issue regulations and sanctions regarding counsels' ethics, which would not be in conflict with requirements of national legislatures or bar opinions. The most effective way to achieve this is through institutional arbitration rules, which is already the case in one or another form for LCIA and ICAC rules.

The other problem is that currently an unethical counsel's behavior results in sanctions falling back on represented parties, not counsels. For example, the imposing of costs, disregarding of evidence and drawing of adverse inferences will all have an adverse effect on the party's case, not on the future conduct or financial situation of the misbehaving counsel.

Consequently, there is a need for a new universal system of ethics regulation with sanctions targeting counsels. However, we do not believe that a uni-

<sup>1</sup> More on that topic see: Too Early for Global Arbitration Ethics Council (ASA Working Group) (5 October 2016) <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-003-7751?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-003-7751?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)> (last accessed – 20 February 2018).

fied code of counsels' ethics will be a quick or effective solution. It may be better to regulate through institutional rules and reputational consequences for unethical behavior. Although the idea of a unified codification of counsels' ethical rules is now dominating the arbitration community, we believe that this is not the best possible solution to the problem. Instead, we propose a change to the approach through the practical solutions below.

We believe that it would be more efficient to create an international guideline for arbitral institutions, which would suggest incorporating uniform provisions into each set of arbitral rules. Either IBA's task force or another arbitration association or organization can come up with such provisions. As a consequence, ethics norms would become a part of the procedural rules applicable to arbitral proceedings. This would give arbitral institutions grounds to uniformly control counsels' ethics and subject all counsels in a particular arbitration proceeding to the same set of rules. More specifically, such provisions should not only include standards of conduct, but also provisions on strict sanctions of unethical behavior.

Since there is a chance that arbitral institutions would not want to amend their rules we recommend the creation of a special database of counsels where parties, arbitral institutions, and state arbitration regulators could report unethical conduct of identified arbitration practitioners. This, for example, can be made in collaboration with the *Arbitration Intelligence* platform (<http://www.arbitratorintelligence.org/>), the aim of which is to promote transparency, accountability, and diversity in arbitrator appointments<sup>1</sup>. This database would serve as a moral and reputational regulator. Since reputation is of high importance in international arbitration, such a database could be a great internal regulator on a «name and shame» basis, without the need for institutional support or other contributions.

---

<sup>1</sup> Once fully developed *Arbitrator Intelligence* aims to become a «*non-profit, interactive informational network that increases and equalizes access to critical information in the arbitrator selection process*», which enriches its database through a questionnaire. At the moment *Arbitrator Intelligence* comprises information on approximately 3,000 arbitral awards and orders. For more information, see: C.A. Rogers, The International Arbitrator Information Project: From an Ideation to Operation (10 December 2012) <<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/12/10/the-international-arbitrator-information-project-from-an-ideation-to-operation/>> (last accessed – 20 February 2018).

## НЕЗАКОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: ВРЕМЯ ДЛЯ ЕДИНЫХ СТАНДАРТОВ?

О.А. ЦВЕТКОВА<sup>1</sup>,

LL.M., адвокат, старший юрист адвокатского бюро  
«Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры»

*Незаконные доказательства представляют угрозу для международного арбитража, и необходима единообразная политика по вопросам их допустимости. Текущее регулирование и практика не позволяют говорить о наличии каких-либо стандартов, оставляя их полностью на усмотрение арбитров.*

*Формирование единых подходов к доказательствам, полученным незаконным путем, включая презумпцию их недопустимости и условий, при которых из нее могут быть сделаны исключения, будет способствовать развитию более прозрачной и последовательной практики и позволит создать более четкие ориентиры, позволяющие находить в каждом деле баланс между поиском справедливости и защитой сторон от посягательств на их права при сборе доказательств.*

*Ключевые слова: третейские суды; международный арбитраж; WikiLeaks; сбор доказательств; незаконные доказательства; недопустимые доказательства; допустимость; единые стандарты.*



<sup>1</sup> В статье изложены собственное мнение и выводы автора, которые могут не совпадать с позицией адвокатского бюро «Егоров, Пугинский, Афанасьев и партнеры».

## ILLEGAL EVIDENCE IN INTERNATIONAL ARBITRATION: TIME FOR A UNIFORM APPROACH?

OLGA TSVETKOVA,  
LL.M., Attorney (Senior Associate) at  
*Egorov Puginsky Afanasiev & Partners*

*Illegal evidence poses a danger to international arbitration, which is why there is a need for a uniform approach to the issue of its admissibility. The current regulations and their implementation don't provide for a standard and leave it wholly within the purview of the arbitrators.*

*Formulating identical policies towards improperly obtained evidence, including a presumption against its admissibility and exceptions thereto, would lead to a more transparent and consistent application of the rules and would establish more well-defined criteria for creating a balance between the search for the truth in each case and the infringement on the rights of the parties in the evidence gathering process.*

*Keywords: international arbitration; WikiLeaks; evidence collection; illegal evidence; inadmissible evidence; admissibility; uniform approach.*



## 1. Постановка проблемы

Сбор доказательств является неотъемлемой частью любого разбирательства и в большинстве случаев единственным способом выиграть дело. Однако слишком рьяные попытки получить заветную информацию или материалы могут привести не только к существенным нарушениям в отдельно взятом деле. В своем крайнем проявлении это ведет к трансформации институтов, предназначенных для разрешения споров, в источник еще более острых конфликтов<sup>1</sup>.

Международная арбитражная практика последних лет выявила две взаимосвязанные тенденции:

1) в отсутствие единых стандартов допустимости арбитры склонны принимать во внимание, а иногда и основывать свои решения практически на любых доказательствах;

2) используя широкое усмотрение арбитров по вопросам допустимости, а также развитие технологий сбора доказательств, стороны все чаще представляют материалы, источник которых как минимум вызывает большие сомнения.

Отсутствие единообразного подхода ведет к формированию непредсказуемой практики. Оценка позиции стороны во многом зависит от общих взглядов арбитров (как правило, основывающихся на своем национальном праве) на допустимость тех или иных доказательств.

Можно возразить, что это не является проблемой в силу самой природы арбитражного трибунала, который создается для разрешения конкретного спора и в число задач которого, в отличие от государственного суда, не входит обеспечение единого или преемственного подхода к разрешению схожих вопросов, особенно процессуального характера, к которым относится допустимость доказательств.

Однако развитие и глобализация международного арбитража идут по пути формирования определенных общепризнанных стандартов, в том числе через так называемое «мягкое право». Применительно к правилам доказывания примером являются Правила Международной ассоциации юристов (IBA) по получению доказательств в международном арбитраже 2010 г.<sup>2</sup> (далее — Правила *IBA* о доказательствах).

<sup>1</sup> См. дискуссию: *Reisman W.M., Freedman E.E.* The Plaintiff's Dilemma: Illegally Obtained Evidence and Admissibility in International Adjudication // *American Journal of International Law*. 1982. Vol. 76. P. 737–753 <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1722&context=fss_papers)> (последнее посещение – 10 января 2018 г.).

<sup>2</sup> <<https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=D93AED22-2A27-4B1A-8455-D49711F66C18>> (последнее посещение – 10 января 2018 г.).

Кроме того, в случае с незаконными доказательствами противоречивые подходы арбитражных трибуналов затрагивают не только частные права. Стоит признать, что иногда речь идет не просто о нарушении норм права отдельной страны — ставятся под сомнение основные принципы любого разбирательства, а в ряде случаев и международный публичный порядок.

Цель настоящей статьи — рассмотреть возможность более последовательного подхода к проблеме незаконных доказательств в коммерческом арбитраже. Достаточно ли текущих международных стандартов допустимости доказательств? Должна ли существовать презумпция недопустимости незаконных доказательств? Стоит ли выработать определенные критерии, которыми могут руководствоваться арбитры и стороны при их оценке?

## **2. Что понимается под незаконными доказательствами в международном арбитраже?**

Точное определение незаконных доказательств, а тем более их перечень сложно встретить даже в национальном процессуальном законодательстве в силу многообразия форм доказательств и методов их получения.

Применительно к международному арбитражу, как правило, стороны вольны представлять доказательства в любой форме, и речь идет именно о незаконных методах их сбора. Таким образом, в широком смысле можно говорить о любых доказательствах, полученных неправомерным путем.

С точки зрения содержания доказательств наиболее сложные вопросы допустимости в международном арбитраже возникают в связи с неправомерным получением и использованием материалов и информации с ограниченным доступом, к которой может относиться государственная тайна, коммерческая, профессиональная тайна, тайна частной жизни и т.п.

Наглядный пример — материалы, публикуемые на сайте международной некоммерческой организации *WikiLeaks*, которые получены из анонимных источников и в результате утечки данных. На данный момент библиотека организации содержит, по ее сведениям, более 10 млн документов<sup>1</sup>, многие из которых подпадают под режим кон-

---

<sup>1</sup> What is WikiLeaks (3 November 2015) <<https://wikileaks.org/What-is-Wikileaks.html>> (последнее посещение — 17 декабря 2017 г.).

фиденциальности. Особую известность *WikiLeaks* получил в связи с опубликованием секретной дипломатической переписки США, информация из которой стала широко использоваться сторонами как в арбитражных, так и в судебных разбирательствах.

Существует множество других каналов утечки конфиденциальной информации. Один из примеров — доказательства, полученные в результате киберпреступлений, включая нередкие случаи взломов серверов организаций.

Другой распространенный пример незаконных доказательств — это аудио- или видеозаписи, сделанные без согласия участников, что во многих юрисдикциях находится под прямым запретом и признается незаконным.

В международной практике также выделяется проблема сбора доказательств с применением государственного принуждения. Это особенно показательно в арбитражных процессах по инвестиционным спорам с участием государств. Например, как относиться к допустимости материалов и информации, полученных в результате оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, если собранные таким образом доказательства используются впоследствии в международном арбитраже вне контекста расследования?

Актуальность вопроса повышается с ростом обвинений в использовании неправомερных средств сбора доказательств в публичных расследованиях. Из последних историй: специального прокурора США Роберта Мюллера обвиняют в незаконном получении тысяч электронных сообщений частного и конфиденциального характера в рамках расследования связей с Россией президентской кампании Дональда Трампа. Можно представить далеко идущие последствия таких историй и их потенциальное влияние на развитие института доказательств.

Данные примеры приведены для понимания широты палитры случаев, когда может возникнуть вопрос о допустимости доказательств в силу их незаконности. Безусловно, есть и более очевидные формы, в том числе вымогательство при сборе доказательств или получение свидетельских показаний под давлением.

Во всех рассматриваемых случаях речь может идти как о получении доказательств для конкретного разбирательства, так и об использовании в качестве доказательств ранее собранной информации; как лицом, собравшим доказательства самостоятельно или с привлечением третьих лиц (включая детективов), так и третьим лицом, использующим результаты чужого «труда».

### 3. Каковы стандарты допустимости доказательств в международном арбитраже?

Начиная с ранних этапов развития международного арбитража было признано, что правила доказывания в данной сфере отличаются от национальных и формируют отдельную систему, независимую от конкретных систем права<sup>1</sup>. Также признавалось, что при отсутствии специальной договоренности сторон трибунал не связан правовыми нормами в отношении недопустимости каких-либо доказательств<sup>2</sup>. Традиционно международные трибуналы не были склонны исключать доказательства на основании общих принципов либо предыдущей международной или национальной практики, если только сторона не доказала, что при их принятии будет нарушен применимый процессуальный закон<sup>3</sup>. Либеральный подход к допустимости доказательств объяснялся в том числе договорной природой международных трибуналов и их ограниченными полномочиями<sup>4</sup>.

Современное законодательство о международном арбитраже и международные арбитражные регламенты предусматривают широкое усмотрение арбитров по вопросам доказывания. Российское регулирование позволяет третейскому суду вести разбирательство таким образом, какой он считает надлежащим, в том числе в отношении определения допустимости, относимости и значимости доказательств<sup>5</sup>. Схожим образом регулирует вопрос и законодательство многих других стран, основанное на Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже<sup>6</sup>. Этот же подход применяется в арбитражных регламентах<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> *Lauterpacht H.* The So-Called Anglo-American and Continental Schools of Thought in International Law // *British Yearbook of International Law.* 1931. Vol. 12. P. 41.

<sup>2</sup> *Sandifer D.V.* Evidence before International Tribunals. — Charlottesville: University Press of Virginia, 1975.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> *Thirlway H.* Dilemma or Chimera? — Admissibility of Illegally Obtained Evidence in International Adjudication // *American Journal of International Law.* 1984. Vol. 78. No. 3. P. 638.

<sup>5</sup> Пункт 2 ст. 19 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

<sup>6</sup> Статья 19(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ предусматривает право арбитражного суда вести разбирательство таким образом, который он считает надлежащим, включая полномочия на определение допустимости, относимости, существенности и значимости любого доказательства.

<sup>7</sup> См., например, ст. 27(4) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, ст. 34(1) Арбитражного регламента Международного центра по урегулированию инвестицион-

Представляется бесспорным, что полномочия по определению допустимости любого доказательства подразумевают право трибунала исключать те из них, которые он посчитает недопустимыми. Некоторые арбитражные регламенты прямо это предусматривают<sup>1</sup>.

Наиболее подробное регулирование встречается в ст. 9(2) Правил *IBA* о доказательствах. Арбитры вправе исключить доказательство в том числе в силу юридического запрета или привилегии, конфиденциальности, особого политического или институционального значения. Правила *IBA* о доказательствах также позволяют арбитрам исключить доказательство из общих соображений справедливости и равенства сторон. При этом арбитры могут рассмотреть вопрос допустимости доказательства не только по ходатайству стороны, но и по своей инициативе. Если арбитры приходят к выводу, что при получении доказательств сторона не вела себя добросовестно, они могут также учитывать такое поведение при распределении арбитражных расходов (ст. 9(7)).

Отдельный вопрос – какое право применять при оценке правомерности доказательства? В доктрине высказывается позиция как в пользу права места арбитража в силу процессуального характера вопроса допустимости<sup>2</sup>, так и в пользу применимого к спору материального права, а также другого права, имеющего тесную связь с доказательством<sup>3</sup>. Некоторые арбитражные регламенты прямо освобождают арбитров при решении вопросов допустимости от необходимости применения норм о доказательствах какого-либо права<sup>4</sup>. Статья 9(2)(b) Правил *IBA* о доказательствах позволяет арбитрам применять любые нормы, которые они сочтут применимыми.

Таким образом, Правила *IBA* о доказательствах закладывают определенные ориентиры в отношении незаконных доказательств в нормах

---

ных споров (МЦУИС) (International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)).

<sup>1</sup> См., например, ст. 19.4 Арбитражного регламента Сингапурского международного арбитражного центра (Singapore International Arbitration Centre (далее – *SIAC*)), которая устанавливает право арбитров по своему усмотрению исключать доказательства.

<sup>2</sup> *Комаров В.В., Погорецкий В.Н.* Международный коммерческий арбитраж. – Х.: Право, 2009. С. 100 <<http://library.nlu.edu.ua/BIBLIOTEKA/SAIT/FAKULTET%208/1/Komarov.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>3</sup> *Пильков К.Н.* Доказательства и доказывание в международном коммерческом арбитраже: Научно-практическое пособие. – Киев: Освита України, 2016. С. 266.

<sup>4</sup> Например, правило 19.2 Арбитражного регламента *SIAC*.

юридически необязательного, но авторитетного «мягкого права». Этим регулирование вопроса ограничивается, и арбитры вправе избрать для себя любой подход к допустимости представленных им доказательств. В целом это находится в русле той свободы, которой пользуются арбитры при определении права, применимого и к существу спора в отсутствие соглашения сторон. Однако дискреция арбитров в вопросах допустимости шире, поскольку позволяет им не руководствоваться какими-либо определенными нормами, полагаясь преимущественно на собственные представления, а также практические соображения, связанные с риском отмены арбитражного решения или отказом в его исполнении.

#### **4. Каковы подходы к незаконным доказательствам в международной практике?**

В международной арбитражной практике за последние 10–15 лет представлен полный спектр взглядов трибуналов на проблему незаконных доказательств — от автоматического принятия до исключения всех незаконно полученных материалов в силу недопустимости.

##### **4.1. Инвестиционные споры**

Примером первого подхода служат инвестиционные споры по делу ЮКОСа, в которых арбитры прямо ссылались на представленные истцом материалы *WikiLeaks*<sup>1</sup>. В том числе на их основании был сделан вывод о том, что на аудиторов ЮКОСа из *PricewaterhouseCoopers* оказывалось давление со стороны российского правительства. Судя по отсутствию в арбитражном решении какого-либо анализа приемлемости использования таких доказательств, их допустимость презюмировалась.

Можно привести примеры инвестиционных споров, в которых трибуналы также не комментировали допустимость представленных материалов *WikiLeaks*, обходя, однако, этот вопрос на основании того, что документы не релевантны для дела<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См., например: *Hulley Enterprises Ltd. v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, Final Award (18 July 2014), ¶¶ 1186, 1189, 1199 и др. <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3278.pdf>> (последнее посещение — 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> См., например: *Kiliç İnşaat İthalat İhracat Sanayi Ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/1; *Opic Karimum Corp. v. The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/14. В деле *ConocoPhillips Petrozuata B.V. & Ors. v. The*

Иной подход был выбран арбитрами в инвестиционном споре между *Caratube* и Казахстаном<sup>1</sup>. Истец представил переписку, полученную в результате хакерской атаки на правительственную компьютерную сеть Казахстана и опубликованную на сайте под названием *Kazakhleaks*. Трибунал, ссылаясь среди прочего на ст. 9 Правил *IBA* о доказательствах, учел необходимость борьбы с киберпреступностью и проблему принятия конфиденциальных материалов, полученных в результате кибератаки, но также сослался на необходимость оценить информацию из публичных источников, которая потенциально существенна для дела и игнорирование которой может привести к неправильному решению.

В результате трибунал применил дифференцированный подход. Допустимыми были признаны только те материалы, которые не защищены режимом адвокатской тайны. Было указано, что их достоверность может быть оспорена ответчиком после приобщения к делу. При этом выявление участия стороны в незаконном получении таких материалов, по мнению трибунала, изменило бы баланс в пользу их недопустимости. Что касается конфиденциальных материалов, трибунал указал на универсальный характер этого режима и его превалирование над фактом публичности доказательств, а также на то, что сторона не может считаться отказавшейся от адвокатской тайны даже в случае утечки соответствующих материалов и последующего открытия доступа к ним.

Еще в одном инвестиционном споре — по иску *Methanex* к США — речь шла о документах, полученных истцом с помощью детективов, которые изучали содержимое мусорных баков на территории лоббистской компании в Калифорнии. Истец оспаривал незаконность действий, поскольку, по его мнению, материалы находились в общественном

---

*Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/30) государство представило материалы *WikiLeaks* уже после вынесения арбитражного решения, чтобы обосновать необходимость пересмотра арбитрами своих выводов. Трибунал отказал в пересмотре, не комментируя материалы, однако в особом мнении один из арбитров указал на большую важность для дела представленной в них информации (см.: *Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab* (10 May 2014), ¶ 24, 64 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3121.pdf>> (последнее посещение — 17 декабря 2017 г.)).

<sup>1</sup> *Caratube International Oil Company LLP & Anor. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13; см. описание неопубликованного решения о раскрытии документов от 27 июля 2015 г.: *Ross A. Tribunal rules on admissibility of hacked Kazakh emails* (22 September 2015) <<https://globalarbitrationreview.com/article/1034787/tribunal-rules-on-admissibility-of-hacked-kazakh-emails>> (последнее посещение — 17 декабря 2017 г.).

доступе. Трибунал признал, что доказательства получены незаконным путем и являются недопустимыми, а *Methanex* — нарушившим обязанность добросовестного поведения, базовые принципы правосудия и справедливости. Арбитры далее признали, что как только США показали *prima facie*, что доказательства были получены незаконно, бремя доказывания их допустимости перешло на истца, представившего такие доказательства. Помимо незаконности получения материалов, арбитры обратили внимание на то, что они не являются существенными для разрешения спора. Арбитры также указали, что принять доказательства *Methanex* было бы аналогично принятию доказательств США, если бы они шпионили за истцом<sup>1</sup>.

В инвестиционном споре между *Libananco* и Турцией трибунал как раз рассматривал вопрос о допустимости действий государства-ответчика, получившего доступ к конфиденциальной переписке истца, включая переписку с адвокатом по вопросам арбитража. Материалы были собраны на основании приказа местного суда в рамках расследования, которое, по заявлению Турции, никак не было связано с арбитражем. Возражая против их незаконности, Турция ссылаясь в том числе на право государственных органов расследовать преступления, которое не может быть ограничено в связи с текущим арбитражем, а также указывала, что не собиралась получать доступ к конфиденциальной переписке специально для целей арбитража или использовать ее там в качестве доказательств. Показательно, что истец требовал не просто принять предупредительные меры, запрещающие дальнейший сбор или использование полученной таким образом информации, — он просил трибунал вынести решение по спору на основании только ранее представленных доказательств.

Арбитры, так же как и в споре между *Methanex* и США, сослались в том числе на обязательство добросовестного поведения сторон и свою подразумеваемую компетенцию обеспечить соблюдение этого обязательства. Арбитры отдельно отметили важность уважения конфиденциальности и адвокатской тайны и недопустимость использования соответствующей информации при инструктировании Турцией своих адвокатов в арбитраже. Более того, арбитры сделали вывод о возможности в таком случае предусмотреть иные санкции

---

<sup>1</sup> *Methanex Corp. v. United State of America*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits (3 August 2005), ¶ 54–56 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0529.pdf>> (последнее посещение — 17 декабря 2017 г.).

против недобросовестной стороны, помимо исключения доказательства, однако с учетом заверений Турции в неиспользовании полученной информации воздержались от принятия дальнейших мер<sup>1</sup>.

#### 4.2. Спортивный арбитражный суд

Интересен подход к незаконным доказательствам Спортивного арбитражного суда в Лозанне (Court of Arbitration for Sport (CAS) / Tribunal Arbitral du Sport (TAS)) (далее – САС). Суд исходит из того, что материалы, полученные неправомерным путем, автоматически не являются недопустимыми, поскольку он не связан правилами, применимыми к швейцарским судебным процессам. Наглядный пример – дело о взятке члену Исполнительного комитета *FIFA* в рамках журналистского расследования *Sunday Times*, когда журналисты записали разговор, в котором предлагали деньги за голос в пользу заявки США на проведение Чемпионата мира 2018 г. Это привело к санкциям *FIFA*, которые член Комитета оспаривал в САС. Анализируя вопрос о допустимости видеозаписи, САС сослался на принцип добросовестности и уважения арбитражного процесса, препятствующий стороне незаконно получать доказательства<sup>2</sup>. Однако далее САС обратил внимание на то, что *FIFA* не участвовала в незаконной записи разговора, а значит, с ее стороны нарушений не было. САС также поддержал вывод о допустимости доказательства публичным интересом в борьбе с коррупцией, превалирующим в данном случае над нарушенными личными правами.

САС также вынес решение на основании незаконной видеозаписи разговора по спору о договорном матче между украинскими футбольными клубами «Карпаты» и «Металлист». Федеральному трибуналу Швейцарии (Bundesgericht / Tribunal fédéral) впоследствии предстояло решить, нарушает ли это публичный порядок. Его ответ: не нарушает. Федеральный трибунал указал на общий принцип недопустимости незаконно полученных доказательств, однако признал возможность исключений из него. В частности, он признал, что процессуальное регулирование в Швейцарии (ст. 152(2) ГПК Швейцарии) позволяет при оценке допустимости незаконных доказательств учитывать как

<sup>1</sup> *Libananco Holding Co. Ltd. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues (23 June 2008), ¶ 72–81 <<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0465.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Amos Adamu v. FIFA*, CAS 2011/A/2426, Award (24 February 2012) <[https://arbitration-law.com/sites/default/files/free\\_pdfs/cas\\_2011.a.2426\\_aa\\_v\\_fifa.pdf](https://arbitration-law.com/sites/default/files/free_pdfs/cas_2011.a.2426_aa_v_fifa.pdf)> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

интерес в поиске правды, так и необходимость защиты законных интересов, которые могут быть нарушены такими доказательствами<sup>1</sup>.

#### 4.3. Международные суды

При исследовании международной практики также стоит обратиться к подходам других международных трибуналов к допустимости незаконных доказательств, и в первую очередь Международного суда ООН (далее – Международный суд). Как и в случае с арбитражем, судьи Международного суда позволяют сторонам представлять доказательства практически в любой форме. Самое известное дело в контексте незаконных доказательств – *Corfu Channel* 1949 г.<sup>2</sup>, когда Международный суд рассматривал спор между Великобританией и Албанией, известный как инцидент в проливе Корфу с участием британского флота. В данном деле судьи, анализируя обвинения против Албании в минировании пролива, приняли доказательства, которые были получены Великобританией в результате операции по разминированию, проведенной с нарушением территориального суверенитета Албании. Суд признал операцию незаконной, однако присудил Великобритании компенсацию ущерба, нанесенного в результате повреждения ее кораблей минами. Решение вызвало немало споров о стандарте допустимости незаконных доказательств, включая возможность толкования вывода Международного суда в качестве принципа их недопустимости, из которого, однако, могут быть сделаны исключения в силу особых обстоятельств, либо, наоборот, презумпции их допустимости<sup>3</sup>, либо указания на отсутствие стандарта как такового<sup>4</sup>. Отмечается и то, что Албания сама не оспаривала допустимость таких доказательств, поэтому у судей не было обязательства рассматривать данный вопрос<sup>5</sup>. Через 30 лет после первого дела Международный суд потребовал в споре *Ira-*

---

<sup>1</sup> Federal Tribunal, Joined cases 4A\_362/2013 and 4A\_448/2013, Judgment (27 March 2014) <<http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202014%204A%20362%202013.pdf>; <http://www.swissarbitrationdecisions.com/sites/default/files/27%20mars%202014%204A%20448%202013.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Corfu Channel Case (Merits) (UK v. Alb.)*, 1949 I.C.J. 4 (Apr. 9) <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/1/001-19490409-JUD-01-00-EN.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>3</sup> *Reisman W.M., Freedman E.E.* Op. cit. P. 747.

<sup>4</sup> *Thirlway H.* Op. cit. P. 632.

<sup>5</sup> *Ibidem.*

*nian Hostages*<sup>1</sup>, чтобы Иран вернул материалы, незаконно полученные во время вторжения и захвата заложников в посольстве США в Тегеране, фактически признав их недопустимыми.

### **5. Какими критериями предлагается руководствоваться при оценке допустимости незаконных доказательств в международном арбитраже?**

Правила *IBA* о доказательствах предлагают исходить из общепринятых принципов справедливости и равенства сторон в международном арбитраже. Процессуальную добросовестность и справедливость разбирательства называют ограничителями свободы арбитров в принятии доказательств<sup>2</sup>. Однако даже приведенные примеры известных споров, которые рассматривались авторитетными трибуналами, показывают, что арбитры только в некоторых случаях шли по пути ограничений в принятии незаконных доказательств. В других делах эти принципы в лучшем случае учитывались при оценке допустимости. В иных случаях незаконные доказательства принимались автоматически и были положены в основу арбитражного решения.

На протяжении долгого времени существовал консенсус, что международный арбитраж не должен быть связан более строгими подходами к допустимости доказательств<sup>3</sup>. Стоит ли продолжать его поддерживать?

В доктрине высказывались мнения, что общие принципы не могут заменять собой политику допустимости доказательств<sup>4</sup>. Причиной ошибки называют непонимание реальных целей ограничения допустимости, выходящих далеко за пределы справедливости в конкретном разбирательстве. В первую очередь речь идет о публичном интересе в защите общества от неправомерного вмешательства в личные права при попытках собрать доказательства любой ценой, что, в свою очередь, ведет к нарушению международного публичного порядка.

Анализ практики свидетельствует о том, что с этим утверждением следует согласиться и допустить новый консенсус в отношении не-

<sup>1</sup> United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*U.S. v. Iran*), 1980 I.C.J. 3 (May 24) <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/64/064-19800524-JUD-01-00-EN.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Reisman W.M., Freedman E.E.* Op. cit. P. 741.

<sup>3</sup> *Ibid.* P. 743.

<sup>4</sup> *Ibid.* P. 744.

законных доказательств. Отсутствие каких-либо стандартов привело к тому, что в арбитраже не достигнуто общее понимание необходимости внимательной оценки допустимости незаконных доказательств как таковой. Вместе с тем даже в рамках национальных правовых систем подходы к допустимости менялись в ответ на развитие современных технологий и возросшие в связи с этим риски нарушений законных прав при сборе доказательств<sup>1</sup>.

Высказывались также идеи, что решение вопроса допустимости необязательно, потому что трибуналы могут полагаться на другие доказательства<sup>2</sup>. Однако во многих случаях такая альтернатива недоступна, поскольку «дилемма истца»<sup>3</sup> состоит как раз в том, что представление незаконного доказательства является единственной возможностью стороны обосновать свои законные требования.

### **5.1. Какой может быть новая политика допустимости незаконных доказательств?**

Минимальным стандартом представляется обязанность трибунала, столкнувшегося с потенциально незаконными доказательствами, обеспечить взвешенный и мотивированный подход к их допустимости в каждом случае. Стороны как минимум имеют право понимать логику, которой руководствовались арбитры при принятии определенного решения. Этот подход также может в определенной степени способствовать последующей исполнимости арбитражного решения и уменьшить риск его отмены.

Арбитры должны быть вправе самостоятельно поднять проблему допустимости доказательств на основании рассмотренных широких полномочий, предоставленных национальным законодательством и арбитражными регламентами, а также подразумеваемых полномочий по защите арбитражного разбирательства от процессуальных злоупотреблений<sup>4</sup>. Другой вопрос, могут ли стороны договориться о допустимости доказательства, несмотря на незаконный способ его

---

<sup>1</sup> См., например, о регулировании в Греции: *Kaissis A. Exclusion of Illegally Obtained Evidence in Greek Civil and Penal Proceedings – An Outline // Digesta Online Law Review. 2015. P. 459* <<http://www.digestaonline.gr/pdfs/Digesta%202015/kaissis.pdf>> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Thirlway H. Op. cit. P. 638* (в контексте практики Международного суда).

<sup>3</sup> *Reisman W.M., Freedman E.E. Op. cit. P. 749.*

<sup>4</sup> См., например, выводы арбитров в: *Libananco Holding Co. Ltd. v. Republic of Turkey, Decision on Preliminary Issues, ¶ 78.*

получения. Такие случаи сложно представить, однако в литературе высказывается положительное мнение под условием, что это не нарушает публичный порядок (например, когда доказательство получено с применением насилия)<sup>1</sup>.

Поскольку одного факта наличия у третейских судов широкого усмотрения по вопросам допустимости доказательств недостаточно, чтобы обеспечить сбалансированный подход, стоит также рассмотреть вопрос о формулировании и более определенных стандартов и условий допустимости незаконных доказательств. Это могло бы не только способствовать формированию более прозрачной, предсказуемой и единообразной практики, но и позволить сторонам заранее оценить перспективы использования определенных доказательств, а в отдельных случаях предотвратить нарушения стороны, которая понимает, что сбор доказательств неправомерным путем может повлечь для нее негативные последствия.

## ***5.2. Презумпция недопустимости***

Стоит начать с проблемы презумпции допустимости. В отличие от судебного подхода, допустимость в международном арбитраже презюмируется, и в качестве такового признается любое доказательство, если трибунал не посчитает применимым какое-либо правило, исключающее его допустимость.

При этом в случае с незаконными доказательствами большинство стран мира ограничивают их допустимость в силу прямого указания закона или выработанных на его основании правил. Представляется, что и в международном арбитраже оценка незаконных доказательств должна начинаться с презумпции их недопустимости.

Можно ли вывести презумпцию недопустимости из положений ст. 9(2)(g) Правил *IBA* о доказательствах, позволяющей исключить доказательство из соображений справедливости и равенства сторон? Представляется, что крайне широкая формулировка не позволяет сделать ясный вывод, и необходим более четкий принцип.

Не приведет ли это к излишне строгому подходу в международном арбитраже и новым злоупотреблениям сторон, которые будут оспаривать допустимость любого доказательства, например, когда его источник нельзя достоверно установить?

При разумном отношении арбитров к оценке незаконных доказательств с учетом всех обстоятельств спора презумпция их недо-

---

<sup>1</sup> Пильков К.Н. Указ. соч. С. 267.

пустимости не должна привести к автоматическому исключению материалов из дела. У арбитров остаются широкое усмотрение и инструменты, позволяющие оценить баланс между необходимостью справедливого разрешения спора и недопустимостью незаконных методов доказывания.

### 5.3. Критерии оценки

Рассмотренные выше соображения и международная практика позволяют сформулировать два основных критерия, которые могут помочь арбитрам в оценке указанного баланса: незаконное участие стороны в получении доказательств (доктрина «чистых рук») и значение незаконных доказательств для разрешения спора.

Приведенная практика свидетельствует о том, что в тех случаях, когда незаконные доказательства учитывались трибуналами, сторона, представляющая такие доказательства, как правило, не совершала неправомερных действий при их получении. В большинстве случаев речь шла о материалах, извлеченных из публичных источников, таких как *WikiLeaks*. Единой позиции о допустимости таких доказательств нет и на уровне государственных судов, которые выражают противоположные взгляды<sup>1</sup>. Даже суды в США, неоднократно заявлявших об угрозе национальной безопасности со стороны *WikiLeaks*, в ряде случаев принимают материалы данного ресурса в качестве доказательств. Можно привести позицию американского суда об отказе в исключении материалов с сайта *WikiLeaks* по делу *Bible v. United Student Aid Funds* на основании того, что со стороны истца не было нарушения, так как соответствующая информация уже содержалась в открытых источниках<sup>2</sup>.

В литературе высказывается мнение о том, что фактор нарушения со стороны лица, представляющего незаконно полученные доказательства, должен являться отправной точкой для оценки их допустимости<sup>3</sup>. Таким образом, доктрина «чистых рук» имеет превалярующее значение по отношению к другим критериям, и только

---

<sup>1</sup> См. дискуссию: *Boykin J.H., Havalic M.* Fruits of the Poisonous Tree: Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration // *Transnational Dispute Management*. 2014. Vol. 12. Issue 5 <[http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clwa/CIAA/panel\\_2\\_evidence.pdf](http://www.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/clwa/CIAA/panel_2_evidence.pdf)> (последнее посещение – 17 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Bible v. United Student Aid Funds, Inc.*, No. 1:13-CV-00575, 2014 WL 1048807, at \*4 (S.D. Ind. Mar. 14, 2014).

<sup>3</sup> *Boykin J.H., Havalic M.* Op. cit. P. 33.

в случае наличия нарушения возникает презумпция недопустимости доказательства.

Однако данный подход представляется неуниверсальным. Во многих случаях факт участия стороны в незаконном получении доказательств сложно установить. Например, в случае взлома серверов и попадания соответствующей информации или материалов в открытые источники, на которые ссылается сторона, использующая такие материалы в процессе против оппонента, факт ее участия во взломе или хотя бы утечке данных доказать не всегда возможно.

Кроме того, следует признать, что даже при отсутствии незаконных действий представившей доказательства стороны их принятие может привести к существенным нарушениям. Например, трибуналы обоснованно склонны придерживаться более строгого подхода в отношении допустимости информации и документов, защищенных режимом конфиденциальности. В случае наличия при этом добросовестного истца арбитрам может быть особенно сложно взвесить, с одной стороны, необходимость предоставления сторонам эффективных возможностей для доказывания своей позиции, а с другой — право процессуального оппонента на неприкосновенность конфиденциальных материалов<sup>1</sup>.

Допустимость и объем раскрытия доказательств, содержащих информацию с ограниченным доступом, вызывают в теории и практике много вопросов независимо от наличия признаков незаконности и заслуживают отдельного анализа, в том числе в контексте применимого к определению режима конфиденциальности права. Для целей настоящей статьи достаточно упомянуть, что ст. 9 Правил *IBA* о доказательствах в качестве отдельных оснований для исключения доказательств содержит ссылки на юридический запрет или привилегии, коммерческую или техническую конфиденциальность, государственную тайну и тайну международной организации.

Приведенная практика показывает, что при рассмотрении вопросов, связанных с незаконными доказательствами, арбитры могут применять различные подходы к их допустимости, в том числе исключая только те доказательства, которые защищены режимом конфиденциальности. Также возможен дифференцированный подход к допустимости доказательств в зависимости от вида конфиденциальности. Как правило, арбитры особо выделяют информацию, составляющую адвокатскую тайну, признавая ее общепризнанную неприкосновен-

<sup>1</sup> *Reisman W.M., Freedman E.E. Op. cit. P. 738.*

ность и безусловную защиту по сравнению с другими видами конфиденциальной информации<sup>1</sup>.

Таким образом, наличие информации с ограниченным доступом является серьезным фактором при оценке арбитрами баланса интересов. Однако если трибунал установит, что доказательство получено самой стороной незаконно, то безотносительно к содержанию такого доказательства это является сильным доводом против опровержения презумпции недопустимости. Кроме того, если было выявлено незаконное или недобросовестное поведение стороны при сборе доказательств, то стоит согласиться с правом арбитров предусмотреть иные санкции за нарушение основных принципов разбирательства, включая инструмент расходов, а также негативных последствий для позиции соответствующей стороны (например, если сторона пытается представить незаконно полученную информацию через показания своего свидетеля, арбитры могут рассмотреть исключение или непризнание доказательственной силы показаний такого свидетеля даже в той части, которая не основана на неправомерно собранных сведениях).

Однако даже в этом случае представляется необходимым рассмотреть вопрос о том, насколько полученное таким образом доказательство существенно для разрешения спора между сторонами. Для этого стоит определить: 1) могут ли те или иные обстоятельства быть установлены иными доказательствами; и 2) насколько эти обстоятельства важны для разрешения спора. В ряде дел вопрос допустимости незаконных доказательств был решен именно таким образом, поскольку трибуналы приходили к выводу, что они в любом случае не повлияют на решение по делу.

Определение значения доказательства для разрешения спора может являться затруднительным, если вопрос решается на предварительной стадии, перед рассмотрением дела по существу. Поэтому тенденция в арбитражной практике не выносить вопрос принятия доказательств в отдельное арбитражное решение, а рассмотреть его, когда у арбитров будет полное представление о споре, представляется обоснованной, поскольку позволяет оценить все доказательства и решить, насколько именно незаконное доказательство может играть ключевую роль.

---

<sup>1</sup> См., например, анализ в *Caratube v. Kazakhstan* (приводится по: *Ross A. Op. cit.*), включая ссылку трибунала на решение Палаты лордов по делу *Three Rivers District Council & Ors. v. Governor and Company of the Bank of England* ([2004] UKHL 48) в обоснование преваширования режима конфиденциальности коммуникаций доверителя с адвокатом над другими видами конфиденциальной информации, в том числе врачебной тайной.

Выражалось опасение, что поскольку незаконный сбор доказательств представляет угрозу международному публичному порядку, то арбитражные трибуналы должны внимательно относиться к такого рода провокациям и связанным с ними последствиям, каким бы важным ни было само доказательство<sup>1</sup>. Установление существенности доказательства для разрешения спора действительно не должно влечь его автоматическую допустимость. Тем не менее данный критерий представляется крайне важным. В данном случае трибунал может проанализировать, превышает ли значение доказательства для конкретного спора серьезность нарушений представившей его стороны либо необходимость защиты прав другой стороны или публичных интересов.

#### 5.4. Иные факторы

Помимо основных критериев оценки, существует множество факторов, которые трибуналы, в зависимости от обстоятельств дела, могут принять во внимание при решении вопроса о допустимости незаконного доказательства и которые могут склонить чашу весов в ту или иную сторону.

Например, предлагалось разделять ситуации, в которых сторона незаконно получила доказательства для целей конкретного разбирательства и в которых эти действия были совершены в другом контексте без цели использования в процессе<sup>2</sup>. Значимыми факторами могут быть характер допущенного нарушения или наличие возможности получить доказательства законным путем.

Отдельно стоит рассмотреть фактор оспаривания стороной достоверности источника представленных доказательств. Должно ли учитываться при установлении допустимости незаконного материала то, оспаривает ли другая сторона его достоверность? Такой вопрос возникал, например, в контексте споров с участием США, в которых правительство не комментировало достоверность материалов *WikiLeaks*<sup>3</sup>.

Однако незаконное доказательство является недопустимым независимо от его достоверности. Кроме того, вывод о достоверности не всегда можно сделать на стадии принятия доказательства, поэтому

<sup>1</sup> *Caratube v. Kazakhstan* (приводится по: *Ross A.* Op. cit.).

<sup>2</sup> *Thirlway H.* Op. cit. P. 631.

<sup>3</sup> См. дискуссию: *Boykin J.H., Havalic M.* Op. cit. P. 33.

достоверность должна относиться к критериям оценки уже приобретенных к делу материалов<sup>1</sup>. Помимо этого, на стадии рассмотрения допустимости доказательств сторона может тактически избегать комментариев о его достоверности, в том числе если полагает, что доказательства не релевантны для дела. Сторона также может полагать, что арбитры уже увидели определенные доказательства и привлечение внимания к их недостоверности только усилит фокус на таких материалах. В свете этого арбитры могут рассмотреть возможность решения вопроса о допустимости доказательств без ознакомления с ними<sup>2</sup>, а при необходимости изучения (например, на предмет наличия конфиденциальной информации) – рассмотреть вопрос о привлечении эксперта для оценки их содержания.

## 6. Вывод

В начале 80-х годов XX в. Майкл Рейзман и Эрик Фридман предупреждали, что «судьи и ученые должны начать разъяснять политику допустимости доказательств в международных арбитражных разбирательствах»<sup>3</sup>. Спустя 35 лет эти слова остаются актуальными.

Необходим новый консенсус в регулировании вопросов незаконных доказательств в международном арбитраже, который мог бы быть закреплен в Правилах *IWA* о доказательствах (например, путем внесения изменений в ст. 9(2)) или ином международном документе.

Такой консенсус способствовал бы формированию более последовательной и прозрачной практики по данному вопросу, а также уменьшению числа случаев обращения сторон к подобным доказательствам.

Нарушение основополагающих принципов разбирательства, к которому может в каждом случае привести использование неправомерно полученной информации, диктует необходимость установления презумпции недопустимости таких доказательств в международном арбитраже. Данная презумпция может быть опровергнута с учетом двух основных критериев: 1) оценки участия стороны в незаконном

---

<sup>1</sup> Пильков К.Н. Указ. соч. С. 250–251.

<sup>2</sup> Например, в *Caratube v. Kazakhstan* (приводится по: *Ross A. Op. cit.*), когда арбитры указали, что они не будут изучать соответствующие документы при решении вопроса об их допустимости, как и описание их содержания, подготовленное истцом, допустимость которого должна следовать судьбе самих документов.

<sup>3</sup> *Reisman W.M., Freedman E.E. Op. cit. P. 752.*

получении доказательств; и 2) важности определенного доказательства для разрешения спора.

Применяя указанные основные критерии, а также принимая во внимание иные факторы и обстоятельства, которые арбитражный трибунал посчитает существенными для определения допустимости доказательства в конкретном деле, арбитры смогут оценить баланс между необходимостью справедливого разрешения рассматриваемого ими спора и недопустимостью незаконных методов доказывания.

## СПОСОБЫ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА «BY DEFAULT»

А.М. Магид,  
магистр права (МГИМО МИД России)

*Автор анализирует различные способы осуществления третейского разбирательства без прямо выраженного арбитражного соглашения. Рассматриваются как механизмы, обеспечивающие наличие согласия сторон на передачу споров в арбитраж вне зависимости от способов и формы его выражения, так и механизмы, делающие третейское разбирательство обязательным без волеизъявления сторон. На данных подходах строится концепция арбитража «by default», которая требует разрешать споры по общему правилу в третейском суде и лишь при наличии пророгационного соглашения — в государственных судах. В статье предпринята попытка оценить с практической точки зрения перспективы предложенных в литературе способов имплементации арбитража «by default».*

*Ключевые слова: арбитражное соглашение; арбитражная оговорка; согласие.*



## WAYS TO IMPLEMENT ARBITRATION BY DEFAULT

ANASTASIA MAGID,  
LL.M. (MGIMO University)

*The author analyzes various ways to conduct arbitration without an explicit arbitration agreement. Methods ensuring consent to arbitration irrespective of the ways and forms to express it, as well as methods providing for mandatory arbitration without any consent are considered. The concept of arbitration «by default» is based on these two approaches. This concept requires resolving disputes, as a general rule, in arbitration and only if prorogation agreement is present – in state courts. The article represents an attempt to assess from the practical point of view the ways to implement arbitration «by default» suggested in literature.*

*Keywords: arbitration agreement; arbitration clause; consent.*



В литературе, посвященной третейскому разбирательству, арбитраж позиционируется как наиболее подходящий способ разрешения многих видов споров, и в первую очередь международных коммерческих споров, связанных с несколькими юрисдикциями<sup>1</sup>. В этом третейскому разбирательству уступают государственные суды, которые тем не менее сохраняют компетенцию в отношении всех видов споров «по умолчанию»<sup>2</sup>.

Третейское разбирательство можно охарактеризовать в качестве способа разрешения споров, который основан на соглашении сторон, предполагает передачу спора на рассмотрение независимыми арбитрами, в избрании которых могут принимать участие стороны, и оканчивается вынесением обязательного для сторон решения, подлежащего приведению в исполнение государственным судом<sup>3</sup>. Не менее важными чертами арбитража являются обеспечение конфиденциальности<sup>4</sup> и гибкость процедуры разрешения спора<sup>5</sup>. Данные особенности отличают третейское разбирательство от производства в государственных судах, которое осуществляется назначенными судьями на основании строго регламентированного процессуального законодательства, публично и с вынесением окончательного решения, повсеместное исполнение которого не обеспечивается Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.) (далее — Нью-Йоркская конвенция). Таким образом, третейское разбирательство, в отличие от рассмотрения споров в государственном суде, строится на принципе свободы договора<sup>6</sup>, из кото-

<sup>1</sup> *Lew J.D.M., Mistellis L.A., Kröll St.M.* Comparative International Commercial Arbitration. — The Hague; L.; NY: Kluwer Law International, 2003. P. 5.

<sup>2</sup> *Ibid.* P. 4.

<sup>3</sup> *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014. P. 250, *Poudret J.F., Besson S.* Comparative Law of International Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. / Trans. by St.V. Berti, A. Ponti. — L.: Sweet & Maxwell; Zurich: Schulthess, 2007. P. 3; *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / E. Gaillard, J. Savage (eds.). — The Hague; L.; NY: Kluwer Law International, 1999. P. 8; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration. 6<sup>th</sup> ed. — Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 1.

<sup>4</sup> *Lew J.D.M., Mistellis L.A., Kröll St.M.* *Op. cit.* P. 7.

<sup>5</sup> *Ibid.* P. 4—5.

<sup>6</sup> *Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B.* *Op. cit.* P. 30; *Курочкин С.А.* Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М.: Волтерс Клувер, 2007 (СПС «КонсультантПлюс»).

рого следует необходимость выражения согласия сторон на передачу споров в арбитраж путем заключения арбитражного соглашения<sup>1</sup>.

Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме для целей применимости Нью-Йоркской конвенции. При этом наблюдается тенденция смягчения требований к письменной форме арбитражного соглашения<sup>2</sup>, что позволяет использовать менее регламентированные способы фиксации.

Однако третейское разбирательство может казаться стороне более подходящим и эффективным в том числе в ситуации, когда прямо выраженное арбитражное соглашение отсутствует. В законодательстве, международном праве и практике в связи с этим периодически разрабатываются, с одной стороны, механизмы, обеспечивающие наличие согласия сторон на передачу споров в арбитраж вне зависимости от способов и формы его выражения (далее — «подразумеваемое» арбитражное соглашение), а с другой стороны, механизмы, делающие третейское разбирательство обязательным вне зависимости от волеизъявления сторон (далее — обязательный арбитраж). На основании этих подходов построены также концепции так называемого арбитража «by default», с помощью которого в литературе предлагается окончательно отказаться от необходимости заключения арбитражных соглашений.

## 1. Подразумеваемое арбитражное соглашение

Согласие на передачу споров в третейский суд может непосредственно следовать из поведения сторон, которые не заключили прямо выраженное арбитражное соглашение, но в действиях которых суд или третейский суд обнаруживает намерение передать спор на рассмотрение в порядке третейского производства. При этом предметом анализа часто является деятельность участников правоотношения в широком смысле, а не конкретные действия, связанные с выбором компетентного форума.

Одним из механизмов, обеспечивающих наличие подразумеваемого согласия, является закрепление правила о разрешении споров в третейском суде в документах негосударственных организаций,

<sup>1</sup> *Born G.B.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. P. 250; *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 71; *Rubino-Sammaritano M.* International Arbitration: Law and Practice. 3<sup>rd</sup> ed. — NY: Juris Pub., 2014. P. 51.

<sup>2</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 74–77.

обеспечивающих или контролирующих экономическую деятельность в определенных сферах.

Иллюстрацией данного подхода является, в частности, п. 1.20 Правил проведения торгов на фондовом рынке и рынке депозитов ПАО «Московская Биржа»<sup>1</sup>, который требует разрешать все гражданско-правовые споры и разногласия, возникающие в связи с осуществлением деятельности на Московской Бирже, вытекающие из или связанные со сделками, заключенными на Московской Бирже, в Третейском суде НАУФОР (с 1 июля 2017 г. — в Арбитражном центре при Общероссийской общественной организации «Российский союз промышленников и предпринимателей»).

Ранее, до появления ПАО «Московская Биржа», аналогичное положение содержалось в п. 29.1 Правил проведения торгов по ценным бумагам в ЗАО «Фондовая биржа „Московская межбанковская валютная биржа“» (далее — ММВБ). Данное положение было проанализировано ВАС РФ в деле о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения Арбитражной комиссии при ММВБ<sup>2</sup>. ВАС РФ не согласился с кассационной инстанцией в том, что волеизъявление сторон на рассмотрение спора третейским судом при ММВБ *«фактически подменено императивным решением биржи... которая не являлась стороной в спорной сделке»*. По мнению ВАС РФ, такой порядок выражения согласия на арбитраж не должен был препятствовать третейскому разбирательству и был предопределен особенностями биржевой торговли, поскольку на момент получения допуска к торгам на бирже невозможно определить контрагентов лица по предстоящим сделкам. ВАС РФ также отметил, что профессиональные участники рынка биржевого товара, заключая соглашения с ММВБ для допуска к торгам, не могли не знать о том, что их спор подлежит рассмотрению в третейском суде при бирже<sup>3</sup>. Соответственно, «подразумеваемое»

---

<sup>1</sup> Утверждены Наблюдательным советом ПАО «Московская Биржа» 30 июня 2017 г. (протокол № 4) <<http://fs.moex.com/files/254/25118>> (последнее посещение — 16 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> Постановление Президиума ВАС РФ от 1 июня 2010 г. № 17799/09 по делу № А56-22520/2009 (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>3</sup> При этом в иной ситуации, рассмотренной ВАС РФ в рамках Постановления Президиума ВАС РФ от 23 июня 2009 г. № 1434/09 по делу № А55-10329/2008, Суд посчитал необходимым непосредственное выражение согласия участниками арбитражного соглашения (энергетическими компаниями) на передачу спора в новый третейский суд, который был назначен ОАО «РАО „ЕЭС России“» (также участни-

арбитражное соглашение было признано действительным, и исполнительный лист выдан банку.

Арбитражное соглашение также может «подразумеваться», если является следствием распространения существующего арбитражного соглашения на лиц, не являющихся его сторонами<sup>1</sup>. При этом в практике распространение арбитражного соглашения возможно как в случае наличия косвенного согласия «неподписантов», так и в ситуациях, когда в действиях сторон не обнаруживается согласованная воля на передачу спора в третейский суд, однако в силу осуществляемой ими деятельности и заключенных договоров суд или третейский суд признает, что спор подлежит рассмотрению в порядке третейского производства<sup>2</sup>.

Примерами такой практики является распространение арбитражного соглашения посредством правила «эстоппель»<sup>3</sup>, теории «группы компаний»<sup>4</sup>, анализа взаимосвязанных договоров с разным составом участников, некоторые из которых содержат арбитражные оговорки<sup>5</sup>, или «снятия корпоративной вуали»<sup>6</sup>. Однако практика не является единообразной. В частности, в споре *Dallah v. Government of Pakistan* Верховный суд Великобритании отказался приводить в исполнение

---

ком арбитражного соглашения) в одностороннем порядке преемником Третейского суда при ОАО «РАО „ЕЭС России“».

<sup>1</sup> *Rau A.S.* *Arbitral Jurisdiction and the Dimensions of Party «Consent» // Arbitration International.* 2008. Vol. 24. Issue 2. P. 235–239.

<sup>2</sup> *Youssef K.* 4. The Limits of Consent: The Right or Obligation to Arbitrate of Non-Signatories in Groups of Companies // *Multiparty Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 7) / B. Honotiau, E.A. Schwartz (eds.) (ICC Publication No. 701E).* – P.: ICC Pub., 2010. P. 73–75.

<sup>3</sup> *Brekoulakis S.* Parties in International Arbitration: Consent v. Commercial Reality // *The Evolution and Future of International Arbitration (= International Arbitration Law Library. Vol. 37) / S. Brekoulakis, J.D.M. Lew, L. Mistelis (eds.).* – Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2016. P. 129–132.

<sup>4</sup> *Derains Y.* 7. Is There a Group of Companies Doctrine? // *Multiparty Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 7) / B. Honotiau, E.A. Schwartz (eds.) (ICC Publication No. 701E).* P. 130–131.

<sup>5</sup> *Honotiau B.* Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions. – The Hague: Kluwer Law International, 2006. P. 101–108, 116–119.

<sup>6</sup> *Besson S.* 8. Piercing the Corporate Veil: Back on the Right Track // *Multiparty Arbitration (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 7) / B. Honotiau, E.A. Schwartz (eds.) (ICC Publication No. 701E).* P. 147–149.

решение, вынесенное трибуналом в отношении Пакистана (учредителя траста – стороны арбитражного соглашения), а Апелляционный суд Парижа, наоборот, не нашел оснований для отмены данного решения<sup>1</sup>. При этом Верховный суд Великобритании посчитал необходимым наличие общего намерения стороны и «неподписанта» передать спор в третейский суд, а Апелляционный суд Парижа довольствовался тем, что Пакистан (а не созданный им траст) действовал как истинная сторона договора<sup>2</sup>.

Согласие на передачу спора в арбитраж может считаться достигнутым вне зависимости от наличия реального согласия и действий сторон в случае, если суд признает третейское разбирательство обычаем для соответствующего вида предпринимательской деятельности. Такого подхода придерживаются, в частности, в некоторых случаях федеральные суды США<sup>3</sup>. Например, в споре *Chelsea Square Textiles, Inc. v. Bombay Dyeing and Mfg. Co. Ltd.* суд в силу сложившегося в текстильной промышленности обычая разрешать споры в третейских судах признал действительной незаметную и нечитаемую арбитражную оговорку на задней стороне подписанного счета, отметив, что в отсутствие обычая такая оговорка, вероятно, не позволила бы направить стороны в арбитраж<sup>4</sup>. К аналогичным выводам приходил Верховный суд Германии в ситуации, когда арбитражная оговорка упоминалась только однажды на первоначальном этапе согласования договора международной купли-продажи товара, но так и не была включена в финальные оферту и акцепт. Суд признал третейское разбирательство обычаем, который действует в отсутствие согласованного сторонами положения о разрешении споров<sup>5</sup>. При этом в комментариях к Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 11 апреля 1980 г.) (далее – Венская конвенция) также отмечается, что рассмотре-

---

<sup>1</sup> *Born G.* Dallah and the New York Convention (7 April 2011) <<http://kluwerarbitrationblog.com/2011/04/07/dallah-and-the-new-york-convention/>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

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

<sup>3</sup> *Cuniberti G.* Rethinking International Commercial Arbitration: Towards Default Arbitration. – Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Pub., 2017. P. 242.

<sup>4</sup> 189 F.3d 289 (2nd Cir. 1999) <<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1260681.html>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

<sup>5</sup> BGH, 03.12.1992 – III ZR 30/91 <[https://www.jurion.de/urteile/bgh/1992-12-03/iii-zr-30\\_91/](https://www.jurion.de/urteile/bgh/1992-12-03/iii-zr-30_91/)> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

ние споров в арбитраже может являться самостоятельным торговым обычаем в соответствии со ст. 9 Венской конвенции<sup>1</sup>.

Таким образом, в практике разработаны как минимум три способа обеспечения наличия согласия сторон на рассмотрение спора в третейском суде в отсутствие арбитражного соглашения: 1) фиксация арбитражной оговорки в документах негосударственных регуляторов; 2) распространение арбитражного соглашения на лиц, которые его не подписывали, но принимали участие в заключении или исполнении спорного договора; 3) признание разрешения споров в порядке третейского разбирательства обычаем в определенной области предпринимательской деятельности.

## 2. Обязательный арбитраж без арбитражного соглашения

Для обязательного арбитража наличие согласия сторон не является необходимой предпосылкой. Третейское соглашение может быть заменено нормой национального законодательства или международного договора, предписывающей передачу определенной категории споров на рассмотрение в третейский суд.

Положения об обязательном арбитраже содержат некоторые национальные правовые порядки. Например, в Швеции споры, возникающие в связи с реализацией мажоритарным акционером, владеющим более 90 % акций общества, права выкупа акций миноритариев (или, наоборот, миноритариями права требовать выкупа акций мажоритарным акционером), должны рассматриваться в специально сформированном третейском суде<sup>2</sup>. Аналогично Правительство Великобритании предписало в 1977 г. рассматривать споры, связанные с национализацией авиа- и судостроительных предприятий, в специально сформированном арбитражном трибунале<sup>3</sup>.

Вышеуказанные положения законов (Закон о Швеции о компаниях — в предыдущей редакции 1977 г.) стали предметом рассмотре-

<sup>1</sup> *Schlechtreim P., Schwenger I.* Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods. 4<sup>th</sup> ed. — Oxford: Oxford University Press, 2016. P. 195.

<sup>2</sup> Companies Act of Sweden (SFS 2005:551), Ch. 22 <[http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut-skjultforgoogle/EMCA/NationalCompanies-ActsMemberStates/Sweden/THE\\_SWEDISH\\_COMPANIES\\_ACT.pdf](http://law.au.dk/fileadmin/www.asb.dk/omasb/institutter/erhvervsjuridiskinstitut-skjultforgoogle/EMCA/NationalCompanies-ActsMemberStates/Sweden/THE_SWEDISH_COMPANIES_ACT.pdf)> (последнее посещение — 9 января 2018 г.).

<sup>3</sup> Aircraft and Shipbuilding Industries Act 1977, Sched. 7 <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/3/contents>> (последнее посещение — 6 января 2018 г.).

ния Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) в связи с предполагаемым нарушением права на справедливое разбирательство споров о гражданских правах и обязанностях, установленного в п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.) (далее – Европейская конвенция)<sup>1</sup>. Так, в споре *Bramelid and Malmström v. Sweden* ЕСПЧ указал на необходимость отличать обязательный арбитраж от добровольного, поскольку первый, будучи единственным способом разрешения спора в отсутствие возможности передать дело в государственный суд, должен отвечать всем требованиям п. 1 ст. 6 Европейской конвенции<sup>2</sup>. В развитие данного подхода ЕСПЧ в споре *Lithgow & Ors. v. United Kingdom* признал обязательный арбитраж «судом, созданным на основании закона» и распространил на него требование соблюдения всех гарантий п. 1 ст. 6 Европейской конвенции<sup>3</sup>.

Таким образом, ЕСПЧ подчеркивает принципиальную разницу между обязательным арбитражем и арбитражем на основании соглашения сторон, который предполагает добровольный отказ от гарантий Европейской конвенции<sup>4</sup>.

Обязательный арбитраж, не требующий заключения арбитражного соглашения, может быть предусмотрен также в двусторонних и многосторонних международных договорах. В частности, коммерческие споры предписывается разрешать в арбитражных учреждениях при торговых палатах или аналогичных органах в соответствии с Соглашением о товарообороте и платежах между СССР и Швецией (Москва, 7 сентября 1940 г.)<sup>5</sup>, Конвенцией о разрешении арбитражным путем

<sup>1</sup> *Асосков А.В.* Влияние статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на третейское разбирательство // Вестник ВАС РФ. 2013. № 9. С. 63–64 <[http://www.szrf.ru/issuepdf/2013/07\\_2013009000.pdf](http://www.szrf.ru/issuepdf/2013/07_2013009000.pdf)> (последнее посещение – 9 января 2018 г.).

<sup>2</sup> Решение ЕСПЧ от 12 октября 1982 г. по делу «Брамелид и Мальстрём против Швеции» (жалобы № 8588/79, 8589/79) <<https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-74445&filename=BRAMELID%20v.%20SWEDEN.pdf>> (последнее посещение – 9 января 2018 г.).

<sup>3</sup> Постановление ЕСПЧ от 8 июля 1986 г. по делу «Литгоу и др. против Великобритании» (жалобы № 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81, 9405/81) <<http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-57526&filename=001-57526.pdf>> (последнее посещение – 9 января 2018 г.)

<sup>4</sup> *Асосков А.В.* Указ. соч. С. 65.

<sup>5</sup> Указанное Соглашение фактически не применяется, однако оно не было денонсировано полностью или в части, предусмотренный порядок разрешения споров под-

гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества (Москва, 26 мая 1972 г.) (далее – Московская конвенция)<sup>1</sup>, Общими условиями поставок между внешнеторговыми организациями СССР и внешнеторговыми организациями КНДР (Пхеньян, 27 июля 1981 г.) и Общими условиями поставок товаров из СССР в КНР и из КНР в СССР (Пекин, 13 марта 1990 г.)<sup>2</sup>. Обязательный арбитраж, предписываемый данными соглашениями, компенсировал отсутствие в государственных судебных органах СССР и государств – членов СЭВ достаточной практики разрешения хозяйственных споров с иностранным элементом, а у участников внешнеторговых операций – опыта участия в международных коммерческих спорах<sup>3</sup>.

тверждался в последующих договоренностях государств (см. подробнее: *Муранов А.И.* Еще один взгляд на вопросы исполнения в России арбитражных решений, вынесенных в Швеции: проблемы применения почти что забытого двустороннего соглашения 1940 г. // Вестник международного коммерческого арбитража. 2010. № 2(2). С. 69–74).

- <sup>1</sup> Формально Московская конвенция остается в силе для Российской Федерации и государств, которые официально ее не денонсировали. При этом в литературе высказывается идея, что она могла «устареть» и прекратить свое существование. Также высказывается позиция, в соответствии с которой Московская конвенция применялась исключительно к государственным предприятиям и, соответственно, неприменима к «частным» юридическим лицам. (см. подробнее: *Батлер У.* Судьба Московской конвенции 1972 г. // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. – М.: Статут, 2007. С. 47–60).
- <sup>2</sup> Как ОУП КНДР – СССР 1981 г., так и ОУП КНР – СССР 1990 г. не были денонсированы Российской Федерацией, КНДР и КНР, соответственно, должны считаться действующими. Однако существует мнение, что некоторые последующие договоры, в частности, с КНР предусматривали положения, несовместимые с общими условиями поставок (см. подробнее: *Петросян Р.А.* Обращение в международный коммерческий арбитраж в силу международного договора // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. С. 325–326; *Он же.* Процессуальные и связанные с ними вопросы в деятельности МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. ст. 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. 306; *Слагодя С.К., Бачинская А.А., Молотников А.Е.* Проблемы арбитражного разбирательства между компаниями России и Китая // Право и бизнес. 2017. № 1 (СПС «КонсультантПлюс»).
- <sup>3</sup> *Хвалец В.В.* История, судьба и значение Московской конвенции <<http://www.arbitrations.ru/userfiles/file/Publications/Publications/MoscowConventionArticle.pdf>> (последнее посещение – 5 января 2018 г.).

Из иных практических соображений обязательный арбитраж устанавливался для споров между физическими и юридическими лицами США и Ирана Декларацией Правительства Демократической Народной Республики Алжир от 19 января 1981 г. Разрешение таких споров в соответствии с Декларацией не предполагало заключения арбитражного соглашения между спорящими сторонами<sup>1</sup>.

В силу отсутствия арбитражного соглашения обязательный арбитраж, предусмотренный как национальным законодательством, так и международными договорами, имеет спорный статус. В частности, принятие Московской конвенции некоторые авторы рассматривали как шаг на пути создания «специальных судов», с которыми обязательный арбитраж имеет больше сходств, чем с классическим арбитражем, основанным на соглашении сторон<sup>2</sup>. В зарубежной литературе обязательный арбитраж часто не признается третейским разбирательством как таковым<sup>3</sup> или же рассматривается как самостоятельный институт арбитража, существующий отдельно от обычного третейского разбирательства<sup>4</sup>.

### 3. Арбитраж «by default»

Вышеуказанный опыт различных способов конструирования соглашения сторон и опыт обязательного арбитража, позволяющие иначе посмотреть на необходимость заключения арбитражного соглашения, вкупе с уверенностью в том, что третейское разбирательство является предпочтительным способом разрешения споров, наталкивают некоторых современных авторов на мысль о так называемом арбитраже «by default». Идея арбитража «by default» заключается в том, что при возникновении спора стороны обязаны разрешать его в обязательном порядке в определенном третейском суде, однако могут отклониться от данного правила и заключить пророгационное соглашение в пользу какого-либо государственного суда или же арбитражное соглашение

---

<sup>1</sup> Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria Concerning the Settlement of Claims by the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran (Claims Settlement Declaration), 19 January 1981, Arts. I, II <<http://www.iusct.net/General%20Documents/2-Claims%20Settlement%20Declaration.pdf>> (последнее посещение – 5 января 2018 г.).

<sup>2</sup> *Батлер У.* Указ. соч. С. 59.

<sup>3</sup> *Born G.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. P. 250.

<sup>4</sup> *Poudret J.F., Besson S.* Op. cit. P. 3.

в пользу иного третейского суда<sup>1</sup>. Различные концепции имплементации данного механизма описываются в работах таких авторов, как Г. Борн, Ж. Куниберти и Дж. Грэйвс.

Основным препятствием для функционирования этой концепции служит арбитражное соглашение, которое не позволяет арбитражу стать универсальным способом разрешения споров, но без которого не гарантировано ни направление сторон в арбитраж судом, ни успешное приведение арбитражного решения в исполнение. Для преодоления указанного препятствия в литературе предлагаются несколько концепций имплементации арбитража «by default», многие из которых соответствуют описанным выше:

- a) презюмируемая арбитражная оговорка Ж. Куниберти;
- b) обычай, устанавливающий правило об арбитраже «by default»;
- c) положения об арбитраже «by default» в документах негосударственных организаций;
- d) положения об арбитраже «by default» в нормативных актах;
- e) двусторонние и многосторонние международные договоры об арбитраже «by default».

Правило об арбитраже «by default», естественно, не предполагается распространять на все споры без исключения: помимо неарбитрабельных споров и споров, которые нельзя отнести к коммерческим (потребительские, трудовые споры, споры о наследстве и т.д.), из компетенции арбитража «by default» авторы исключают споры между лицами, имеющими место нахождения (коммерческое предприятие) в одном государстве, а также споры, сумма иска по которым не превышает определенный порог<sup>2</sup>.

Концепции арбитража «by default», как и рассмотренные выше подходы в практике и нормативных актах, являются примером либо «подразумеваемого» арбитражного соглашения, либо переосмысления идеи обязательного арбитража.

<sup>1</sup> *Graves J.* Court Litigation over Arbitration Agreements: Is It Time for a New Default Rule? (Touro Law Center Legal Studies Research Paper Series No. 14-1 (2012)) <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2350309](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2350309)> (последнее посещение — 16 декабря 2017 г.); *Cuniberti G.* Op. cit. P. 183; *Born G.* BITS, BATS and Buts: Reflections on International Commercial Disputes Resolution <[https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATs-and-Buts.pdf](https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/BITS-BATs-and-Buts.pdf)> (последнее посещение — 16 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> *Cuniberti G.* Op. cit. P. 164–166; *Born G.* BITS, BATS and Buts: Reflections on International Commercial Disputes Resolution. P. 5.

### 3.1. Арбитраж «*by default*» — «подразумеваемое» арбитражное соглашение

Наиболее простым и одновременно наименее разработанным способом имплементации арбитража «*by default*» в рамках «подразумеваемого» арбитражного соглашения является предложенная Ж. Куниберти «презюмируемая» арбитражная оговорка. В основе данной модели лежит идея о том, что в судебной практике и доктрине должен сформироваться подход к толкованию коммерческих договоров между иностранными по отношению друг к другу контрагентами (вне зависимости от предмета таких договоров), в соответствии с которым стороны считаются выразившими согласие на рассмотрение в третейском суде споров, возникающих из или в связи с названными договорами, если не предусмотрен какой-либо иной порядок разрешения споров<sup>1</sup>. Предполагается, что данный способ толкования договоров приемлем в силу того, что арбитражная оговорка является для большинства международных контрактов привычным условием<sup>2</sup>.

Направление сторон в арбитраж может быть результатом дополнения существующих положений договора обычаям арбитража «*by default*», что предлагается в качестве еще одного способа имплементации, являющегося подвидом «подразумеваемого» арбитражного соглашения<sup>3</sup>. Соответственно, в определенной сфере предпринимательской деятельности должен сформироваться обычай, в соответствии с которым стороны рассматривают определенные виды споров в третейских судах, а в государственном суде — только при заключении пророгационного соглашения. При этом обычай может в различных юрисдикциях пониматься по-разному, соответственно, «обычная» арбитражная оговорка может<sup>4</sup>:

(i) презюмироваться при отсутствии иной договоренности, поскольку считается, что стороны подразумевали применение обычая, о котором они знали или должны были знать, если он широко известен и постоянно соблюдается в данной сфере предпринимательской деятельности<sup>5</sup>; или

---

<sup>1</sup> *Cuniberti G.* Op. cit. P. 228–230.

<sup>2</sup> *Graves J.* Op. cit.

<sup>3</sup> *Cuniberti G.* Op. cit. P. 238.

<sup>4</sup> *Ibidem.*

<sup>5</sup> По аналогии с п. 2 ст. 9 Венской конвенции.

(ii) применяться в любом случае, если стороны прямо не исключили применение данного обычая договором<sup>1</sup>.

Для целей имплементации арбитража «by default» разница подходов не имеет большого значения – правило предлагается распространить только на коммерческие споры, а знание коммерсантом обычая в соответствующей отрасли обычно предполагается<sup>2</sup>.

«Презюмируемая» и «обычная» арбитражные оговорки весьма схожи между собой, а основное различие между ними состоит в том, что первая распространяется на все международные контракты, а вторая – на определенные виды предпринимательской деятельности. Однако более подробно то, каким образом должны в обоих случаях определяться место арбитража, арбитражный институт, применимые правила и т.д., в литературе не раскрывается. Возможно, предполагается, что такие правила будут установлены судами, разрабатывающими соответствующую практику или применяющими в решениях обычаи. Однако сложно представить достаточно универсальное правило, способное заменить собой договоренности сторон, даже если оно является обычаем для узкой сферы предпринимательской деятельности, а тем более если оно не зависит от сферы, предмета договора, стран происхождения и других особенностей правоотношений, которые возможно учесть только путем согласования арбитражной оговорки.

Более формализованным представляется правило об арбитраже «by default», установленное в документах негосударственных организаций (бирж, клиринговых организаций, торговых палат и т.д.)<sup>3</sup>. При этом такие организации могут как предусматривать обязательное включение в контракты арбитражных оговорок или отсылок к ним, так и требовать разрешения всех споров, связанных с контролируе-

<sup>1</sup> В описываемом подходе Ж. Куниберти соединяет в одном термине «обычай» понятия, которые во многих правовых порядках принято разделять 1) «обыкновение» и 2) собственно «обычай». В частности, в российской литературе обычай, в отличие от обыкновения, признается источником права и может применяться судом вне зависимости от воли сторон; обыкновение же считается входящим в состав волеизъявления сторон, если они знали о его существовании и имели намерение им руководствоваться (см. подробнее: *Зыкин И.С.* Обычай и обыкновения в международной торговле. – М.: Междунар. отношения, 1983. С. 15–25).

<sup>2</sup> *Drettman A.-K.* Would English law on trade usages benefit from adopting a more formal approach such as seen in other jurisdictions as well as in international conventions? (August 2009) <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/drettmann.html>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

<sup>3</sup> *Cuniberti G.* Op. cit. P. 235–237.

мой ими деятельностью, в третейских судах<sup>1</sup>. Первый способ не отражает идею арбитража «by default», а второй, напротив, позволяет считать стороны, ставшие членами организации или осуществляющие деятельность, регулируемую такой организацией, согласившимися на рассмотрение споров в арбитраже в соответствии с ее предписаниями. Данный вариант арбитража «by default» мало чем отличается от существующей практики, рассматривавшейся выше, однако позволяет сторонам конкретного договора согласовать иную арбитражную оговорку или передать спор на рассмотрение в государственный суд. При этом безусловным минусом данной концепции является отсутствие универсального характера: негосударственные организации контролируют лишь очень специфические сферы деятельности.

### **3.2. Арбитраж «by default» — обязательный арбитраж без арбитражного соглашения**

Норма об арбитраже «by default» может быть предусмотрена национальным законодательством или международным договором.

Арбитраж на основании нормы национального закона мало отличается от существующих примеров третейского разбирательства на основании нормативных актов, однако предполагает возможность изменить этот порядок или отказаться от него. Данному виду арбитража «by default» уделяется мало внимания в литературе — предположительно потому, что он, как и указанные выше примеры обязательного арбитража, приспособлен только для разрешения споров в узких сферах, в некоторой степени связанных с публичным правом.

Арбитраж «by default» на основании международного договора, напротив, наиболее подробно описан в литературе по сравнению со всеми иными способами имплементации. Данный подход сегодня активно пропагандируется Г. Борном. Автор предложил государствам заключать двусторонние и многосторонние арбитражные договоры (Bilateral Arbitration Treaty (далее — *BAT*) / Multilateral Arbitration Treaty (далее — *MAT*)), которые предусматривают разрешение споров между сторонами, имеющими место нахождения на территории данных государств, в согласованном третейском суде или — при наличии договоренности сторон — в форуме, выбранном такими сторонами<sup>2</sup>. В качестве иллю-

---

<sup>1</sup> *Cuniberti G.* Op. cit. P. 235–237.

<sup>2</sup> *Born G.* BITS, BATS and Buts: Reflections on International Commercial Disputes Resolution. P. 3–4.

страции данной идеи Г. Борном были разработаны модельное *BAT*<sup>1</sup> и комментарий к нему<sup>2</sup>.

В соответствии с предложением Г. Борна, действие *BAT / MAT* должно распространяться на коммерческие предприятия, созданные в любой форме (включая индивидуальных предпринимателей и даже государственные органы), учрежденные в одной из договаривающихся стран, а также их филиалы<sup>3</sup>. Из сферы действия *BAT / MAT* исключаются споры некоммерческого характера, а также некоторые иные споры, например, связанные с вредом, причиненным окружающей среде, или банкротствами<sup>4</sup>. Если спор не относится к сфере действия *BAT / MAT*, в приведении в исполнение решения третейского суда может быть отказано<sup>5</sup>.

Спор, возникший между коммерческими предприятиями договаривающихся государств, предполагается разрешать в арбитраже *ad hoc* по Регламенту ЮНСИТРАЛ<sup>6</sup>. Договаривающиеся государства обеспечивают признание и приведение в исполнение решений третейских судов, учрежденных в соответствии с положениями *BAT / MAT*, на условиях, не менее благоприятных, чем предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией или положениями о признании и приведении в исполнение решений любого суда договаривающегося государства<sup>7</sup>.

Ж. Куниберти, продолжая идею *BAT / MAT*, предлагает включать положения об арбитраже «by default» в соглашения о свободной торговле, которые на данный момент часто указывают только на обязательство государств способствовать арбитражу или иным альтернативным способам разрешения споров<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Draft Model Bilateral Arbitration Treaty <[https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/News/Documents/Draft-Model-BAT.pdf](https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/Draft-Model-BAT.pdf)> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

<sup>2</sup> Draft Commentary on Model Bilateral Arbitration Treaty <[https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared\\_Content/Editorial/News/Documents/Explanatory-Note-Draft-Model-Bilateral-Arbitration-Treaty.pdf](https://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/Shared_Content/Editorial/News/Documents/Explanatory-Note-Draft-Model-Bilateral-Arbitration-Treaty.pdf)> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

<sup>3</sup> Draft Model Bilateral Arbitration Treaty, Art. 1.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibid., Art. 7(1)(a).

<sup>6</sup> Ibid., Art. 4(1)(a).

<sup>7</sup> Ibid., Art. 6(1), (2).

<sup>8</sup> *Cuniberti G. Op. cit. P. 261.*

В сравнении с иными способами имплементации арбитража «by default» формы, представляющие собой обязательный арбитраж, могут обеспечить наличие конкретных правил разрешения споров в третейском суде. Некоторую конкуренцию им может составить разве что арбитраж «by default», предписанный негосударственной организацией, который имеет иные недостатки.

Тем не менее наличие четких правил не обеспечивает эффективность самого механизма арбитража «by default», которая зависит, например, от того, является ли предписание о рассмотрении спора в третейском суде достаточным для направления сторон в арбитраж и приведения арбитражного решения в исполнение, в том числе в суде юрисдикции, которая не признает арбитраж «by default».

#### **4. Практические аспекты имплементации концепций арбитража «by default»**

Уже на настоящем этапе возможно определить некоторые потенциальные проблемы, которые могут возникнуть при имплементации концепции арбитража «by default» в любой из описанных выше вариаций. Важно отметить, что данные проблемы в значительной степени различаются для двух подходов, в рамках которых существует арбитраж «by default»: если основной проблемой «подразумеваемого» арбитражного соглашения становятся вопросы его формы и действительности, а также применимого права, то для аналогов обязательного арбитража остается неразрешенным глобальный вопрос о применимости норм национального и международного права, регулирующих арбитраж в его классическом понимании.

##### ***4.1. Проблемы применения арбитража «by default» – подразумеваемое арбитражное соглашение***

Представим ситуацию, в которой в государственный суд в юрисдикции, которая не признает арбитраж «by default» и в которой действует Нью-Йоркская конвенция, подается исковое заявление. Ответчик требует оставить его без рассмотрения и направить стороны в арбитраж на основании ст. II Нью-Йоркской конвенции в силу того, что спор подлежит рассмотрению в третейском суде по правилам арбитража «by default». Истец утверждает, что спор должен быть рассмотрен в государственном суде, поскольку между сторонами отсутствует действительное арбитражное соглашение.

Чтобы понять, действительна ли «презюмируемая» или «обычная» арбитражная оговорка, суду придется сначала определить право, применимое к арбитражному соглашению. В литературе часто указывается, что в отсутствие договоренности сторон правом, применимым к арбитражной оговорке, является право места арбитража, вне зависимости от того, какое право регулирует сам договор<sup>1</sup>. Тем не менее встречается и иная точка зрения, например, предложенная английским Апелляционным судом в деле *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA & Ors. v. Enesa Engenharia SA*, в соответствии с которой применимым правом может являться право, (i) прямо или (ii) косвенно выбранное сторонами, или же (iii) право, наиболее тесно связанное с арбитражным соглашением<sup>2</sup>. Если в данном решении суд все же определил в качестве применимого права наиболее тесно связанное со спором право места арбитража (Лондон)<sup>3</sup>, то в деле *Arsanovia Ltd. & Ors. v. Cruz City I Mauritius Holdings* Высокий суд правосудия пришел к выводу, что стороны косвенно выбрали право Индии, регулирующее сам контракт, хотя наиболее тесно связанным правом являлось опять же право места арбитража (Лондон)<sup>4</sup>. Несколько иной, но также достаточно гибкий «тест» для определения права, применимого к арбитражной оговорке, предусматривает Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.): она позволяет судам решать вопрос о наличии и действительности арбитражной оговорки по праву, определенному на основании собственных коллизионных норм, если право не выбрано сторонами или право места арбитража не может быть установлено (ст. 6(2)(с)).

Проблема связана с тем, что концепции «презюмируемого» и «обычного» арбитражного соглашения зачастую не позволяют однозначно определить место арбитража. Поэтому, пытаясь ответить на вопрос о действительности арбитражной оговорки на основании

<sup>1</sup> *Blackaby N., Partasides C., Redfern A., Hunter M.* Op. cit. P. 71; *Rubino-Sammartano M.* Op. cit. P. 157.

<sup>2</sup> [2012] EWCA Civ. 638, para. 25 (per Moore-Bick LJ) <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2012/638.html>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.); см. также: *Lew J.D.M.* 9. *Sulamérica and Arsanovia: English Law Governing Arbitration Agreements // Jurisdictional Choices in Times of Trouble (= Dossiers of the ICC Institute of World Business Law. Vol. 12) / B.G. Affaki, H.A.G. Naón (eds.) (ICC Publication No. 755E).* – P.: ICC Pub., 2015. P. 136–138.

<sup>3</sup> [2012] EWCA Civ. 638, para. 26.

<sup>4</sup> [2012] EWHC 3702 (Comm.) <<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/3702.html>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.)

права места арбитража, суд в ряде случаев зайдет в логический тупик, поскольку первоначальный вопрос о том, возможно ли на основании правила об арбитраже «by default» подразумевать наличие арбитражного соглашения и определять в соответствии с ним место арбитража, остается на данном этапе без ответа. С большой долей вероятности уже на этой стадии суд укажет либо на полное отсутствие, либо на неисполнимость арбитражной оговорки. Однако для проарбитражным образом настроенного суда сохраняется возможность пойти по пути более гибкого анализа и увидеть в договоре признаки косвенного выбора в качестве права, примененного к порядку разрешения споров сторон, правопорядка, содержащего правило об арбитраже «by default». В таком случае на вопрос о действительности обеих «подразумеваемых» оговорок может быть дан положительный ответ, поскольку наличие в правопорядке строгих требований к форме арбитражного соглашения и действительности волеизъявления стороны противоречит самой идее арбитража «by default».

Тем не менее, как указывалось выше, описание в литературе «презюмируемой» и в меньшей степени «обычной» оговорки недостаточно конкретно, соответственно, независимо от успеха поиска примененного права, суд может посчитать такую оговорку неисполнимой.

В ходе приведения в исполнение арбитражного решения, вынесенного на основании данных оговорок, суд будет рассматривать требования к форме в ст. II Нью-Йоркской конвенции в качестве «максимальных» по отношению к положениям собственного правопорядка<sup>1</sup>. Если подход в национальном праве к форме арбитражного соглашения достаточно либерален, чтобы признать соблюдение «презюмируемой» или «обычной» оговоркой формальных требований, суд далее, применяя ст. V(1)(a) Нью-Йоркской конвенции, рассмотрит вопрос материальной действительности арбитражного соглашения с точки зрения права места арбитража.

Чтобы поставить под сомнение материальную действительность арбитражной оговорки, сторона в обоих случаях может заявить, например, что она не имела представления о применимости указанного права к порядку разрешения споров, и ее волеизъявление в действительности не подразумевалось и не может формировать «презюмируемую» или

<sup>1</sup> *Born G.* International Commercial Arbitration. 2<sup>nd</sup> ed. P. 667–668; Резолюция 61/33 Генеральной Ассамблеи ООН от 4 декабря 2006 года // Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год). Вена: ООН, 2016. С. 15–16 <<http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/arbitration/NY-convention/New-York-Convention-R.pdf>> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.).

«обычную» арбитражную оговорку. Суд может не согласиться с такими аргументами и посчитать, что сторона, заключая договор, к которому применимо право, содержащее правило об арбитраже «by default», могла ожидать, что этот правопорядок будет впоследствии признан регулирующим разрешение споров. Соответственно, сторона, не настаивавшая на ином порядке разрешения споров, не сможет ссылаться на отсутствие арбитражной оговорки. Похожий анализ, в частности, используется при обосновании распространения арбитражной оговорки на «неподписанта» в силу принципа «эстоппель», когда выясняется, что сторона ранее не ставила под сомнение действительность и распространение на нее арбитражной оговорки<sup>1</sup>.

Можно также предположить, что сторона, желая предотвратить приведение арбитражного решения в исполнение, укажет на нарушение публичного порядка. Аргументом, в частности, может быть то, что отказ от гарантий, предусмотренных государственным судом, в пользу разбирательства в третейском суде должен быть прямо выражен, как это предусмотрено в некоторых юрисдикциях<sup>2</sup>. Тем не менее в большинстве правопорядков основания для признания процессуального нарушения нарушением публичного порядка связаны скорее с процессом разбирательства спора в арбитраже, а не с порядком выражения согласия на такое разбирательство<sup>3</sup>.

В случае наличия арбитражной оговорки, заключенной посредством присоединения к документам независимой организации, требующей передавать все связанные с регулируемой деятельностью споры в арбитраж, вопрос применимого права, если суд считает таковым место арбитража, разрешается значительно легче. Это связано с тем, что в документах организации, скорее всего, будет предусмотрен конкретный порядок разрешения споров, и в том числе место предполагаемого арбитража. В остальном ответ на вопрос о форме арбитражного соглашения также будет зависеть от подхода в праве по месту нахождения суда, если не выполняется минимальный стандарт из ст. II Нью-Йоркской конвенции. Тем не менее не вызывает сомнений, что волеизъявление стороны спора должно быть

<sup>1</sup> *Hanotiau B.* Op. cit. P. 20; *Brekoulakis S.* Op. cit. P. 129.

<sup>2</sup> См., например: *Atalese v. U.S. Legal Services Group L.P.*, No. A-64-12, 2014 WL 4689318 (N.J. Sept. 23, 2014) <<http://caselaw.findlaw.com/nj-supreme-court/1678725.html>> (последнее посещение – 14 января 2018 г.).

<sup>3</sup> *Schwarz F.T., Ortner H.* Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration // *Austrian Yearbook on International Arbitration*. 2008. P. 146–151.

признано формирующим действительное арбитражное соглашение, поскольку та осознанно осуществляла деятельность, регулируемую независимой организацией, но не исключила доступным способом «подразумеваемую» арбитражную оговорку в распространяющихся на нее документах.

#### **4.2. Проблемы применения арбитража «by default» – арбитраж без арбитражного соглашения**

Проблемы использования концепций арбитража «by default», не предусматривающих заключения даже «подразумеваемого» арбитражного соглашения, более глобальны. В отношении любых институтов обязательного арбитража и его аналогов возникает вопрос, применимы ли к ним нормы национального и международного права, регулирующие арбитраж в его классическом понимании.

Как нормы об оставлении искового заявления без рассмотрения, так и нормы о приведении в исполнение арбитражных решений, содержащиеся в национальных законодательствах и в Нью-Йоркской конвенции, исходят из существования арбитражного соглашения между сторонами спора. В его отсутствие их применение выглядит необоснованным.

Существующие примеры обязательного арбитража не дают исчерпывающего представления о том, как суды третьего государства будут реагировать на ссылку стороны на национальный закон или международный договор, предписывающий разрешать споры в третейских судах. Это связано в первую очередь с узкой сферой применения или региональным характером существующих законов и договоров.

Проблема квалификации обязательного арбитража иллюстрируется практикой судов, связанной с решениями Трибунала по урегулированию взаимных претензий США и Ирана (Iran-United States Claims Tribunal) (далее – Трибунал), в частности решением Высокого суда правосудия в деле *Dallal v. Bank of Mellat*<sup>1</sup>. Гражданин США обратился в Высокий суд, уже имея решение по тому же спору, принятое Трибуналом. Истец заявил, что имеет право на повторное рассмотрение спора, поскольку на решение Трибунала не распространяется действие Нью-Йоркской конвенции, а значит, его невозможно привести в исполнение в Великобритании. Высокий суд согласился с тем, что Нью-Йоркская конвенция в отсутствие между сторонами арбитражного соглашения неприменима, но это не мешает признать решение

---

<sup>1</sup> [1986] 1 QB 441.

Трибунала на основании принципа международной вежливости<sup>1</sup>. Похожего подхода придерживались и другие государства, признавая иную природу решений Трибунала по сравнению с принятыми на основании арбитражных соглашений и констатируя, что на такие решения не распространяется действие Нью-Йоркской конвенции<sup>2</sup>.

Данный подход служит иллюстрацией потенциальной реакции судов на обязательный арбитраж «by default» без арбитражных соглашений. Решения могут быть приведены в исполнение, однако это полностью зависит от того, готов ли суд третьего государства найти какое-либо обоснование, отличное от привычной ссылки на Нью-Йоркскую конвенцию. Предположительно также от усмотрения суда будет зависеть то, направит ли он стороны в арбитраж, узнав, что на разрешение споров между ними распространяет свое действие норма об арбитраже «by default».

## 5. Заключение

Попытки создать механизмы, позволяющие рассмотреть спор в арбитраже, не заключая арбитражное соглашение, довольно часто встречаются в литературе и в практике. Эти механизмы существуют в одной из двух форм — «подразумеваемого» арбитражного соглашения или же обязательного арбитража без арбитражного соглашения.

В отличие от обязательного арбитража, «подразумеваемое» арбитражное соглашение позволяет остаться в рамках привычного, «консенсуального» третейского разбирательства и претендовать на применимость всех соответствующих национальных и международно-правовых норм. Обязательный арбитраж во всех его проявлениях — это самостоятельный институт, к которому важнейшие нормы о третейском разбирательстве применяются по усмотрению суда, а не по общему правилу, что является его недостатком для целей осуществления международных проектов.

Концепции арбитража «by default» не являются революционной идеей по сравнению с рассмотренной практикой: это попытка систематизировать все те же два подхода к арбитражу, не требующему формального заключения арбитражного соглашения, для целей

<sup>1</sup> *Rubino-Sammartano M.* Op. cit. P. 126.

<sup>2</sup> Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention / H. Kronke, P. Nacimiento, D. Otto, N. Chr. Port (eds.). — Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2010. P. 162–163.

дальнейшего распространения третейского разбирательства. Данные концепции рассматриваются в литературе с различной степенью детализации; некоторые представляются более «жизнеспособными», а некоторые – утопичными. При этом встречаются попытки рассмотреть возможность имплементации концепций арбитража «by default» на практике. Например, Новозеландский институт экономических исследований (New Zealand Institute of Economic Research (NZIER)) в 2016 г. провел исследование, по результатам которого подтвердил, что принятие *BAT* может положительно повлиять на разрешение споров малых предприятий в регионе<sup>1</sup>.

Однако, как показывает даже поверхностный анализ, имплементация любого из подходов к арбитражу «by default» на данном этапе разработки не ведет к формированию простой и предсказуемой системы взаимодействия третейских и государственных судов, без которой нет смысла отказываться от классического арбитражного соглашения.

---

<sup>1</sup> Evaluating the proposed Bilateral Arbitration Treaty: NZIER report to Victoria University of Wellington Law Faculty (25 February 2016) <[https://nzier.org.nz/static/media/filer\\_public/93/9b/939bfa07-1460-4f38-b0f3-6fe902cfc0c5/second\\_bat\\_report.pdf](https://nzier.org.nz/static/media/filer_public/93/9b/939bfa07-1460-4f38-b0f3-6fe902cfc0c5/second_bat_report.pdf)> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.); см. также: *Born G., Butler P.* Bilateral Arbitration Treaties: An Improved Means of International Dispute Resolution <[http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Programme/104-BORN\\_and\\_BUTLER-BATs\\_An\\_Improved\\_Means\\_of\\_International\\_Dispute\\_Resolution.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/104-BORN_and_BUTLER-BATs_An_Improved_Means_of_International_Dispute_Resolution.pdf)> (последнее посещение – 16 декабря 2017 г.). P. 10–11.

## СОДЕЙСТВИЕ АРБИТРОВ В ПРИМИРЕНИИ СТОРОН

**И.И. Суспицына,**  
магистр права (LL.M.)

*В статье рассматривается содействие арбитров в примирении сторон как способ повышения эффективности арбитражного разбирательства. Одновременно автор описывает спорные моменты совмещения функций арбитра и медиатора и дает практические рекомендации по поводу того, как снизить риски оспаривания арбитражного решения, вынесенного после неудавшейся попытки примирения.*

*Ключевые слова: медиация; примирительные процедуры; мед-арб; альтернативное разрешение споров; исполнение арбитражных решений; предварительное мнение арбитра; независимость и беспристрастность арбитров.*



## **ASSISTANCE OF ARBITRATORS IN SETTLEMENT BETWEEN THE PARTIES**

**IRINA SUSPITCYNA,  
LL.M.**

*The article examines the assistance of arbitrators in settlement procedures between the parties as a way to improve the effectiveness of arbitration proceedings. At the same time, the author describes the disputable issues of combining the functions of arbitrator and mediator and gives practical recommendations on how to reduce the risks of setting aside an arbitral award made after an unsuccessful attempt to settle the dispute.*

*Keywords: mediation; conciliation; settlement procedures; med-arb; alternative dispute resolution; recognition and enforcement of arbitral awards; preliminary view on the merits of the case; independence and impartiality of arbitrators.*



## 1. Введение

В качестве недостатков международного арбитража как метода разрешения споров выделяют длительность процедуры, ее дороговизну для пользователей, а также достаточно враждебную атмосферу, в которой происходит разбирательство. Стороны не всегда удовлетворены вынесенным решением и впоследствии могут препятствовать его признанию и приведению в исполнение.

Содействие арбитров в примирении сторон и заключении мирового соглашения может способствовать созданию «беспроблемной» (win-win) ситуации, в которой стороны добровольно исполняют достигнутые договоренности. Это может сократить сроки и расходы в арбитраже, а также позволить участникам «сохранить лицо» и партнерские отношения.

Примирительные процедуры (медиация) и арбитраж исторически очень тесно связаны. Отсюда проистекают смешанные формы разрешения споров, такие как арбитраж-медиация (arb-med) и медиация-арбитраж (med-arb), а также примирительные функции арбитров.

Между тем, несмотря на «кровное родство», в современном мире медиация и арбитраж имеют ряд принципиальных различий, которые ставят под сомнение саму возможность для одного и того же лица совмещать функции арбитра и медиатора, оставаясь при этом независимым и беспристрастным. Как следствие, арбитражное решение, вынесенное таким арбитром после неудачной попытки примирения сторон, подпадает под угрозу оспаривания.

В настоящей статье автор преследует цель проанализировать спорные моменты содействия арбитра примирению сторон с учетом практики различных юрисдикций.

## 2. Суть проблемы

Медиация и арбитраж относятся к двум разным способам альтернативного разрешения споров: первый представляет собой примирительную процедуру, направленную на достижение самими сторонами консенсуального решения при посредничестве нейтрального третьего лица; второй предполагает процедуру состязательную, включающую вынесение третьим лицом обязательного для сторон решения. В свя-

зи с этим роль, функции и полномочия нейтрального третьего лица фундаментально различаются<sup>1</sup>.

Арбитр оценивает позиции сторон с точки зрения права для вынесения формализованного решения, в то время как медиатор исходит из интересов сторон и ряда неюридических факторов (экономических, психологических) в целях достижения ими соглашения. Отсюда следует различный набор средств, которыми эти цели достигаются.

Медиатор помогает сторонам не выиграть в споре, а найти приемлемое компромиссное решение. При этом более эффективным может быть раздельное общение посредника с каждой из сторон. В ходе таких встреч сторона на условиях конфиденциальности может сообщить медиатору информацию, которая поможет ему понять истинные причины конфликта и действительные бизнес-цели, которые сторона не раскрыла бы в ходе состязательного открытого разбирательства арбитру и противоположной стороне. Для арбитра же коммуникации *ex parte* с участниками разбирательства недопустимы. Его задача — обеспечить равное отношение к сторонам, раскрытие позиций и доказательств, равно как и вынесение исполнимого решения.

Степени добровольности процедуры и свободы «выхода» из нее в медиации и арбитраже также различны. Стороны в любой момент вправе прекратить переговоры и отказаться подписать мировое соглашение, но рассмотрение спора в арбитраже будет продолжаться вплоть до вынесения решения, независимо от желания какой-либо из сторон в нем участвовать.

При комбинировании функций арбитра и медиатора именно этот «выход» из переговоров и возобновление состязательной процедуры порождают ряд спорных вопросов. Не повлияло ли одностороннее общение арбитра со сторонами в ходе примирения на его независимость и беспристрастность? Что делать с информацией, ставшей известной арбитру в ходе такого общения? Может ли эта ситуация быть использована для отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения? Как снизить такие риски? Не лучше ли арбитру избегать полноценной медиации и ограничиться квазипроцедурой? Может ли в принципе арбитр быть хорошим ме-

---

<sup>1</sup> См.: Давыденко Д.Л. Соотношение международного коммерческого арбитража с другими альтернативными способами разрешения международных коммерческих споров // Вестник МКА. 2013. № 1(7). С. 13–14.

диатором? Стоит ли вообще смешивать эти два способа разрешения споров или лучше сторонам урегулировать дело в рамках отдельной процедуры медиации?

Автор предлагает начать с ответа на два последних вопроса. Несмотря на то что хороший арбитр — далеко не всегда хороший медиатор и разница между ними примерно такая же, как между судьей и семейным психологом, на юридическом рынке есть специалисты, успешно совмещающие эти функции<sup>1</sup>. Такое совмещение ролей позволяет снизить расходы и сроки в арбитраже, поскольку не требуется привлекать отдельного посредника и арбитры уже погружены в материалы дела. Кроме того, стороны не всегда способны выбрать правильный момент для переговоров или опасаются, что такое предложение будет расценено как признак слабости позиции<sup>2</sup>. Наконец, неоспоримым плюсом заключения мирового соглашения в рамках арбитража является фиксация достигнутых договоренностей в виде решения на согласованных условиях<sup>3</sup>, которое исполняется наряду с любыми другими арбитражными решениями<sup>4</sup>.

Таким образом, проблема сводится к поиску определенных механизмов, позволяющих сбалансировать противоречия между процедурами арбитража и медиации и обезопасить потенциальное решение в случае, если посредничество не приведет к положительному результату. Подобные механизмы существуют на уровне национальных законодательств и рекомендательных правил (в первую очередь Правил Центра эффективного разрешения споров (Centre for Effective Dispute

<sup>1</sup> Есть известная шутка о том, как можно отличить, когда юрист участвует в деле в качестве арбитра, а когда в качестве медиатора: в первом случае он возвращается домой вовремя и ужинает с семьей, а во втором поздно, измотанным и не желает ни с кем общаться.

<sup>2</sup> *Favalli D., Hasenclever M.K.* The Role of Arbitrators in Settlement Proceedings // *Mealey's International Arbitration Report*. 2008. Vol. 23. # 7. P. 3 <<http://www.rakluth.de/download/34-the-role-of-arbitrators-in-settlement-proceedings.pdf>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

<sup>3</sup> *Kryvoi Y., Davydenko D.* Consent Awards in International Arbitration: From Settlement to Enforcement // *Brooklyn Journal of International Law*. 2015. Vol. 40. No. 3. P. 835–838 <<https://brooklynworks.brooklaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1108&context=bjil>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> *Ibid.* P. 850; Singapore International Arbitration Act (Ch. 143A), sec. 18 <<http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IAA/IAA%20Aug2016.pdf>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.); DIS-Arbitration Rules 98, sec. 32.3 <<http://www.disarb.org/en/16/rules/dis-arbitration-rules-98-id10>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

Resolution (далее — *CEDR*)<sup>1</sup>). Их применение, как правило, в большой степени находится на усмотрении арбитров и во многом зависит от их национальности, образования и опыта.

### 3. Активный арбитр *versus* пассивный арбитр

Исследования показывают, что национальность арбитров и система права, в которой они были воспитаны, оказывают решающее влияние на их подходы к примирению сторон<sup>2</sup>.

Так, активная роль арбитров в примирении сторон традиционно характерна для континентальной системы права, в первую очередь для Германии, Австрии и германоязычной части Швейцарии, и, наоборот, нехарактерна для стран англосаксонской системы права<sup>3</sup>. Страны Азии, включая материковый Китай<sup>4</sup>, Гонконг, Сингапур, Японию<sup>5</sup>, традиционно тяготеют к посреднической функции арбитра, что часто связывают с конфуцианскими ценностями.

<sup>1</sup> См.: *CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration* <[https://www.cedr.com/about\\_us/arbitration\\_commission/Rules](https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Rules)> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

<sup>2</sup> *Kaufmann-Kohler G., Bonnin V. Arbitrators as Conciliators: A Statistical Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background* <<http://www.arbitration-icca.org/media/0/12319144605970/00950003.pdf>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

<sup>3</sup> *Ibidem; Favalli D., Hasenclever M.K.* Op. cit. P. 2; *Ehle B.* The Arbitrator as a Settlement Facilitator // *Walking a Thin Line: What an Arbitrator Can Do, Must Do or Must Not Do: Recent Developments and Trends* (Colloquium CEPANI 40, September 29, 2010). — Brussels: Bruylant, 2010. P. 79–95 <[http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani\\_12\\_THILIN\\_Ehle.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/Cepani_12_THILIN_Ehle.pdf)> (последнее посещение — 17 января 2017 г.); *Schneider M.E.* Combining Arbitration with Conciliation // *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture* / A.J. van den Berg (ed.). The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998. P. 57 <[http://www.lalive.ch/data/publications/mes\\_combining\\_arbitration\\_with\\_conciliation.pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf)> (последнее посещение — 17 января 2017 г.); *Panov A., Petit S.* Amicable Settlement in International Arbitration (16 October 2014) <<https://globalarbitrationreview.com/insight/the-european-middle-eastern-and-african-arbitration-review-2015/1036866/amicable-settlement-in-international-arbitration>> (последнее посещение — 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> *Fan K.* The Risks of Apparent Bias When an Arbitrator Act as a Mediator: Remarks on Hong Kong Court's Decision in *Gao Haiyan* // *Yearbook of Private International Law*. 2011. Vol. 13. P. 535–556 <[https://papers.ssrn.com/abstract\\_id=2130361](https://papers.ssrn.com/abstract_id=2130361)> (последнее посещение — 17 января 2017 г.); *Harpole S.A.* The Combination of Conciliation with Arbitration in the People's Republic of China // *Journal of International Arbitration*. 2007. Vol. 24. Issue 6. P. 623–633.

<sup>5</sup> *Tashiro K.* Conciliation or Mediation during the Arbitral Process: A Japanese View // *Journal of International Arbitration*. 1995. Vol. 12. Issue 2. P. 119–134.

Разница в подходах обусловлена пониманием природы полномочий (мандата) арбитра: при узкой трактовке арбитр осуществляет квазисудебную функцию, является так называемым «частным судьей», поэтому его основная задача – вынести арбитражное решение; при более широкой полномочия арбитра включают любые активные действия, направленные на урегулирование спора в наилучшем для сторон ключе<sup>1</sup>.

### 3.1. *Континентальный подход*

Континентальный подход характеризуется тем, что закрепляет право, а иногда и обязанность состава третейского суда урегулировать спор между сторонами при наличии согласия сторон.

Данный подход проистекает из широких полномочий судей государственных судов по мирному урегулированию споров и применения по аналогии этих правил к арбитрам<sup>2</sup>.

Так, согласно процессуальному законодательству Австрии<sup>3</sup> судья по запросу стороны или по собственной инициативе может попытаться урегулировать спор в ходе первого устного слушания по делу.

В соответствии с законодательством Германии с учетом всех обстоятельств дела суд обязан стремиться к мирному урегулированию спора в целом либо урегулированию отдельных спорных вопросов<sup>4</sup>. Аналогичные правила закреплены в правилах Немецкой институции по арбитражному делу (*Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)*)<sup>5</sup>.

Исходя из права Швейцарии, разрешению спора по существу должна предшествовать попытка примирения сторон<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Berger K.P., Jensen J.O.* The Arbitrator's Mandate to Facilitate Settlement // Вестник международного коммерческого арбитража. 2017. № 1(14). С. 66–67.

<sup>2</sup> Там же. С. 67–68.

<sup>3</sup> Zivilprozessordnung (ZPO), § 204(1) <<https://www.jusline.at/gesetz/zpo/paragraf/204>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> Zivilprozessordnung (ZPO), § 278(1) <[https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_\\_\\_278.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/___278.html)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>5</sup> DIS-Arbitration Rules 98, sec. 32.1.

<sup>6</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung (ZPO)) / Code de procédure civile (CPC), Art. 197 <<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20061121/index.html>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

В странах романской правовой традиции встречаются аналогичные положения. Например, во Франции функция по примирению сторон прямо закреплена в полномочиях (мандате) судьи<sup>1</sup>; упоминается эта функция и в гражданском процессе Бельгии<sup>2</sup> и Италии<sup>3</sup>.

### 3.2. Англосаксонский подход

Принято считать, что в англосаксонской традиции, напротив, арбитры не участвуют в примирении сторон и ограничиваются функциями «частного судьи».

Между тем исследователи отмечают, что на практике английские<sup>4</sup> и особенно американские<sup>5</sup> судьи также активно занимаются примирением. Американское процессуальное законодательство дает судье возможность участвовать в урегулировании споров, вызывать адвокатов сторон для обсуждения вопроса о заключении мирового соглашения<sup>6</sup>, что создает предпосылки и для примирительной роли арбитров<sup>7</sup>.

Кодекс этики Американской арбитражной ассоциации (American Arbitration Association (AAA)) позволяет арбитрам содействовать сторонам в примирении, при условии что арбитр воздержится от давления на стороны и навязывания им примирения<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Code de procédure civile, Art. 21 <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=595650478261433AE6BEBE4D8140FA86.tplgfr38s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006149641&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180218](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=595650478261433AE6BEBE4D8140FA86.tplgfr38s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006149641&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180218)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>2</sup> Code judiciaire, Art. 731 <[http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&table\\_name=loi&cn=1967101004](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&table_name=loi&cn=1967101004)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>3</sup> Codice di procedura civile, Art. 185 <<http://www.altalex.com/documents/news/2014/12/04/del-procedimento-davanti-al-tribunale-dell-istruzione-della-causa>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> *Berger K.P., Jensen J.O.* Op. cit. С. 68.

<sup>5</sup> *Provine D.M.* Settlement Strategies for Federal District Judges. NY: Federal Judicial Center, 1986 <<https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/SttlStrt.pdf>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>6</sup> Federal Rules of Civil Procedure, Rule 16(a)(5) <[https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule\\_16](https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_16)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>7</sup> *Berger K.P., Jensen J.O.* Op. cit. С. 66–67; *Favalli D., Hasenclever M.K.* Op. cit. P. 6–7.

<sup>8</sup> AAA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, Canon IV(F) <[https://www.adr.org/sites/default/files/document\\_repository/Commercial\\_Code\\_of\\_Ethics\\_for\\_Arbitrators\\_2010\\_10\\_14.pdf](https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

В Англии после реформы Вульфа 1999 г. практика пошла по пути усиления роли судьи в управлении процессом, включая возможность предлагать сторонам разрешить спор мирным путем<sup>1</sup>.

Согласно рекомендациям Королевского института арбитров Великобритании (Chartered Institute of Arbitrators (CIArb)), арбитрам не рекомендуется самостоятельно использовать медиативные практики; им следует предлагать сторонам обращаться к стороннему посреднику, чтобы исключить односторонние коммуникации и возможность получения конфиденциальной информации. Если же арбитр идет на риск и выступает в качестве медиатора, ему рекомендуется действовать максимально прозрачно и заручиться письменным согласием сторон, включая отказ от права на обжалование арбитражного решения и подтверждение полномочий арбитра на случай неудавшейся медиации<sup>2</sup>.

В законодательстве других стран общего права, включая Канаду<sup>3</sup>, Австралию<sup>4</sup> и Индию<sup>5</sup>, арбитрам также разрешается способствовать примирению сторон.

### 3.3. Азиатский подход

Исследователи отмечают, что примирение в Китае имеет более чем 2200-летнюю историю<sup>6</sup>. В соответствии с современным китайским арбитражным законодательством<sup>7</sup> состав третейского суда вправе применять согласительные процедуры до вынесения арбитражного решения. При этом арбитражное решение и зафиксированное арбитрами в письменной форме мировое соглашение имеют равную силу. Согласно регламентам Китайской международной экономической

<sup>1</sup> Ehle B. Op. cit. P. 84–85.

<sup>2</sup> Practice Guideline 7: Guideline for Arbitrators on the Use of ADR Procedures, sec. 7 <<http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/international-arbitration-guidelines-2011/2011adrprocedures.pdf?sfvrsn=10>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>3</sup> Alberta Arbitration Act, sec. 35(1) <<http://www.qp.alberta.ca/documents/Acts/A43.pdf>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); British Columbia International Commercial Arbitration Act, sec. 30(1) <[http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/statreg/96233\\_01#section30](http://www.bclaws.ca/civix/document/id/lc/statreg/96233_01#section30)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> New South Wales Commercial Arbitration Act, sec. 30(1).

<sup>5</sup> Indian Arbitration and Conciliation Act, sec. 30(1), (2).

<sup>6</sup> Harpole S.A. Op. cit. P. 623.

<sup>7</sup> Arbitration Law of the People's Republic of China, Art. 51 <[http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content\\_1383756.htm](http://www.npc.gov.cn/english-npc/Law/2007-12/12/content_1383756.htm)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

и торговой арбитражной комиссии (China International Economic and Trade Arbitration Commission (далее – *CIETAC*)) и Пекинской арбитражной комиссии (Beijing Arbitration Commission (далее – *BAC*)) – лидирующих арбитражных центров континентального Китая – арбитр вправе содействовать в примирении сторон в той форме, которую он сочтет подходящей<sup>1</sup>. В случае если медиация не принесет результатов, сторона впоследствии не вправе предъявлять возражения в связи с примирительной процедурой в какой-либо форме, в том числе в арбитражном, судебном или ином разбирательстве<sup>2</sup>.

Несмотря на то что на развитие правовых систем Гонконга и Сингапура оказало существенное влияние английское право, подход к примирительной роли арбитра в этих юрисдикциях максимально дружественный: арбитр вправе совмещать функции медиатора, и сам по себе такой факт не может быть основанием для оспаривания надлежащего порядка арбитражного разбирательства<sup>3</sup>. Законодательство прямо предусматривает, что арбитр (медиатор) вправе общаться со сторонами совместно или по отдельности и должен воспринимать полученную информацию в качестве конфиденциальной<sup>4</sup>.

В Японии также существует многолетняя национальная традиция дружественного разрешения конфликтов<sup>5</sup>. В соответствии с правилами национальных арбитражных центров<sup>6</sup> арбитрам разрешено исполнять функции посредников и урегулировать споры полностью или в части.

<sup>1</sup> CIETAC Arbitration Rules, Art. 47(2) <<http://www.cietac.org/Uploads/201703/58-c0fe0c7337a.pdf>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); BAC Arbitration Rules, Arts. 42(1), 67(1) <[http://www.bjac.org.cn/page/data\\_dl/bjac\\_guize\\_en.pdf](http://www.bjac.org.cn/page/data_dl/bjac_guize_en.pdf)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>2</sup> CIETAC Arbitration Rules, Art. 47(9).

<sup>3</sup> Hong Kong Arbitration Ordinance (Ch. 609), sec. 33(1), (5) <<https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); Singapore International Arbitration Act (Ch. 143A), sec. 17(1), (4) <<https://sso.agc.gov.sg/Act/IAA1994>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>4</sup> Hong Kong Arbitration Ordinance (Ch. 609), sec. 33(3); Singapore International Arbitration Act (Ch. 143A), sec. 17(2).

<sup>5</sup> *Tashiro K.* Op. cit. P. 119.

<sup>6</sup> Commercial Arbitration Rules of the Japan Commercial Arbitration Association (JCAA), Rule 54(1) <[http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/Arbitration\\_Rules\\_2015e.pdf](http://www.jcaa.or.jp/e/arbitration/Arbitration_Rules_2015e.pdf)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); Rules of Arbitration of Tokyo Maritime Arbitration Commission of the Japan Shipping Exchange, Art. 8(1) <[http://www.jseinc.org/en/tomac/arbitration/ordinary\\_rules.html](http://www.jseinc.org/en/tomac/arbitration/ordinary_rules.html)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

### 3.4. Предварительное мнение арбитров

Отдельного внимания заслуживает такая форма содействия арбитров примирению сторон, как озвучивание сторонам предварительного мнения по спору.

Данный институт берет начало в практике государственных судов Швейцарии, а именно кантона Цюрих, и известен в литературе как «Цюрихский подход» («Zurich Way»). Необходимо отметить, что по статистике швейцарским судьям таким способом удается урегулировать порядка 70 % дел<sup>1</sup>.

Суть заключается в следующем. Судья, рассматривающий спор по существу, назначает специальное слушание («Referentenaudienz»), на котором представляет сторонам подробный письменный отчет о своем предварительном видении дела: оспариваемых и неоспариваемых фактах, бремени доказывания, затронутых правовых вопросах. Эта процедура основана на письменных доказательствах и происходит, как правило, после первого раунда обмена сторонами позициями по существу. В результате у сторон появляется понимание слабых сторон в своих позициях и доказательственной базе, что запускает переговорный процесс.

Похожая практика имеется также в судах Германии («German Way»); собеседование суда со сторонами носит название «Güterverhandlung»<sup>2</sup>. Согласно немецкому процессуальному законодательству<sup>3</sup> по делу может быть также назначен специальный судья для урегулирования спора (Güterichter), который по своему усмотрению использует разнообразные методики примирения, включая медиацию.

До конца 80-х годов этот механизм также достаточно широко использовался в Китае<sup>4</sup>, но не нашел отражения в последней практике СИЕТАС и ВАС, так как азиатские арбитражные центры все больше ориентируются на международную практику и стараются ограничить возможность отмены решений из-за нарушения принципа беспристрастности арбитров.

<sup>1</sup> *Stutzer H.* Settlement Facilitation: Does the Arbitrator Have a Role? The «Referentenaudienz» – the «Zurich-Way» of Settling the Case // *ASA Bulletin*. 2017. Vol. 35. Issue 3. P. 589–608.

<sup>2</sup> *Zivilprozessordnung (ZPO)*, § 278(2) <[https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_\\_\\_278.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/___278.html)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); *Ehle B.* *Op. cit.* P. 80.

<sup>3</sup> *Zivilprozessordnung (ZPO)*, § 278(5).

<sup>4</sup> *Harpole S.A.* *Op. cit.* P. 625.

Аналогичный институт применяется также в международном коммерческом арбитраже, преимущественно с участием швейцарских и немецких арбитров, даже если он прямо не предусмотрен применимым регламентом. Правила *CEDR* тоже поощряют арбитров к его использованию.

Американские и английские арбитры, как правило, не прибегают к данному методу из опасения показаться предубежденными в условиях, когда еще не все доказательства представлены и устное слушание не состоялось, поставив тем самым арбитражное решение под угрозу оспаривания<sup>1</sup>.

Несмотря на положительный опыт швейцарских арбитров, предварительное мнение стоит высказывать с особой осторожностью, заручившись информированным письменным согласием сторон и после подробного разъяснения участникам арбитражного разбирательства деталей и возможных последствий такой процедуры.

#### 4. Угроза для арбитражного решения

Хотя автору удалось найти только два решения, отмененных из-за совмещения арбитром функций медиатора и арбитра, такой риск все равно нельзя полностью исключить.

В широко известном деле *Gao Haiyan & Anor. v. Keeneye Holdings Ltd. & New Purple Golden Resources Development Ltd.* Гонконгский суд первой инстанции отказался исполнить решение арбитража по спору, возникшему из договора купли-продажи акций, усмотрев нарушение публичного порядка и принципа независимости и беспристрастности арбитров в процедуре посредничества, которую попытался предпринять состав третейского суда по правилам Сианьской арбитражной комиссии (Xi'an Arbitration Commission (далее – ХАС))<sup>2</sup>.

В ходе первого слушания по делу арбитры предложили сторонам урегулировать спор в порядке медиации, на что стороны согласились. Применимый регламент арбитража предусматривает право состава третейского суда или председателя состава с согласия сторон вести медиацию, в том числе встречаться с каждой из них раздельно.

---

<sup>1</sup> CEDR Commission on Settlement in International Arbitration: Final Report (November 2009). P. 2 (para. 2.3) <[https://www.cedr.com/about\\_us/arbitration\\_commission/Arbitration\\_Commission\\_Doc\\_Final.pdf](https://www.cedr.com/about_us/arbitration_commission/Arbitration_Commission_Doc_Final.pdf)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>2</sup> Решения судов Гонконга приводятся по: *Yeoh F., Ang D. Reflections on Gao Haiyan – Of «Arb-Med», «Waivers», and Cultural Contextualisation of Public Policy Arguments // Journal of International Arbitration. 2012. Vol. 29. Issue 3. P. 285–297.*

У Гонконгского суда первой инстанции вызвали сомнение следующие обстоятельства<sup>1</sup>:

- арбитры предложили сторонам заключить мировое соглашение и сформулировали условия такого соглашения: покупатель уплачивает продавцу 250 млн юаней, продавец признает действительность договора купли-продажи акций;

- состав третейского суда самостоятельно назначил медиаторов, а именно соарбитра со стороны продавца и генерального секретаря арбитражного центра, администрирующего арбитраж (ХАС);

- медиаторы передали предложение о выплате 250 млн юаней в ходе ужина в отеле с одним из акционеров покупателя, попросив его повлиять на покупателя и уговорить принять предложение;

- обе стороны отказались от мирового соглашения на условиях выплаты 250 млн юаней, и разбирательство в арбитраже было продолжено. Покупатель в ходе арбитража не заявил о каких-либо процедурных нарушениях со стороны арбитров, не заявил отвод составу третейского суда;

- третейский суд вынес решение, кардинально отличающееся от предложенных условий мирового соглашения: признал договор недействительным и рекомендовал продавцу заплатить покупателю экономическую компенсацию в размере 50 млн юаней (финального обязывающего решения по этому вопросу не было).

Покупатель подал заявление об отмене арбитражного решения в компетентный суд Китая (Xi'an Intermediate People's Court), который в отмене решения отказал, сославшись на то, что процедура соответствовала применимому регламенту. Продавец попытался исполнить решение в Гонконге. Тогда покупатель заявил о нарушении публичного порядка и попросил отказать в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Суд первой инстанции отказал в признании и приведении в исполнение арбитражного решения со следующей мотивировкой<sup>2</sup>:

- процедура арбитража не соответствовала применимому регламенту, так как в посредничестве участвовал один из соарбитров и генеральный секретарь арбитражного центра, а не состав третейского суда или председатель состава;

- предложение о заключении мирового соглашения в неофициальной обстановке и без присутствия уполномоченных представителей

<sup>1</sup> *Yeoh F., Ang D.* Op. cit. P. 286; *Fan K.* Op. cit. P. 535–556.

<sup>2</sup> *Yeoh F., Ang D.* Op. cit. P. 288–289.

обеих сторон не соответствует надлежащей процедуре арбитражного разбирательства (*due process*), вызывает обоснованные сомнения в независимости и беспристрастности арбитров;

- подозрительными также являются обращение к третьему лицу с просьбой повлиять на сторону и разница между предложенной арбитрами суммой урегулирования спора и обозначенной в решении суммой экономической компенсации;

- суд также не усмотрел отказ от права на возражение в поведении покупателя, не заявившего отвод арбитрам после возобновления процедуры арбитража. Гонконгский суд первой инстанции также не принял во внимание позицию государственного суда Китая, отказавшего в отмене арбитражного решения, так как был затронут публичный порядок Гонконга.

Апелляционный суд Гонконга с решением суда первой инстанции не согласился, отменил его и исполнил арбитражное решение<sup>1</sup> по следующим основаниям:

- заявитель утратил право на возражение. Суд указал, что если сторона знала о несоответствии процедуры арбитража применимому регламенту и соглашению сторон, то она должна была заявить об этом своевременно, а не использовать этот факт впоследствии на стадии признания и приведения в исполнение арбитражного решения;

- не доказано, что возможная предвзятость арбитров противоречит публичному порядку Гонконга, а именно фундаментальным принципам морали и справедливости. Апелляционный суд указал, что культурные различия между материковым Китаем и Гонконгом, в силу которых посредничество арбитров происходило описанным образом, не должны интерпретироваться в качестве нарушения публичного порядка. Кроме того, суду первой инстанции надлежало учесть позицию суда Китая, который более компетентен в арбитражном разбирательстве по правилам ХАС.

В литературе встречаются и другие примеры отмены арбитражных решений в связи с примирительной деятельностью арбитров. Например, Верховный суд Германии отменил решение арбитража, поскольку арбитры навязывали стороне условия мирового соглашения под угрозой вынесения решения против этой стороны<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> *Yeoh F., Ang D.* Op. cit. P. 289–292.

<sup>2</sup> См.: BGH, 06.07.1966 – Ib ZR 83/64, NJW 1966, 2399 <[https://www.prinz.law/urteile/bgh/Ib\\_ZR\\_83-64](https://www.prinz.law/urteile/bgh/Ib_ZR_83-64)> (последнее посещение – 17 января 2017 г.); см. также: *Schneider M.E.* Op. cit. P. 84.

В деле *Glencot Development and Design Co. Ltd. v. Ben Barrett & Son (Contractors) Ltd.*<sup>1</sup>, рассмотренном Высоким судом правосудия Англии и Уэльса (Технологический и строительный суд (Technology and Construction Court (ТСС)), судья пришел к выводу, что посредник (adjudicator) мог быть небеспристрастным, если он проводил процедуру медиации со сторонами. В данном деле посредник в ходе медиации общался со сторонами раздельно и отказался сложить свои полномочия (продолжил рассматривать спор), несмотря на просьбу одной из сторон.

Упоминается также о недопустимости примирения в спортивном арбитраже по допинговым спорам из-за нарушения равенства прав спортсменов<sup>2</sup>. Несмотря на итоги рассмотрения дела *Gao Haiyan* и про-арбитражную позицию Апелляционного суда Гонконга, показательно, что есть реальные примеры отмены решений, вынесенных арбитрами, которые также выполняли функции медиаторов.

## 5. В поисках баланса

Как было указано выше, примеров отмены арбитражных решений по тому основанию, что арбитры были вовлечены в процесс медиации, не так уж и много. Это может позволить утверждать, что риск такой отмены является невысоким. Однако хотелось бы привести некоторые практические рекомендации, которые могут быть полезны участникам арбитражного процесса для минимизации такого риска.

### 5.1. Информированное письменное согласие

Одним из вариантов снижения риска оспаривания решения в случае неуспеха медиации является получение предварительного письменного согласия сторон на примирительную процедуру с участием арбитров.

Согласие должно быть явно выраженным и добровольным, без навязывания со стороны арбитров<sup>3</sup>.

Потенциально такое согласие может быть получено на любой стадии арбитража до вынесения решения. Тем не менее оптимальный

<sup>1</sup> [2001] BLR 2017.

<sup>2</sup> См.: *Kaufmann-Kohler G.* When Arbitrators Facilitate Settlement: Towards a Transnational Standard: Clayton Utz / University of Sydney International Arbitration Lecture // *Arbitration International*. 2009. Vol. 25. Issue 2. P. 193–194, 200, 204 <<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:44136/ATTACHMENT01>> (последнее посещение – 17 января 2017 г.).

<sup>3</sup> *Ehle B.* Op. cit. P. 88–90.

момент для постановки вопроса о примирении — это первая процедурная конференция со сторонами<sup>1</sup>.

Арбитрам стоит учитывать, что участники разбирательства могут быть мало знакомы с примирительными техниками и не осознавать всех связанных с этим рисков, соответственно, чем подробнее будут объяснения арбитра о предполагаемом порядке примирения и чем детальнее они будут зафиксированы, тем лучше. В частности, в письменном согласии рекомендуется указать следующие моменты:

- где и в какой форме будут проводиться встречи со сторонами, в том числе в отсутствие одной из сторон;
- будет ли раскрываться полученная информация другой стороне и каким образом;
- зафиксировать, что предварительное мнение арбитров или проект мирового соглашения могут отличаться от финального арбитражного решения, в том числе в связи с представлением дополнительных правовых позиций и доказательств;
- отразить обязанность стороны незамедлительно заявить о нарушении процедуры или недоверии арбитрам в случае неудачи примирения, закрепить отказ от права на возражение на стадии отмены или исполнения арбитражного решения;
- обозначить распределение арбитражных расходов с учетом поведения сторон в ходе процедуры.

Выше описывался институт получения предварительного мнения арбитров. Представляется, что данный институт является наиболее рискованной формой содействия примирению сторон. Но если стороны или арбитры все же хотят использовать предварительное мнение, то информированное согласие должно быть еще более детальным. В частности, рекомендуется<sup>2</sup>:

- ставить вопрос об использовании предварительного мнения в самом начале арбитражного разбирательства, в ходе первой процедурной конференции со сторонами;
- четко определить момент, когда такое мнение будет представлено — после первого раунда обмена позициями, полного раскрытия всех доказательств или перед устным слушанием по существу;
- сразу определить все правила игры и получить информированное письменное согласие сторон с процедурой;

---

<sup>1</sup> CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration, Art. 4.

<sup>2</sup> *Stutzer H.* Op. cit. P. 589–608.

- подготовить предварительное мнение в письменном виде и зафиксировать его обсуждение со сторонами;
- воздержаться от одностороннего общения со сторонами в ходе подготовки предварительного мнения.

При наличии такого информированного письменного согласия проигравшей стороне будет сложнее оспорить арбитражное решение или возражать против его исполнения на основании несоответствия процедуры арбитража соглашению сторон и надлежащему порядку (*due process*).

### 5.2. Односторонние коммуникации и раскрытие информации

Второй вариант снижения рисков оспаривания решения – ограничить односторонние коммуникации и (или) обеспечить раскрытие информации сторонам таким образом, чтобы ни одна из них не могла жаловаться на нарушение ее прав. Иначе говоря, арбитр проводит медиацию, но при этом все обсуждения идут в открытом режиме с участием обеих сторон.

Существует несколько основных подходов к данному вопросу.

Первый и самый очевидный – типично англосаксонский – это исключить коммуникации *ex parte* со сторонами и саму возможность передачи арбитру информации, не раскрытой другой стороне<sup>1</sup>. Такой подход представляется наиболее безопасным, но вместе с тем он может быть менее эффективным и превратить примирение в условность.

Второй подход, нашедший применение в Гонконге и Сингапуре, – это прямое разрешение на коммуникации *ex parte*, при условии что если арбитр получил от одной стороны спора в ходе переговоров конфиденциальную информацию, имеющую значение для рассмотрения спора по существу, то после возобновления арбитража он обязан раскрыть ее другой стороне<sup>2</sup>. При наличии информированного письменного согласия и отказа от права на возражение такой путь вполне позволяет обезопасить арбитражное решение. Однако это также может негативно сказаться на эффективности примирения, поскольку стороны будут учитывать возможное раскрытие информации и могут воздержаться от демонстрации арбитру своих истинных мотивов в споре.

Наконец, *CEDR* предлагает третий подход: арбитр не должен принимать во внимание ничего, что стало ему известно во время

<sup>1</sup> *Ehle B.* Op. cit. P. 92–93.

<sup>2</sup> Hong Kong Arbitration Ordinance (Ch. 609), sec. 33(4); Singapore Arbitration Act (Ch. 143A), sec. 17(3).

переговоров, если эта информация впоследствии не раскрыта в арбитраже<sup>1</sup>. Такой подход мотивирует участников спора к откровенности и согласуется с широко принятой концепцией исключения судьями и арбитрами недопустимых доказательств по делу. Тем не менее психологически арбитр может учесть полученные сведения в своем решении, даже если на них и не будет формальной ссылки, что даст недовольной стороне возможность заявить о нарушении принципа равного отношения.

В 2009 г. Комиссия *CEDR* подготовила также специальный отчет по примирению<sup>2</sup>, в котором предусмотрела ряд рекомендаций для арбитров, все же использующих односторонние встречи со сторонами в качестве медиативной техники<sup>3</sup>. Рекомендации включают получение информированного письменного согласия сторон и разъяснение им опции обращения к медиатору, не вовлеченному в арбитраж.

Представляется, что в этом вопросе нет однозначного решения. Выбор между различными вариантами должен быть обусловлен в первую очередь практикой страны исполнения потенциального арбитражного решения, а также желанием сторон добиться успеха в медиации и арбитраже.

## 6. Заключение

Описанные методы содействия арбитров в примирении сторон еще малоизвестны в российской практике. Тем не менее есть потенциал их использования, и в первую очередь в сложных спорах, таких как строительные или корпоративные.

Сторонам при заключении арбитражных соглашений, выборе арбитражных центров и арбитров, помимо других факторов, стоит учитывать различные подходы к согласительным процедурам и связанные с этим последствия. Так, выбирая Арбитражный регламент Международной торговой палаты или Швейцарский регламент международного арбитража, азиатские арбитражные центры, а также соответствующее место арбитража, нужно быть готовыми к активной позиции арбитров в попытках примирения сторон и даже к перспективе столкнуться

---

<sup>1</sup> CEDR Rules for the Facilitation of Settlement in International Arbitration, Art. 3(5).

<sup>2</sup> CEDR Commission on Settlement in International Arbitration: Final Report (November 2009).

<sup>3</sup> Ibid. Appendix 2. Safeguards for Arbitrators Who Use Private Meetings with Each Party as a Means of Facilitating Settlement. P. 13–15.

с предварительным мнением арбитров по спору. В арбитраже в классическом англосаксонском стиле такая вероятность намного меньше, но и там действуют свои механизмы примирения, например предложение стороны о примирении<sup>1</sup>. Необходимо понимать, что несерьезное отношение к согласительным процедурам может прямо сказаться на распределении арбитражных расходов по делу.

При использовании примирительных процедур в арбитраже необходимо руководствоваться приоритетом исполнимости арбитражного решения и находить разумный баланс между эффективностью медиативных техник и принципами *due process*. Первый шаг к такому балансу – информированное согласие сторон и прозрачность используемой процедуры.

---

<sup>1</sup> CEDR Commission on Settlement in International Arbitration: Final Report (November 2009). Appendix 3. The Effect of Offers to Settle in Arbitration. P. 16–17.

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 4

COLLECTION OF ARTICLES

*Academic Editors:*

*A.V. Asoskov, A.I. Muranov, R.M. Khodykin*

*Publisher: Association of Private International and Comparative Law Studies  
105005, Denisovsky Lane, 23, bld. 6, Moscow*

*Production Editor P.D. Savkin*

---

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 4

СБОРНИК СТАТЕЙ

*Под научной редакцией*

*А.В. Асокова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина*

*Издатель: Ассоциация исследователей международного частного права  
и сравнительного права  
105005, г. Москва, Денисовский пер., 23, стр. 6*

*Выпускающий редактор П.Д. Савкин*

Подписано в печать 07.03.2018. Формат 60х90/16. Бумага офсетная.  
Гарнитура Newton. Печать офсетная. Усл. печ. л. 22,5. Тираж 500 экз.  
Заказ № 1570

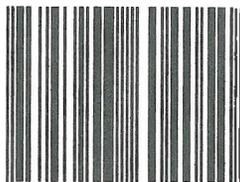
Отпечатано в АО «Первая Образцовая типография»

Филиал «Чеховский Печатный Двор»

142300, Московская область, г. Чехов, ул. Полиграфистов, д.1

Сайт: [www.chpd.ru](http://www.chpd.ru), E-mail: [sales@chpd.ru](mailto:sales@chpd.ru), тел. 8(499)270-73-59

ISBN 978-5-903604-05-0



9 785903 604050



# INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION REVIEW

*International Commercial Arbitration Review* is the only Russian specialized journal focused both academically and practically on the issues of international commercial and investment arbitration.

The journal publishes scholar articles and practical materials of well-known Russian and foreign arbitrators and researchers, informs the readers about the latest tendencies, events and nuances of the modern practice of international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

*International Commercial Arbitration Review* is a unique source of information for all persons connected with arbitration, private international law and international trade.

The issues of the journal are available free of charge at its website in *pdf* searchable format (<http://arbitrationreview.ru/soderzhanie-nomerov>). Upon request journals in printed form are also available.

*International Commercial Arbitration Review* is published by non-profit organization “Association of Private International and Comparative Law Studies” with support of Muranov, Chernyakov & Partners law firm ([www.rospravo.ru](http://www.rospravo.ru)) and with participation of:

- the Alexeev Private Law Research Centre at the President of the Russian Federation;
- the Department of Private International and Civil Law of the Moscow State Institute of International Relations at the Russian Ministry of Foreign Affairs (MGIMO University);
- academic law e-library “Nauka Prava” (Russian for *Academic Studies in Law*) ([www.naukaprava.ru](http://www.naukaprava.ru)).

In 2017 *International Commercial Arbitration Review* was included into the authoritative database *Kluwer Arbitration* (<http://www.kluwerarbitration.com/>). Presently *Kluwer Arbitration* encompasses 12 journals from various jurisdictions, with *International Commercial Arbitration Review* being the only Russian edition.

In 2018 all materials from *International Commercial Arbitration Review* have been included into the abstracts and citation database “Russian Index of Academic Citations” ([www.elibrary.ru](http://www.elibrary.ru)).



# ВЕСТНИК МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА

«Вестник международного коммерческого арбитража» — единственный российский специализированный теоретико-практический журнал, посвященный проблемам международного коммерческого и инвестиционного арбитража.

Журнал публикует теоретические статьи и практические материалы известных российских и иностранных арбитров и исследователей, информирует читателей о тенденциях, событиях и нюансах современной практики международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

«Вестник международного коммерческого арбитража» — незаменимый источник информации для всех, кто связан с третейским разбирательством, международным частным правом и международной торговлей.

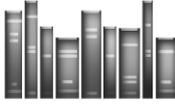
Номера журнала публикуются в свободном доступе на его сайте в формате *pdf* (<http://arbitrationreview.ru/soderzhanie-nomerov>). При желании можно приобрести печатные экземпляры журнала.

«Вестник международного коммерческого арбитража» выпускается некоммерческой организацией «Ассоциация исследователей международного и частного права» при поддержке коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» ([www.gospravo.ru](http://www.gospravo.ru)) и при участии:

- Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева при Президенте РФ;
- кафедры международного частного и гражданского права МГИМО;
- электронной библиотеки «Наука права» ([www.naukaprava.ru](http://www.naukaprava.ru)).

В 2017 г. «Вестник международного коммерческого арбитража» включен в авторитетную базу данных *Kluwer Arbitration* (<http://www.kluwerarbitration.com/>), которая посвящена вопросам международного коммерческого и инвестиционного арбитража. Всего в базе *Kluwer Arbitration* на сегодня — 12 журналов из различных юрисдикций. «Вестник международного коммерческого арбитража» — единственное среди них российское издание.

В 2018 г. все материалы «Вестника международного коммерческого арбитража» размещены в базе РИНЦ ([www.elibrary.ru](http://www.elibrary.ru)).



## NAUKA PRAVA

**The academic law e-library *Nauka Prava*** (Russian for *Academic Studies in Law*) is a unique online resource providing access to the key sources forming the law agenda and the legal history of Russia from the times of the Russian Empire and until present.

*Nauka Prava* presents in *pdf* searchable format the numerous completely scanned legal books, journals and documents as well as some rarities (including autographs of law scholars or *e.g.* the securities issued prior to 1941) in their original form and preserving all typographic symbols, footnotes, tables and maps inside such publications. The users will find there practically all official editions of the USSR, starting from the Decree on Peace (the first legal act of the Soviet authorities) and finishing by the last decree of Mikhail Gorbachev.

In particular, *Nauka Prava* also contains a unique collection of editions on the international treaties of the Russian Empire, of the USSR, of the Soviet Russia, as well as of Russia after 1991.

Nowadays a lot of such materials can hardly be found in paper form or even have been completely lost.

The access to all files of the e-library is free of charge.

The main purpose of this *pro bono* project is to share information about the legal sphere among academics and practitioners (including attorneys, arbitrators, civil servants, judges) as well as among students, postgraduates, lectures, historians, sociologists, philosophers, other researchers as well as all persons interested in the Russian law, its history and achievements.

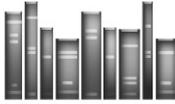
To a certain extent the analogues of this database are the *Google Books* (<https://books.google.com>) and the *Internet Archive* (<https://archive.org>) projects.

*Nauka Prava* project was launched and implemented with support of the non-profit organization "Association of Private International and Comparative Law Studies" under the scholar guidance of Alexander Muranov, attorney, arbitrator, associate professor of the Department of Private International and Civil Law of the Moscow State Institute of International Relations at the Russian Ministry of Foreign Affairs (MGIMO University).

As of the beginning of 2018, *Nauka Prava* contains over 40 000 legal books and publications (more than 5 000 000 digitized pages of various editions).

The materials in *Nauka Prava* are sorted into the following categories: international commercial arbitration; international treaties; private international law; academic works; official editions of the Russian Empire; official editions of the legislative and executive authorities of the USSR, of the Soviet Russia, as well as of Russia after 1991; the books on the court practice of the Russian Empire, of the USSR, of the Soviet Russia, as well as of Russia after 1991; civil law studies; constitutions; theses (dissertations).

*Nauka Prava* database is widely used in Russia and the CIS, the USA, Canada, the Great Britain, Germany and many other countries of the world.



## НАУКА ПРАВА

**Научная юридическая электронная библиотека «Наука права»** — уникальный онлайн-ресурс, предоставляющий доступ к важнейшим правовым источникам, формирующим юридическую современность и правовую историю России со времен Российской империи и до сегодняшнего дня.

На ресурсе представлены в формате *pdf* полные отсканированные издания различных юридических книг, журналов и документов, а также некоторых раритетов (включая автографы юристов-ученых или ценные бумаги, выпущенные до 1941 г.) в их оригинальном виде и с сохранением всех типографских знаков, сносок, таблиц и карт. Здесь находятся практически все официальные издания СССР, начиная с Декрета о мире (первого акта советской власти) и заканчивая последним указом М.С. Горбачева.

В этой базе данных также размещена, в частности, уникальная коллекция изданий о международных договорах Российской империи, СССР, РСФСР, современной России.

Многие из предлагаемых материалов в бумажном виде очень труднодоступны или вовсе уже утрачены.

Доступ к материалам электронной библиотеки — бесплатный.

Основная цель данного проекта *pro bono* — распространение знаний в юридической области среди теоретиков и практиков (включая адвокатов, арбитров, госслужащих, судей), а также студентов, аспирантов, преподавателей, историков, социологов, философов, иных исследователей и всех тех, кто интересуется правом России, его историей и достижениями.

Аналогами данной базы в определенной степени являются проекты *Google Books* (<https://books.google.com>) или *Internet Archive* (<https://archive.org>).

Проект «Наука права» организован и реализуется при участии некоммерческой организации «Ассоциация исследователей международного и частного права» под научным руководством А.И. Муранова, адвоката, арбитра, к.ю.н., доцента МГИМО (У) МИД РФ.

По состоянию на начало 2018 г. электронная библиотека содержит более 40 000 юридических книг и публикаций (более 5 000 000 оцифрованных разворотов различных изданий).

Материалы «Науки права» разбиты на следующие, в частности, рубрики: международный коммерческий арбитраж; международные договоры; международное частное право; научные труды; официальные издания Российской империи; официальные издания органов законодательной и исполнительной власти СССР, РСФСР, современной России; издания по судебной практике Российской империи, СССР, РСФСР, современной России; цивилистика; конституции; диссертации.

«Наука права» активно используется исследователями в России и в СНГ, США, Канаде, Великобритании, Германии и многих других странах мира.

This edition of «New Horizons of International Arbitration» collects the articles of the speakers at the «Russian Arbitration Day — 2018» conference held in Moscow on 30 March 2018, one of the most successful arbitration events in Russia ([www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)).

This is the fourth collection of articles for that conference. The first three RADs were held in 2013, 2014 and 2015. The first three 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 — 2018» 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.

---

Настоящее издание — сборник статей лиц, выступающих на конференции «Российский арбитражный день / Russian Arbitration Day — 2018» (Москва, 30 марта 2018 г.), одном из самых успешных арбитражных мероприятий в России ([www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)).

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

Статьи в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами «Российского арбитражного дня — 2018» 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.

[www.arbitrationday.ru](http://www.arbitrationday.ru)  
<http://rad.lfacademy.ru>