Russian Institute of Modern Arbitration

Collection of Articles and Reports

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 8

Academic Editors:
A.G. Arkhipova, D.V. Kaysin, A.A. Panov

Russian Institute of Modern Arbitration

RUSSIAN ARBITRATION DAY

Moscow • 2025

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.938.3
Н76

Н76 **New Horizons of International Arbitration. Issue 8: Collection of Articles and Reports** / Academic Editors: A.G. Arkhipova, D.V. Kaysin, A.A. Panov – Moscow: Russian Institute of Modern Arbitration, 2025. – 462 p.

ISBN 978-5-6042255-5-4 (hardcover)

This edition of "New Horizons of International Arbitration" collects articles and reports of the speakers at the "Russian Arbitration Day 2025" conference, held in Moscow on 13 May 2025, one of the most successful arbitration events in Russia (https://rad.legalacademy.ru/en).

This is the eighth collection of articles and reports for this conference. The previous seven collections of articles, also titled "New Horizons in International Arbitration", were published in 2013–2015, 2018–2020 and 2022.

The articles and reports in this book were selected through a rigorous competitive process conducted by the moderators of "Russian Arbitration Day 2025". The selection criteria, in decreasing order of importance, included: novelty; significant theoretical research of the topic; practical value of the study; other relevant factors. These diverse articles and reports represent new approaches to the development of both practice and academic studies in international commercial and investment arbitration in Russia and abroad.

This collection is designed for arbitrators and practicing lawyers, judges, academics and other researchers, lecturers, postgraduate students, and students of legal universities and faculties. It is also intended for anyone with an interest in international commercial and investment arbitration.

UDC (Universal Decimal Classification [УДК]) 341.63
Russian Library-Bibliographical Classification [ББК] 67.938.3

https://rad.legalacademy.ru/en

ISBN 978-5-6042255-5-4

All rights reserved.
© A.G. Arkhipova, D.V. Kaysin, A.A. Panov, 2025
© Russian Institute of Modern Arbitration, 2025

Российский институт современного арбитража

Сборник статей и докладов

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 8

Под научной редакцией
А.Г. Архиповой, Д.В. Кайсина, А.А. Панова

Российский институт
современного арбитража

РОССИЙСКИЙ
АРБИТРАЖНЫЙ
ДЕНЬ

Москва • 2025

УДК 341.63
ББК 67.938.3
Н76

Н76 **Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 8: Сборник статей и докладов** / Под науч. ред. А.Г. Архиповой, Д.В. Кайсина, А.А. Панова. – Москва: Российский институт современного арбитража, 2025. – 462 с.

ISBN 978-5-6042255-5-4 (в пер.)

Настоящее издание представляет собой сборник статей и докладов выступающих, подготовленных ими для конференции «Российский арбитражный день – 2025» (Москва, 13 мая 2025 г.), одного из самых успешных арбитражных мероприятий в России (https://rad.legalacademy.ru).

Это восьмой сборник статей и докладов, подготовленных для данной конференции. Первые семь сборников под названием «Новые горизонты международного арбитража» были опубликованы в 2013–2015, 2018–2020 и 2022 гг.

Статьи и доклады в настоящий сборник были отобраны на строгой конкурсной основе модераторами конференции «Российский арбитражный день – 2025» по следующим критериям (в порядке убывания их значимости): новизна; серьезная теоретическая проработка поставленной темы; практическая ценность; другие критерии. Эти разноплановые статьи и доклады представляют новые подходы к развитию практики и науки международного коммерческого и инвестиционного арбитража в России и за рубежом.

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

УДК 341.63
ББК 67.938.3

https://rad.legalacademy.ru

ISBN 978-5-6042255-5-4

Все права защищены.
© А.Г. Архипова, Д.В. Кайсин, А.А. Панов, 2025
© Российский институт современного арбитража, 2025

CONTENTS

Introductory Note from the Academic Editors 11
Information About the Authors 25

SECTION 1.
GENERAL ISSUES IN ARBITRATION

KEVIN KIM
The AI Impact on Unlocking New Markets in Arbitration – No Turning Back 50

KHAWAR QURESHI KC
Arbitrator Bias and Conflict of Interest Key Institutional Rules and Key BIT/Arbitration Act 1996 Decisions From 2022 to 2024 58

MARIA M. VINOKUROVA
Drafting of an Arbitration Clause for M&A Transactions: What to Consider in Modern Russian Reality? 88

SERGEY D. IVANOV
Freedom of Discretion of the Arbitral Tribunal in Institutional Arbitration 112

SERGEY V. LYSOV
Security for Costs Orders Against Companies: Acceptance Criteria and Defense Methods 133

ALEXANDER A. LYAMPORT
Inherent Powers of Arbitrators as a Tool for the Protection of Sanction-Designated Parties 148

RINCHEN DASEL N. MUKSUNOVA
Application of the Principle *Jura Novit Curia* in International Commercial Arbitration 179

SEBASTIANO NESSI
The Battle for Jurisdiction: Navigating the Irreconcilable Divide Between UK and Russian Courts in Disputes Involving Sanctions and Arbitration Agreements 202

SECTION 2. SANCTIONS AND ARBITRATION

MARIKE PAULSSON
Guarding the New York Convention in the Digital Economy: Realism in Action 244

VADIM S. VUNUKAINEN, DARIA V. TOKAREVA
Challenges to Arbitrators Due to Their Political Views and Political Bias in Modern Arbitration Practice 259

ANASTASIA MEDVEDSKAYA
Sanctions, Human Rights, and Investment Arbitration: A Nexus Where Justice and Power Uneasily Align 293

SERGEY V. MOROZOV
The Best Defense Is a Good Offense: Is It Possible to Overcome No Claims and No Liability Clauses Under the Sanctions Regulations 318

SECTION 3. INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT ARBITRATION

BERNARDO M. CREMADES
The Use and Abuse of "Due Process" in International Arbitration..... 360

MAXIM OSADCHIY
Judicial Review of Non-ICSID Awards: Matters of Jurisdiction 375

ANDREAS SCHREGENBERGER, RODRIGO CARÈ
Ending Sisyphus' Struggle: Proposal for a Russia-EU Claims Tribunal 392

NIKOLAY G. SOKOLOVSKY
On Enforcement of Investment Arbitration Awards Rendered Against Russia: Case Law of Applying the *Alter Ego* Doctrine 414

VLADISLAV STARZHENETSKIY, SABINA GEYDAROVA
State-Owned Companies, State Debts, and the Doctrine of *Alter Ego* 439

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие научных редакторов.....13
Информация о научных редакторах и авторах 36

РАЗДЕЛ 1.
ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА

KEVIN KIM
The AI Impact on Unlocking New Markets in Arbitration – No Turning Back.....50

KHAWAR QURESHI KC
Arbitrator Bias and Conflict of Interest Key Institutional Rules and Key BIT/Arbitration Act 1996 Decisions From 2022 to 2024 58

М.М. ВИНОКУРОВА
Формулировка арбитражной оговорки в сделках слияния и поглощения (M&A): что учесть в современных российских реалиях? 88

С.Д. ИВАНОВ
Свобода усмотрения третейского суда в институциональном арбитраже 112

С.В. ЛЫСОВ
Постановление об обеспечении арбитражных расходов против российских компаний: предпосылки принятия и способы защиты ... 133

А.А. ЛЯМПОРТ
Неотъемлемые полномочия арбитров как инструмент защиты подсанкционных лиц 148

Р.Д.Н. МУКСУНОВА
Допустимость и границы применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже 179

SEBASTIANO NESSI
The Battle for Jurisdiction: Navigating the Irreconcilable Divide Between UK and Russian Courts in Disputes Involving Sanctions and Arbitration Agreements 202

РАЗДЕЛ 2.
САНКЦИИ И АРБИТРАЖ

MARIKE PAULSSON
Guarding the New York Convention in the Digital Economy: Realism in Action 243

В.С. ВУНУКАЙНЕН, Д.В. ТОКАРЕВА
Отводы арбитров в связи с их политическими взглядами и политической предвзятостью в современной арбитражной практике 259

ANASTASIA MEDVEDSKAYA
Sanctions, Human Rights, and Investment Arbitration: A Nexus Where Justice and Power Uneasily Align 293

С.В. МОРОЗОВ
Лучшая защита – это нападение: возможно ли преодолеть оговорки о запрете требований (no-claims) и об освобождении от ответственности (no-liability) по санкционным регламентам..... 318

РАЗДЕЛ 3.
ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ И ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

BERNARDO M. CREMADES
The Use and Abuse of "Due Process" in International Arbitration..... 359

MAXIM OSADCHIY
Judicial Review of Non-ICSID Awards: Matters of Jurisdiction 375

ANDREAS SCHREGENBERGER,
RODRIGO CARÈ
Ending Sisyphus' Struggle: Proposal for a Russia-EU
Claims Tribunal.....392

Н.Г. СОКОЛОВСКИЙ
К вопросу об исполнении решений инвестиционных
арбитражей, вынесенных против России:
практика применения доктрины *alter ego*.....414

VLADISLAV STARZHENETSKIY,
SABINA GEYDAROVA
State-Owned Companies, State Debts,
and the Doctrine of *Alter Ego* 439

INTRODUCTORY NOTE FROM THE ACADEMIC EDITORS

2025 may not seem the best time to organize an important event dedicated to international commercial arbitration in Russia. Sanctions, restrictions, changing approaches in court practice, economic instability and the impossibility of long-term planning – all these issues do not facilitate development of international commercial arbitration.

7 years have passed since the previous Russian Arbitration Day was held. During this time, we have faced COVID-19 pandemics, witnessed massive restrictive measures that were introduced against Russia and Russian business. The world has changed, and the landscape of international commercial arbitration has also inevitably changed.

However, against all odds, we still need to study the problems of international commercial arbitration, search for solutions, and think of the prospects. The holding of the International Conference "Russian Arbitration Day" and the publishing of the eighth yearbook "New Horizons of International Arbitration" is a good news for anyone interested in international arbitration. As always, huge efforts of the authors and organizers stand behind these events.

As previously, the yearbook consists of three sections. The first one is dedicated to general aspects of arbitration. It includes articles on arbitrators' freedom of discretion (Sergey Ivanov), arbitrators' inherent powers as a tool to protect sanctioned parties (Alexander Lyamport), application of *jura novit curia* principle in arbitration (Dasel Muksunova) and the "battle for jurisdiction" in the current conditions (Sebastiano Nessi). There are also articles dedicated to narrower aspects of international commercial arbitration: on security for costs of arbitration (Sergey Lysov), peculiarities of an arbitration clause in M&A contracts (Maria Vinokurova).

The "Guest Stars" of the Conference have also provided their input to the yearbook: Kevin Kim presented an essay on the role of artificial intelligence in arbitration, Khawar Qureshi – a report on particular cases where arbitrators were challenged due to alleged conflict of interest. Further, Marike Paulsson illustrated her outlook on the future of the New York Convention. Finally, Bernardo M. Cremades reiterated the enduringly relevant issue of due process and called for tribunals to take matters into their own hands in cases of any type of abuse.

This year, we have received a record number of submissions from authors, all of which are in some way related to sanctions – a development that is hardly surprising given the current geopolitical instability. As a result, the second and third sections of the digest feature a wealth of insightful articles focused on this pressing topic.

Despite the criticism directed at international investment arbitration – sometimes well-deserved – the number of investment cases has not decreased, and the scale of claims continues to grow. Maxim Osadchiy has dedicated his research to the issue of the lack of uniformity in the practice of national courts when reviewing investment arbitration decisions on jurisdiction. Vladislav Starzhenetskiy and Sabina Geydarova, as well as Nikolay Sokolovsky, explore the topic of holding state-owned companies accountable for sovereign debts. Andreas Schregenberger and Rodrigo Carè advocate for the establishment of a specialized tribunal to resolve sanction-related disputes against unfriendly states.

Continuing the discussion on sanctions, Sergey Morozov examined the possibility of overcoming the effects of no-claims and no-liability clauses within the context of specific disputes. These clauses have become a significant part of modern sanctions regulation. Anastasia Medvedskaya explored the intersection of sanctions and human rights, primarily from the perspective of British regulatory frameworks, as well as the potential for filing investment claims in cases where sanctions regulations infringe upon human rights. Finally, Vadim Vunukainen and Darya Tokareva addressed the pressing issue of challenges of arbitrators due to their political views and potential political bias.

The editors of the yearbook hope that it will be interesting and useful for all practitioners and scholars in the field of international commercial arbitration, and that it will serve as an opportunity to continue an important conversation on the perspectives of alternative dispute resolution.

Anna Arkhipova,
Dmitry Kaysin,
Andrey Panov

ПРЕДИСЛОВИЕ НАУЧНЫХ РЕДАКТОРОВ

2025 год – не самое простое время для проведения большого мероприятия по международному арбитражу в России. Санкции и ограничения, меняющиеся подходы в судебной практике, экономическая нестабильность и невозможность долгосрочного прогнозирования – все это, конечно, не облегчает развитие международного коммерческого арбитража.

С момента последнего Российского арбитражного дня прошло семь лет. За этот период мы столкнулись с пандемией COVID-19, а также с введением масштабных ограничительных мер против России и российского бизнеса. Мир изменился, неизбежно изменился и ландшафт международного арбитража.

И все же, несмотря на все сложности и потрясения, арбитражные специалисты продолжили изучать новые и прежние проблемы международного арбитража, размышлять об их решении, думать о перспективах. Проведение конференции «Российский арбитражный день» и издание очередного, восьмого сборника научных статей «Новые горизонты международного арбитража» является большой удачей для всех, кто интересуется этой проблематикой. За этими событиями, как и всегда, стоят большие усилия авторов и организаторов.

По традиции сборник разделен на три тематические секции. Первая из них посвящена общим проблемам арбитража. В ней представлены статьи о свободе усмотрения арбитров (Сергей Иванов), о применении неотъемлемых полномочий арбитров для защиты подсанкционных лиц (Александр Лямпорт), о применении принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже (Дасел Муксунова) и о «битве юрисдикций» в современных условиях (Себастиано Несси). Некоторые статьи посвящены более узким аспектам международного коммерческого арбитража: обеспечению арбитражных расходов (Сергей Лысов), особенностям арбитражной оговорки в договорах, предметом которых является слияние и поглощение (Мария Винокурова),

Приглашенные спикеры конференции (“Guest Stars”) также представили свои материалы для сборника: Кевин Ким подготовил эссе о влиянии искусственного интеллекта, Хавар Куреши – подборку материалов об отводе арбитров по мотивам сомнения в их беспри-

страстности, а Марик Полсон представила свое видение будущего Нью-Йоркской Конвенции в цифровую эпоху. И, наконец, Бернардо Кремадес возвращает нас к не потерявшей актуальности проблеме надлежащей процедуры и ратует за «сильные» трибуналы, дисциплинирующие стороны в случае злоупотреблений.

В этом году мы получили наибольшее количество авторских материалов, так или иначе связанных с санкциями, что вполне предсказуемо на фоне геополитической турбулентности. Поэтому во втором и третьем разделах сборника вы найдете много интересных статей по этой тематике.

Несмотря на критику международного инвестиционного арбитража, порой заслуженную, количество инвестиционных дел не снижается, а размер требований имеет тенденцию к росту. Проблеме отсутствия единообразия в практике государственных судов по вопросу пересмотра решений инвестиционных арбитражей о юрисдикции посвятил свое исследование Максим Осадчий. О привлечении к ответственности государственных компаний по долгам суверенов рассуждают Владислав Старженецкий и Сабина Гейдарова, а также Николай Соколовский. Андреас Шреденгербер и Родриго Каре призывают к созданию специального трибунала для разрешения санкционных споров против недружественных государств.

Продолжая тему санкций, Сергей Морозов проанализировал вопрос о возможности в рамках конкретных споров преодолеть действия оговорок о запрете требований (no claims) и освобождении от ответственности (no liability), ставшие важной частью современного санкционного регулирования. Анастасия Медведская рассмотрела вопрос о взаимодействии санкций и прав человека, прежде всего, с точки зрения британского регулирования, а также возможность предъявления инвестиционных требований в связи с нарушением санкционным регулированием прав человека. Наконец, Вадим Вунукайнен и Дарья Токарева обратились к весьма насущной проблеме отводов арбитров в связи с их политическими взглядами и политической предвзятостью.

Редакторы сборника выражают надежду на то, что его издание будет интересным и полезным для всех практиков и теоретиков международного коммерческого арбитража, послужит продолжению важного разговора о перспективах альтернативного разрешения споров.

А.Г. Архипова,
Д.В. Кайсин,
А.А. Панов

ORGANIZERS

Russian Institute
of Modern Arbitration

PARTNERS

ALUMNI
PARTNERS

CHILIKOV
ARBITRATION

ОРГАНИЗАТОРЫ

Российский институт
современного арбитража

ПАРТНЕРЫ

ALUMNI
PARTNERS

CHILIKOV
ARBITRATION

Russian Institute
of Modern Arbitration

www.modernarbitration.ru/en

The Russian Institute of Modern Arbitration (RIMA) is an autonomous non-profit organization dedicated to the development and promotion of alternative dispute resolution methods in Russia and abroad.

Since 2016, RIMA has successfully operated the **Russian Arbitration Center** (RAC, https://centerarbitr.ru/en), one of the first permanent arbitral institutions authorized to administer arbitrations in Russia. In July 2023, RAC expanded its global presence by opening its first international office in the Dubai International Financial Centre (DIFC).

RAC serves as a modern and impartial forum for resolving disputes of various complexities through arbitration and other alternative procedures, including mediation and adjudication. Over the past eight years, RAC has administered more than 1,900 disputes, including international commercial cases. The enforceability rate of RAC awards is close to 100%, with successful enforcement achieved in South Korea, several CIS countries, Finland, Latvia, Georgia, and other jurisdictions.

In addition, RIMA actively engages in research, educational, and expert activities in the field of alternative dispute resolution. It organizes numerous conferences, training programs, and student competitions, such as the Summer and Winter Academies on Arbitration, the Academy for Arbitrators, the National Moot Court on Arbitration of Corporate Disputes named after Professor V.P. Mozolin, the Moscow Vis Pre-Moot, and the FDI Pre-Moot in Russia.

RIMA is always open to collaboration, including international partnerships. To date, RIMA has signed 36 cooperation agreements (https://modernarbitration.ru/en/partnership), including Memorandum of Understanding with HKIAC, SIAC, CIETAC, and others.

Российский институт современного арбитража (РИСА) – автономная некоммерческая организация, деятельность которой направлена на развитие и популяризацию альтернативных методов разрешения споров в России и зарубежом.

С 2016 года при РИСА успешно функционирует **Российский арбитражный центр** (РАЦ, https://centerarbitr.ru), который является одним из первых постоянно действующих арбитражных учреждений, получивших право администрировать арбитраж в России. В июле 2023 также был открыт первый зарубежный офис РАЦ в Международном финансовом центре Дубая (DIFC).

РАЦ является современным и беспристрастным форумом для урегулирования споров различной сложности как посредством арбитража, так и в рамках иных альтернативных процедур, включая медиацию и адъюдикацию. За восемь лет в РАЦ было рассмотрено более 1900 споров, включая международные коммерческие споры. При этом показатель исполнимости решений РАЦ близок к 100%, а решения успешно приводились в исполнение на территории Южной Кореи, различных стран СНГ, Финляндии, Латвии, Грузии и др.

Помимо прочего, РИСА активно занимается научно-просветительской и экспертной деятельностью в области альтернативного разрешения споров, выступая организатором ряда конференций, курсов и студенческих конкурсов: Летняя и Зимняя академии по арбитражу, Академия для арбитров, Всероссийский студенческий конкурс по арбитражу корпоративных споров им. В.П. Мозолина, Московский Vis Pre-Moot, FDI Pre-Moot в России и др.

РИСА всегда открыт к сотрудничеству, в том числе к международному. За время своей деятельности, РИСА уже подписал 36 соглашений о сотрудничестве (https://modernarbitration.ru/ru/partnership), в числе которых Меморандумы о взаимопонимании с HKIAC, SIAC, CIETAC и др.

www.legalacademy.ru

Legal Academy is an innovative educational project that combines unique knowledge and experience of leading representatives of legal community and widest technological capabilities of online learning.

Since 2016, the project has been helping companies develop their professional teams, practicing lawyers – to improve the competencies necessary for doing efficient business, attorneys and arbitration managers – to improve the level of training, university professors – to get acquainted with the experience of leading scientific schools and implement best practices in the educational process, students – to prepare for the exam session, gain advantages when entering a master's program and employment. Legal Academy's corporate clients include state corporations, banks, large enterprises, as well as small and medium-sized businesses.

Legal Academy's educational products include online courses, lectures, webinars, and subscription to a constantly updated video database. In 2024, Legal Academy launched a comprehensive professional retraining program in jurisprudence for individuals who do not have a higher legal education.

The project's lecturers are representatives of leading universities, large law firms and legal departments of companies occupying leading positions in their industry. Access to the website's materials is provided at any time from anywhere in the world. The convenient information environment includes an interface for all types of devices, a system of automatic notifications and reminders, detailed statistics in the personal account, video and audio format of lectures, listening in the background, adaptive testing.

www.legalacademy.ru

Legal Academy – инновационный образовательный проект, сочетающий уникальные знания и опыт ведущих представителей юридического сообщества и широкие технологические возможности онлайн-обучения.

С 2016 года проект помогает компаниям развивать свою команду, практикующим юристам – совершенствовать необходимые для профессиональной деятельности компетенции, адвокатам и арбитражным управляющим – повышать уровень профессиональной подготовки, преподавателям вузов – познакомиться с опытом ведущих научных школ и внедрить лучшие практики в образовательный процесс, студентам – подготовиться к сессии, получить преимущества при поступлении в магистратуру и трудоустройстве. Среди корпоративных клиентов Legal Academy есть государственные корпорации, банки, крупные предприятия, а также компании малого и среднего бизнеса.

Образовательные продукты Legal Academy включают онлайн-курсы, лекции, вебинары, подписку на постоянно пополняемую базу видеоматериалов. В 2024 году Legal Academy запустила комплексную программу профессиональной переподготовки по юриспруденции для лиц, не имеющих высшего юридического образования.

Лекторы проекта – представители ведущих вузов, крупных юридических фирм и правовых департаментов компаний, занимающих лидирующие позиции в своей отрасли. Доступ к материалам сайта предоставляется в любое время из любой точки мира. Удобная информационная среда предполагает интерфейс под все типы устройств, систему автоматических уведомлений и напоминаний, подробную статистику в личном кабинете, видео- и аудиоформат лекций, прослушивание в фоновом режиме, адаптивное тестирование.

ALUMNI PARTNERS

www.alumnipartners.ru/en

ALUMNI Partners is a close-knit team of like-minded individuals with more than 25 years of experience in the legal market. We provide comprehensive legal support to Russian and international clients on local and cross-border transactions and projects of any complexity. We are a team united not only by our expertise and our renowned client service but also by being "alumni" of the international law firm.

ALUMNI Partners today is an outstanding team of over 90 lawyers qualified in Russian law, including also lawyers admitted to practice under the law of other jurisdictions.

Our expertise is highly praised by clients and the professional community – the absolute majority of our multidisciplinary firm's practices are recognised as market leaders in Russia according to the leading international and national rankings Pravo-300, Kommersant, Chambers, Best Lawyers, Mergermarket, Mergers.ru and other.

The partners of our firm are recommended by various rankings, such as The Legal 500, Chambers Global, Chambers Europe, IFLR1000. 35 of the firm's lawyers are included in the Best Lawyers 2022 ranking and are recommended in 34 practice areas.

ALUMNI PARTNERS

www.alumnipartners.ru

ALUMNI Partners – это сплоченная команда единомышленников с более чем 25-летним опытом работы на юридическом рынке. Мы оказываем всестороннюю правовую поддержку российским и международным клиентам по локальным и трансграничным проектам любой сложности. Нас объединяет опыт, традиции безупречного клиентского сервиса, и то, что все мы – «выпускники» глобального юридического бизнеса.

Сегодня в нашей команде более 90 юристов, квалифицированных по российскому праву, в том числе специалисты, квалифицированные по праву иных юрисдикций.

Клиенты и профессиональное сообщество высоко оценивают нашу экспертизу. Абсолютное большинство практик нашей многопрофильной фирмы признаны лидерами рынка в России по версии ведущих международных и национальных рейтингов Право-300, Коммерсантъ, The Legal 500, Chambers, Best Lawyers, Mergermarket, Mergers.ru и др.

Партнеры ALUMNI Partners входят в число юристов, рекомендованных различными рейтингами, в том числе The Legal 500, Chambers Global, Chambers Europe, IFLR1000. 35 юристов фирмы входят в рейтинг Best Lawyers 2022 и рекомендованы в 34 отраслях права.

KIAP, Attorneys at Law, specializes in providing legal assistance to corporate and private clients on Russian and foreign law issues. International commercial arbitration is one of KIAP's key areas of expertise. The Practice provides support for international commercial arbitration and litigation in Russia and abroad.

The Lawyers of International commercial arbitration practice:

- Have vast expertise in various industries, including construction, international sale of goods, commodity trading, energy, distribution, IT, insurance, and more;
- Dedicate their endeavors to disputes that concern antisuit injunctions and exclusive competence of Russian courts;
- Run a Telegram channel "International Arbitration" that has been ranked No. 1 in International Commercial Arbitration in Russia by Veta expert group;
- Act as co-authors of books and textbooks on international arbitration (e.g., *International Commercial Arbitration, Arbitration in Asia, Private International Law in BRICS* by Bloomsbury Publishing, among others);
- In 2024, the head of the practice, Stepan Sultanov, has been elected as the Board Member of the Arbitration Association (RAA).

KIAP is ranked among the TOP-10 leading law firms in Russia by the number of recommended practices according to Pravo-300 in 2023 and 2024. Leading firm in arbitration proceedings for commercial and corporate disputes, as recognized by Kommersant (2024) and Pravo-300 (2023). Winner of the Pravo-300 special nomination "Support for Business Abroad – 2023". Twice shortlisted in Chambers Europe Awards for Excellence as the Best Law Firm of the Year in Russia, a leading firm of Pravo-300's Sympathy Rating in 2017 and Law Firm of the year in Russia in the field of litigation according to Best Lawyers 2020 and 2022.

KIAP's client list includes major Russian and foreign companies – top companies of the RBK 500, Forbes ratings, and others.

адвокатское бюро

АБ КИАП специализируется на оказании юридической помощи корпоративным и частным клиентам по вопросам российского и иностранного права. Международный коммерческий арбитраж (МКА) – одна из ключевых специализаций АБ КИАП. Практика МКА сопровождает международные коммерческие арбитражные и судебные разбирательства в России и за рубежом.

Команда практики МКА:

- Обладает экспертизой в различных отраслях, таких как строительство, трансграничная купля-продажа, сырьевой трейдинг, энергетика, дистрибьюция, IT, страхование и др.;
- Уделяет особое внимание спорам по статьям 248.1 и 248.2 АПК РФ;
- Ведет Telegram-канал «Международный арбитраж» – №1 в МКА по версии рейтинга группы Veta;
- Выступает в качестве соавторов книг и учебников по международному арбитражу (например, «Международный коммерческий арбитраж», «Арбитраж в Азии», «Международное частное право в странах БРИКС» издательства Bloomsbury Publishing и др.);
- В 2024 году руководитель практики Степан Султанов избран членом правления Арбитражной Ассоциации (РАА).

АБ КИАП входит в ТОП-10 ведущих юридических компаний на российском рынке по количеству рекомендованных практик по версии Право-300 в 2023 и 2024 гг. Лидер в арбитражном судопроизводстве по коммерческим и корпоративным спорам в рейтингах ИД «Коммерсантъ» (2024) и Право-300 (2023). Победитель специальной номинации Право-300 «Поддержка бизнеса за рубежом – 2023». Двукратный финалист премии Chambers Europe Awards for Excellence в номинации «Лучшая юридическая фирма года в России», лидер «Рейтинга симпатий» Право-300 и «Юридическая фирма года в России в области судебных споров» по версии Best Lawyers 2020 и 2022.

Клиентами Бюро являются крупнейшие российские и международные компании – лидеры рейтингов РБК 500, Forbes и др.

INFORMATION
ABOUT THE ACADEMIC EDITORS AND AUTHORS

ACADEMIC EDITORS

ANNA G. ARKHIPOVA is an Associate Professor at S.S. Alexeyev Private Law Research Center, Deputy Head of the Maritime Arbitration Commission (Moscow) and has a Ph.D. in Law.

Since 2012, Anna has been working at S.S. Alexeyev Private Law Research Center. She is an associate professor of the department of the law of obligations. She reads courses on insurance law and maritime law. She authored more than 70 publications on civil, transport and insurance law. Anna has been the deputy head of the working group charged with the preparation of the Concept of Reform of Chapter 48 ("Insurance") of the Russian Civil Code, worked on the draft bill amending Chapter 48.

From 2010 till 2024, Anna worked as associate professor at MGIMO University. From 2022 till 2023 she has been the head of civil law department of the branch of the said University in Tashkent, Uzbekistan.

Anna is the Deputy Head of the Maritime Arbitration Commission (MAC), the oldest Russian permanent arbitration institution. She is actively involved as an arbitrator in maritime and insurance disputes. Apart from the MAC, she is an arbitrator of the International Commercial Arbitration Court at the Russian Chamber of Commerce and of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce of the Republic of Uzbekistan. She is also a member of the board of the Russian Arbitration Center.

Anna is a regular speaker at scientific and practical conferences. She serves as a member of the Scientific Council of the Supreme Court of the Russian Federation and a member of the Expert Council of the Russian Financial Ombudsman Service. She is also a member of Editorial boards of two legal magazines, the "Herald of Economic Disputes of the Russian Federation" and the "Insurance Law".

DMITRY V. KAYSIN is Co-Head of Dispute Resolution Practice at Asari Legal, Associate Professor at the Faculty of Law of the Higher School of Economics, PhD in Law, LLM (New York University School of Law).

Dmitry specializes in dispute resolution involving public-law entities, primarily investment disputes and investment arbitration. Dmitry has extensive experience in representing clients in complex disputes under the rules of UNCITRAL, major foreign (LCIA, SIAC, HKIAC, SCC, ICC, ICDR, etc.) and Russian arbitration institutions. He has experience in arbitrating commercial disputes and is included on the list of arbitrators of the Arbitration Center at the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs. Dmitry also represents clients in Russian state courts in commercial disputes and bankruptcy cases, and coordinates counsel's work in foreign state courts.

He has been an advocate at the Moscow Region Bar Association since 2007 and is a member of the Chartered Institute of Arbitrators, the International Bar Association and a board member of the Russian Arbitration Association.

Dmitry is an author of publications on international arbitration, private international law and civil procedure.

ANDREY A. PANOV – Partner, Head of International Arbitration and Dispute Resolution Practice of Denuo Law Firm, FCIArb. Magister Juris (Oxford University), member of the Board of the RAC, member of the Board of FAI, member of the International Advisory Council of VIAC.

Andrey is one of the most acclaimed professionals in international arbitration and litigation. With dual qualification as a Russian lawyer and English solicitor advocate, he has over 14 years of experience representing clients in arbitrations around the world, as well as in Russian courts.

Andrey regularly acts both as an arbitrator and as a leading legal representative. During his practice he has conducted a significant number of commercial arbitrations before international arbitration institutions (such as SCC, LCIA, ICC, SIAC) as well as Russian ones. These proceedings have been subject to the law of England and Wales, Cyprus, France, Germany, Germany, the Netherlands, Russia, Sweden, Switzerland and France.

Andrey has been recommended by all major Russian and international directories, including Best Lawyers, Chambers, Legal 500, Lexology Index (formerly Who's Who Legal) and Pravo-300.

AUTHORS

RODRIGO CARÈ is a Senior Counsel at Galadari Advocates & Legal Consultants in Dubai. He is admitted to practice and holds full rights of audience before the courts of New York, Italy, and the Dubai International Financial Centre. He has extensive and widely recognized experience in

arbitration and offshore litigation across the oil & gas, construction, and financial services sectors, particularly in cases involving sovereigns or SOEs. He has acted as counsel or arbitrator in over 40 high-value disputes before leading arbitral tribunals and commercial courts worldwide, including the ICC, LCIA, ICSID, DIAC, and the DIFC and ADGM Courts.

He is a member of the panel of arbitrators of the Dubai International Arbitration Centre and serves as the Chair of the Rome Branch of the New York State Bar Association (NYSBA). Rodrigo is also a Regional Representative of the Young ICCA (International Council for Commercial Arbitration) and a member of the Association of International Energy Negotiators (AIEN). Earlier in his career, Rodrigo completed a long secondment with an oil supermajor and served as a Judicial Fellow to the Hon. Charles N. Brower. He earned his legal education in the United States (Georgetown University Law Center) and Italy (Roma Tre).

BERNARDO M. CREMADES is a Doctor of Laws from the Universities of Cologne (Germany) and Seville (Spain). Member of the Madrid, Paris and Brussels Bar Associations. Has acted as counsel, arbitrator or presiding arbitrator in over 500 international commercial and investment arbitrations. Professor of Law. Member of the Spanish Royal Academy of Jurisprudence and Legislation.

SABINA F. GEYDAROVA is a junior case counsel at the Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration (RAC at RIMA), a 5th year student at the Law Faculty of the National Research University "Higher School of Economics" (HSE) (Program "Law", International Law track), and a research intern at the Laboratory of International Justice (HSE).

From 2022 to 2024, she was also a research intern at the Laboratory for the Study of Public Interest Protection under Economic Sanctions (HSE).

From 2023 to 2024, she participated in Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot (Vis East Moot) and represented the HSE team in the pre-moots in Moscow, Istanbul, Shanghai, and the qualifying rounds in Hong Kong.

Her main fields of research interests include private and public international law, cross-border insolvency issues, international commercial and investment arbitration, etc.

SERGEY D. IVANOV is a legal counsel at the Russian Arbitration Centre at the Russian Institute of Modern Arbitration. He holds an LL.M degree

in Private Law (with honours) from the Russian School of Private Law. Sergey's professional experience includes acting as the assistant of arbitral tribunals at the RAC and at the Arbitration Centre at RSPP; and representing clients' interests in arbitral proceedings under the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), the International Chamber of Commerce (ICC) and the Stockholm Chamber of Commerce (SCC), and in cross-border litigations in Russia and abroad. He is the author of a number of articles on issues of arbitration and enforcement of arbitral awards.

KEVIN KIM is the founding partner of Peter & Kim in Seoul. He has been counsel and arbitrator on some of the most significant and high-stakes international arbitrations over the last thirty years. He represented the Republic of Korea in some of its most consequential investor-state treaty disputes – including high-profile claims brought by Lone Star Funds and Elliot Investment Management. He previously served as Secretary General of the ICCA and vice president of the ICC Court of Arbitration, along with a long and illustrious list of leadership positions in key arbitration councils worldwide. He previously headed the international arbitration practice group at Bae, Kim and Lee, a major Korean firm, up until 2019. He is qualified as an attorney in Korea and New York.

ALEXANDER A. LYAMPORT is a legal counsel in the International Department of VTB DC (Moscow).

Alexander has participated in dozens of arbitrations under ICC, SCC, ICSID and RAC arbitration rules. Apart from international arbitration disputes Alexander is experienced in advising on Russian and foreign litigation projects (for example, Swiss, Sweden, Cyprus and USA courts as well courts from CIS countries). Alexander's expertise covers construction disputes with a particular focus on EPC arbitrations, financial (banking) and corporate disputes.

Alexander obtained his Master's degree in Lomonosov Moscow State University, Law School (Moscow) where he is currently PhD student. Besides, Alexander is actively involved in the development of arbitration among students: as a coach of the University of Semarang (Indonesia) FDI team, he won the first place in this competition (India, Lucknow, 2023).

SERGEY V. LYSOV is an advocate at Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners. With over a decade of experience, Sergey specializes in international commercial disputes, including arbitration and foreign litigation, as well as

contractual and regulatory matters. Recognized by Best Lawyers and Pravo.ru-300 as an expert in International Arbitration and Commercial Litigation, he is also a member of the Moscow Bar Association and number of professional arbitration associations.

Sergey serves as an arbitrator and teaches Dispute Resolution and International Arbitration at the Higher School of Economics and the Russian Foreign Trade Academy. His extensive career spans leading Russian and Czech law firms, and he is a published author of numerous works on international arbitration and cross-border disputes.

ANASTASIA MEDVEDSKAYA – Associate Member at Guernica 37 Chambers. Anastasia is an experienced international arbitration practitioner and arbitrator, representing sovereign states and private companies in investment and commercial disputes. She has handled high-profile cases involving sovereign bond disputes, international sanctions, asset expropriation, and corporate conflicts across industries like oil & gas, telecommunications, banking, and construction.

She has advised the Russian Federation in investment treaty arbitrations and public international law matters before the ICJ and ECHR. Her expertise extends to extradition cases, Interpol red notice challenges, and forensic fraud investigations.

SERGEY V. MOROZOV is a Partner at BGP Litigation (Dubai), International Disputes and Sanctions, Middle East Desk. Sergey specialises in complex cross-border disputes, international investment and commercial arbitration, and sanctions. He represents both sovereigns and investors in investment disputes, acts for clients in ad hoc arbitration and under the rules of all major institutions, in maritime disputes, and in litigation before the courts in Canada, Europe, India, Russia, Switzerland, the UK, Bermuda, Isle of Man, and the U.S. His experience includes coordinating the defence of the Russian Federation in investment arbitrations and related proceedings for over US$70 billion.

He acts as arbitrator. Prior to joining BGP Litigation, he worked at international law firms in Russia and the USA as an external counsel and as an in-house lawyer for public and private clients, including one of the Russian Forbes leaders. Sergey graduated with honours from the Faculty of Law of Lomonosov Moscow State University and obtained his LL.M. degree from Pepperdine University School of Law (California, USA). Admitted to practice in Russia and New York. Sergey is Deputy Chairman of the Russian Arbitration Association Board and Head of Investment Disputes Working Group.

He has been awarded the RAA40 Top 10 Young Arbitration Practitioners award and is a listed arbitrator of the Russian Arbitrators Guide.

RINCHEN DASEL N. MUKSUNOVA is a postgraduate student at MGIMO University (Private law (civil sciences)). Dasel specializes in dispute resolution. She also graduated cum laude from MGIMO Bachelor's and Master's degree programs in "Private international law and resolution of international commercial disputes". Dasel has authored and co-authored several publications on arbitration and international civil litigation. She speaks German and English.

SEBASTIANO NESSI is an International Arbitration & Global Litigation Partner at the international law firm Curtis. Ranked as a "Global Elite Thought Leader" and with a dual civil and common law background and 17 years of experience working in Geneva, London, Paris and Dubai, he specialises in international arbitration (commercial, investor-state, sports), cross-border litigation, asset recovery, compliance & international sanctions.

He has notably represented clients (including multinational companies, state-owned companies, and several States) across Europe, Russia & the CIS region, the GCC region, Africa, South-America and Asia. He has acted as counsel in some of the most significant international arbitration cases of the last decade, and has litigated high profile disputes cases before Swiss, English, French and Dubai-DIFC courts. Sebastiano's experience covers a broad range of industries, with a particular focus on infrastructure and construction, energy (including nuclear and renewables), oil & gas, mining, transportation, insurance, commodities, telecommunication, and maritime.

Beyond his advocacy practice, Sebastiano regularly sits as an arbitrator, including as Chairperson. He has also taught international arbitration and dispute resolution at the University of Paris I, Panthéon-Sorbonne and has lectured at prominent institutions in Dubai, Geneva, Hong Kong, London, Moscow, Mumbai, New York, and Singapore.

Sebastiano is a graduate of both the University of Geneva and Columbia Law School (New York), and the holder of a Certificate of Advanced Studies in International Arbitration jointly delivered by English and Swiss Universities. He is a Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (London), a former Vice-Chair of the Chartered Institute of Arbitrators YMG (London), and a former ICC representative for Europe & Russia (Paris). Sebastiano currently serves as a Member of the Council of YSIAC (Singapore).

MAXIM OSADCHIY is the Founding Partner of Osadchiy Dispute Resolution LLP, a specialist arbitration firm in London. He has over ten years of experience with the elite arbitration practices of Debevoise & Plimpton LLP (London) and Freshfields Bruckhaus Derringer LLP (Paris, London). He is triple-qualified to practice in England and Wales, New York and Russia and has served as counsel in over twenty-five arbitration proceedings in the energy, mining, infrastructure and pharmaceuticals sectors. He is recognized as a leading arbitration practitioner by WWL: Arbitration Future Leaders (2024–2025) and is recommended for international arbitration by The Legal 500 UK (2022–2024).

Maxim has an active practice as arbitrator. He is included on the HKIAC List of Arbitrators and has acted as arbitrator under the LCIA Rules and the RAC Arbitration Rules. He has also served as a tribunal secretary in proceedings under the SCC Rules. Formerly a research assistant to Professor Julian DM Lew KC, Maxim teaches a postgraduate course on energy disputes at Queen Mary University (London) and sits on the Editorial Board of the Journal of International Arbitration. He writes and speaks on international arbitration issues and is the winner of the 2024 Young ICCA Essay Competition.

MARIKE PAULSSON is the Secretary General of the Council for International Dispute Resolution of the Kingdom of Bahrain, and the Vice Chairperson of the Board of Trustees at the Bahrain Chamber for Dispute Resolution. She further holds advisory positions at the Economic Development Board in Bahrain and with Albright Stonebridge Group in Washington, DC.

With over twenty years of practice and academic experience in public international law, international arbitration, cross-border litigation, commercial diplomacy and human rights, Professor Paulsson draws on her extensive experience to advise on the resolution of investment and commercial disputes through global strategy and commercial diplomacy.

She is the Vice President for North America of the Global Legal Institute for Peace of the University of Sao Paolo, and has been appointed Vice-President for North America of the Mauritius Arbitration & Mediation Centre. She is a member of the jury for the Princess Sabeeka Bint Ibrahim Al Khalifa Global Award for Women's Empowerment.

Professor Paulsson is the author of the treatise on the United Nations Convention on the Enforcement and Recognition of Foreign Arbitral Awards, the '1958 New York Convention in Action'. She is an editor and co-author of the ICCA (International Council for Commercial Arbitration) Guide on the New York Convention and the treatise International Arbitration in India.

She writes and teaches on the topic and has assisted in the drafting of numerous expert opinions on the Convention. She is a member of the Judiciary Committee of the ICCA and co-founded the ICCA NYC Roadshow for the purposes of which experts familiarize and conduct dialogues with members of the judiciary around the world with the application of the Convention in the national space.

She is a visiting professor with the University of Miami, the University of Sao Paolo and Jindal Global University in Delhi.

Earlier in her career, Professor Paulsson served as Counsel at Hanotiau & van den Berg in Brussels and held Associate positions at Freshfields Bruckhaus Deringer and Allen & Overy in Amsterdam. She was the Founding Director of the Miami International Arbitration Institute. She graduated from Leiden University School of Law, holds an L.L.M in International Law from the University of Miami School of Law, and has a diploma from Sciences Po, Paris, where she studied political science. She speaks five languages and is a member and past member of the Dutch, Bahraini, and Belgian bar associations. She is based in Manama, Bahrain.

KHAWAR QURESHI KC is one of the world's leading International Law and Arbitration Counsel who has advised or represented parties in matters involving more than 60 States, including the USA, the Russian Federation, UK and India.

Khawar was called to the English Bar in 1990, became a UK Govt "A" Panel Treasury Counsel advising and representing the UK Government (1999–2006). He became a QC in 2006 and was appointed a Deputy High Court Judge and Bencher of Middle Temple in 2013. He has taught law at Cambridge University, King's College London and the LSE, and was appointed a Visiting Professor in Commercial law at the University of London in 2008. He was Chairman of TheCityUK Legal Services Group 2010–2015 and Vice-Chairman of the International Committee of the English Bar Council.

From offices in London and Qatar, he has advised and represented States and parties from all over the world on ICJ, Treaty negotiation and drafting, State and Diplomatic Immunity issues, as well as appeared in hundreds of commercial law, arbitration and Judicial Review matters before the English Courts at all levels. He has advised and represented many States/State entities.

He has the distinction of being one of very few lawyers who has been described as a "very powerful advocate" who is able to "effortlessly" navigate different legal concepts and jurisdictions, as well as having been Counsel for States in some of the largest arbitration claims ever brought against States.

ANDREAS SCHREGENBERGER is a Counsel at GABRIEL Arbitration in Zurich, Switzerland. He is admitted to practice before all Swiss courts. Andreas has extensive and widely recognized experience in arbitration and commercial litigation and represented clients in a broad range of disputes, including in the field of banking, construction, corporate law, energy, engineering, hospitality, infrastructure, and venture capital. He has acted as arbitrator, counsel and secretary in over 35 arbitration proceedings, involving disputed amounts of more than USD 1,3 billion.

Andreas is a member of the panel of arbitrators of the Swiss Arbitration Centre, the Istanbul Arbitration Centre, the Hungarian Chamber of Commerce and Industry, and the Organization of Islamic Cooperation Arbitration Centre. He has acted as a mentor in prestigious mentoring programmes and is a member of the Swiss Arbitration Association (ASA), the Viennese Attorney's Society UNION, and the Europe Sub-Committee of the Campaign for Greener Arbitrations. Andreas studied law at the University of Zurich (MLaw UZH) and holds an LLM degree from Georgetown University Law Center (Fulbright Fellow).

NIKOLAY G. SOKOLOVSKY is an associate at Asari Legal. Nikolay specialises in dispute resolution, including international commercial arbitration and cross-border litigation, as well as corporate disputes. Nikolay has experience in representing clients in arbitral proceedings under the rules of the London Court of International Arbitration (LCIA), Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), including disputes which involved sanctions. Nikolay's experience encompasses disputes in the courts of the UK, EU member-states and others, and also includes advising and representing clients before the Russian courts in disputes involving foreign element.

VLADISLAV V. STARZHENETSKIY is an Associate Professor at the Faculty of Law of the National Research University 'Higher School of Economics' (HSE), one of the leading Russian law schools. He also serves as the Academic Director of the HSE Master Program "Law of International Trade and Dispute Resolution" and as the Head of the HSE Laboratory of International Justice.

Vladislav graduated from MGIMO University with a degree in International Law and was awarded PhD degree for the dissertation dedicated to International law and Russian law protection of property rights.

Since 1998 he was working at the Russian Federation's Supreme Commercial Court (SCC) and was heading the Department of International Law and Cooperation from 2011 to 2014.

Since 2014 he is working at the HSE University at the Faculty of Law as Associate Professor and First Vice-Dean (in 2015–2020).

His main fields of research interests include private and public international law, impact of economic sanctions on business relations, intellectual property, etc. In recent years Vladislav mainly concentrates on legal issues related to restrictive measures, including (anti)sanction clauses in international commercial contracts, impact of sanctions on resolution of international commercial disputes, etc.

He is the author of more than 60 articles, chapters and monographs published in the leading international publishing houses (including Cambridge University Press, Springer, Brill, Nijhoff) and leading Russian journals and publishing houses.

DARIA V. TOKAREVA is an associate in dispute resolution practice at Dyakin, Gortsunyan & Partners (Moscow). Daria earned her Bachelor's and Master's degrees from Lomonosov Moscow State University. In 2019–2020, she worked as a junior case manager at the Russian Arbitration Center (RAC). Since 2021, Daria has specialized in international arbitration disputes in the fields of construction, energy, and project finance. Her professional expertise also includes disputes related to sanctions imposed by the EU, the UK, the US, Switzerland, Canada, and Australia. Daria has experience representing clients in commercial arbitrations under ICC, SIAC, LCIA and LMAA rules.

MARIA M. VINOKUROVA is a senior associate in the corporate team of Denuo international law firm. She has bachelor's and master's degrees in Civil Law, Family Law and Private International Law from St Petersburg State University. Maria focuses on advising Russian and international clients on corporate and commercial law matters and has extensive experience with M&A transactions, including cross-border transactions. Maria's expertise also includes support during investment arbitration disputes.

Maria teaches an M&A course and supervises students' research papers for the master's degree program at the Faculty of Law of St Petersburg State University.

VADIM S. VUNUKAINEN is a partner in dispute resolution practice at Dyakin, Gortsunyan & Partners (Moscow). Vadim obtained his Bachelor's degree in Saint-Petersburg State University and Master's degree in Higher School of Economics (Moscow). Vadim has participated in dozens of arbitrations under ICC, SCC, SIAC, LCIA and ICAC at the RF CCI arbitration rules as a counsel as well as served in several proceedings as a tribunal's sec-

retary. Apart from international disputes, Vadim is experienced in advising on Russian litigation projects. Vadim's expertise covers construction disputes with a particular focus on FIDIC arbitrations, financial and banking disputes, as well as corporate conflicts including those involving parallel cross-border proceedings. Vadim is recognized among the leading arbitration practitioners in the Legal 500 Arbitration Powerlist: CIS and Caucasus (2020) and Pravo-300 (2024).

ИНФОРМАЦИЯ
О НАУЧНЫХ РЕДАКТОРАХ И АВТОРАХ

НАУЧНЫЕ РЕДАКТОРЫ

АННА ГРИГОРЬЕВНА АРХИПОВА – к.ю.н., доцент Исследовательского центра частного права им. С.С. Алексеева, заместитель председателя Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ.

С 2012 г. работает в Исследовательском центре частного права им. С.С. Алексеева, является доцентом кафедры обязательственного права. Читает курсы по страховому и морскому праву. Автор более 70 публикаций по вопросам страхового, гражданского, транспортного права. Являлась заместителем руководителя рабочей группы по подготовке концепции реформы главы 48 ГК РФ («Страхование»), принимала участие в разработке соответствующего законопроекта.

С 2010 по 2023 г. Анна работала доцентом МГИМО (У) МИД России, с 2022 по 2023 г. являлась заведующим кафедрой гражданского права филиала МГИМО в Ташкенте (Республика Узбекистан).

Анна Архипова является заместителем председателя Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ, старейшего арбитражного учреждения в России. Она активно участвует в качестве арбитра в рассмотрении морских, страховых споров. Помимо МАК, она является арбитром в МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Республики Узбекистан, является членом Президиума Российского арбитражного центра.

Анна регулярно выступает на различных научных и практических конференциях по гражданскому, страховому, морскому праву. Она является членом Научно-консультативного совета Верховного Суда Российской Федерации, членом Экспертного совета службы Финансового уполномоченного, членом редакционного совета журнала «Вестник экономического правосудия Российской Федерации» и редакционной коллегии журнала «Страховое право».

ДМИТРИЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ КАЙСИН – соруководитель практики разрешения споров Asari Legal, доцент факультета права Высшей школы экономики, кандидат юридических наук, магистр права (школа права Нью-Йоркского Университета).

Дмитрий специализируется на разрешении споров с участием публично-правовых образований, прежде всего на инвестиционных спорах и инвестиционном арбитраже. Дмитрий обладает богатым опытом представления интересов в сложных спорах по правилам ЮНСИТРАЛ, основных иностранных (LCIA, SIAC, HKIAC, SCC, ICC, ICDR, др.) и российских арбитражных институтов. Он имеет опыт арбитрирования коммерческих споров, включен в список арбитров Арбитражного центра при РСПП. Дмитрий также представляет интересы доверителей в государственных судах РФ в коммерческих спорах и в делах о банкротстве, а также координирует работу консультантов в иностранных государственных судах.

Состоит адвокатом в Адвокатской палате Московской области с 2007, является членом Королевского института арбитров, Международной ассоциации юристов и членом правления Российской арбитражной ассоциации.

Дмитрий является автором публикаций по вопросам международного арбитража, международного частного права и гражданского процесса.

АНДРЕЙ АЛЕКСАНДРОВИЧ ПАНОВ – партнер, руководитель практики международного арбитража и разрешения споров юридической фирмы Denuo, магистр права (Оксфордский университет), член Президиума РАЦ, член правления FAI, член международного консультативного совета VIAC, FCIArb.

Андрей является признанным специалистом по международным арбитражным и судебным разбирательствам. Он квалифицирован по праву Англии и Уэльса в качестве Solicitor Advocate и по праву России. В течение последних 14 лет он представлял интересы своих клиентов в международных арбитражных разбирательствах, а также судебных процессах в России.

Андрей регулярно выступает как в роли арбитра, так и в роли ведущего юридического представителя. За время своей практики он провел значительное количество коммерческих арбитражных разбирательств в международных арбитражных институтах (таких как SCC, LCIA, ICC, SIAC), а также в российских. Эти разбирательства были подчинены праву Англии и Уэльса, Германии, Кипра, Нидерландов, России, Франции, Швейцарии и Швеции.

Андрей является специалистом с мировым именем и был многократно рекомендован ведущими российскими и международными рейтингами, включая «Право-300», Best Lawyers, Chambers, Legal 500 и Lexology Index (ранее Who's Who Legal).

ИНФОРМАЦИЯ ОБ АВТОРАХ

РОДРИГО КАРЕ – старший советник Galadari Advocates & Legal Consultants в Дубае. Родриго допущен к практике и обладает полным правом представления интересов в судах Нью-Йорка, Италии и Дубайского международного финансового центра. Он обладает обширным и широко признанным опытом арбитражных и оффшорных судебных разбирательств в нефтегазовой отрасли, строительстве и сфере финансовых услуг, особенно в делах с участием суверенных государств или государственных предприятий. Родриго выступал в качестве представителя или арбитра в более чем 40 крупных спорах в ведущих арбитражных и коммерческих судах мира, включая ICC, LCIA, ICSID, DIAC, а также суды DIFC и ADGM.

Родриго включен в список арбитров Дубайского международного арбитражного центра и является председателем Римского отделения Ассоциации юристов штата Нью-Йорк (NYSBA). Он также является региональным представителем Международного совета по коммерческому арбитражу (ICCA) и членом Ассоциации международных энергетических посредников (AIEN). В начале своей карьеры Родриго прошел длительную стажировку в нефтяной компании и работал в качестве судебного помощника достопочтенного Чарльза Н. Броуэра. Он получил юридическое образование в США (Юридический центр Джорджтаунского университета) и Италии (Roma Tre).

БЕРНАРДО М. КРЕМАДЕС – профессор, доктор юридических наук университетов Кельна (Германия) и Севильи (Испания). Д-р Кремадес является членом коллегий адвокатов Мадрида, Парижа и Брюсселя, выступал в качестве представителя, арбитра или председательствующего арбитра в более чем 500 международных коммерческих и инвестиционных арбитражных разбирательствах. Член испанской Королевской академии юриспруденции и законодательства.

САБИНА ФАИГОВНА ГЕЙДАРОВА – младший кейс-администратор Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража (РАЦ при РИСА), студентка 5 курса факультета права НИУ ВШЭ (образовательной программы «Юриспруденция», трек «Международное право»), стажер-исследователь Лаборатории международного правосудия ВШЭ.

С 2022 по 2024 гг. также была стажером-исследователем в Научно-учебной лаборатории исследований в области защиты государственных интересов в условиях экономических санкций ВШЭ.

В период с 2023 по 2024 гг. принимала участие в муткорте по международному коммерческому арбитражу им. Виллема К. Виса и представляла команду НИУ ВШЭ в премутах в Стамбуле, Шанхае, а также отборочных раундах в Гонконге.

Основные области ее научных интересов включают международное частное и публичное право, вопросы трансграничной несостоятельности, международный коммерческий и инвестиционный арбитраж и т.д.

СЕРГЕЙ ДМИТРИЕВИЧ ИВАНОВ – правовой советник Российского арбитражного центра при Российском институте современного арбитража. Магистр частного права Российской школы частного права (с отличием). Профессиональный опыт Сергея включает участие в качестве ассистента арбитражных трибуналов в РАЦ и в Арбитражном центре при РСПП; а также представление интересов доверителей в арбитражах по правилам Лондонского международного третейского суда (ЛМТС), Арбитражного суда при Международной торговой палате (МТП) и Арбитражного института при Торговой палате Стокгольма (ТПС), и в трансграничных спорах в России и за рубежом. Автор ряда публикаций по тематике коммерческого арбитража и приведения в исполнение арбитражных решений.

КЕВИН КИМ– основатель и партнер юридической фирмы Peter & Kim в Сеуле. На протяжении последних тридцати лет он выступал в качестве советника и арбитра в ряде наиболее значимых и крупных международных арбитражных разбирательств. Он представлял интересы Республики Корея в ключевых инвестиционных спорах между государством и инвесторами, включая известные иски Lone Star Funds и Elliott Investment Management. Ранее Кевин занимал должность Генерального секретаря ICCA (Международного совета по коммерческому арбитражу) и вице-президента Арбитражного суда ICC (Международной торговой палаты), а также занимал множество руководящих позиций в ведущих арбитражных советах по всему миру. До 2019 года он возглавлял практику международного арбитража в крупной корейской юридической фирме Bae, Kim & Lee. Кевин Ким имеет лицензию на адвокатскую деятельность в Корее и Нью-Йорке.

АЛЕКСАНДР АЛЕКСАНДРОВИЧ ЛЯМПОРТ – юрист международно-правового департамента ВТБ ДЦ (Москва). Александр участвовал в арбитражных разбирательствах по правилам арбитража Международной торговой палаты (ICC), Торговой палаты Стокгольма (SCC), Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), Российского Арбитражного Центра (РАЦ). Помимо данных споров, Александр обладает значительным опытом по сопровождению дел в российских и иностранных государственных судах (например, Швейцария, Швеция, Кипр, США, страны СНГ). Его профессиональная экспертиза охватывает строительные споры, в том числе споры по контрактам EPC, финансовые и транспортные споры.

Александр окончил магистратуру МГУ им. М.В. Ломоносова, где в настоящее время продолжает обучение в аспирантуре (Москва). Кроме того, Александр активно участвует в развитии арбитража среди студентов: под его руководством университет Семаранга (Индонезия) стал победителем международного конкурса по инвестиционному арбитражу FDI (Индия, город Лакнау, 2023).

СЕРГЕЙ ВЛАДИМИРОВИЧ ЛЫСОВ – адвокат юридической фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов и партнеры». Более десяти лет он специализируется на международных коммерческих спорах, включая арбитраж и иностранное судопроизводство, и консультирует клиентов по контрактным и регуляторным вопросам. Сергей признан ведущим специалистом в международном арбитраже и коммерческом судопроизводстве по версиям Best Lawyers и Pravo.ru-300. Он является членом Московской коллегии адвокатов, а также ряда профессиональных ассоциаций в сфере международного арбитража.

Сергей активно участвует в арбитраже как арбитр и является преподавателем Высшей школы экономики и Российской академии внешней торговли. Его профессиональный опыт включает работу в ведущих юридических фирмах России и Чехии. Сергей – автор ряда публикаций, посвящённых международному арбитражу и трансграничным спорам.

АНАСТАСИЯ МЕДВЕДСКАЯ – ассоциированный член барристерской чемберс Герника 37. Анастасия – опытный специалист в области международного арбитража и арбитр, представляющий интересы суверенных государств и частных компаний в инвестиционных и коммерческих спорах. Она участвовала в резонансных делах, связанных с суверенными облигациями, международными санкциями, экспро-

приацией активов и корпоративными конфликтами в таких сферах, как нефтегаз, телекоммуникации, банковское дело и строительство.

Анастасия консультировала Российскую Федерацию по арбитражным спорам в рамках инвестиционных договоров, а также по вопросам международного публичного права в Международном суде ООН и ЕСПЧ. Ее экспертиза охватывает также экстрадиционные дела, споры, связанные с международными запросами Интерпола для задержания лиц, находящихся в международном розыске, и расследования случаев мошенничества.

СЕРГЕЙ ВАЛЕРЬЕВИЧ МОРОЗОВ – партнер BGP Litigation (Дубай), Международные споры и санкции, Middle East Desk. Сергей специализируется на разрешении сложных трансграничных споров, международном инвестиционном и коммерческом арбитраже, а также оспаривании санкций. Опыт Сергея охватывает работу на стороне суверенов и инвесторов в инвестиционных спорах, защиту доверителей в арбитражах ad hoc и по правилам всех основных институтов, в морских спорах, а также в государственных судах в Великобритании, Бермудах, острове Мэн, Европе, Индии, Канаде, России, США и Швейцарии. Он координировал защиту по инвестиционным арбитражам и сопутствующим разбирательствам по искам против Российской Федерации на сумму более 70 млрд долларов США.

Сергей выступает в качестве арбитра. До присоединения к BGP Litigation работал в международных юридических фирмах в России и США в роли консультанта, а также в качестве инхаус-юриста на стороне государственных и частных клиентов, включая одного из лидеров российского рейтинга Forbes. С отличием окончил юридический факультет МГУ им. М.В. Ломоносова и получил степень LL.M. в Pepperdine University School of Law (Калифорния, США). Допущен к практике в России и в штате Нью-Йорк. Сергей является заместителем председателя правления Российской арбитражной ассоциации и руководителем рабочей группы по инвестиционным спорам. Имеет награду RAA40 Top 10 Young Arbitration Practitioners и состоит в числе арбитров Russian Arbitrators Guide.

РИНЧЕН ДАСЕЛ НГАВАНГОВНА МУКСУНОВА – аспирант МГИМО (У) МИД России по специальности «Частно-правовые (цивилистические) науки». Дасел специализируется в сфере разрешения споров. Она также с отличием окончила бакалавриат и магистратуру МГИМО по направлению «Международное частное право и разре-

шение международных коммерческих споров». Автор нескольких публикаций по вопросам арбитража и международного гражданского процесса. Она владеет немецким и английским языками.

СЕБАСТЬЯНО НЕССИ – партнер практики международного арбитража и трансграничных судебных споров в престижной международной юридической фирме Curtis. Включен в список «Элита мировых лидеров мысли» и обладает двойным образованием в области гражданского и общего права (англ. common law) и более чем 17-летним опытом работы в ведущих юридических центрах мира, включая Женеву, Лондон, Париж и Дубай, он признан экспертом в области международного арбитража (коммерческого, инвестиционного, спортивного), трансграничных судебных разбирательств, возврата активов, комплаенса и международных санкций.

За свою карьеру он представлял интересы широкого круга клиентов из Европы, России, стран СНГ, Персидского залива, Африки, Южной Америки и Азии (включая транснациональные корпорации, государственные компании и несколько государств). Себастьяно участвовал в качестве представителя в ряде ключевых международных арбитражных дел последнего десятилетия, а также вел резонансные споры в судах Швейцарии, Англии, Франции и Дубая (DIFC).

Его профессиональный опыт охватывает широкий спектр отраслей, с особым акцентом на инфраструктуру и строительство, энергетику (включая атомную и возобновляемую), нефтегазовую и горнодобывающую промышленность, транспорт, страхование, сырьевые товары, телекоммуникации и морское судоходство.

Помимо адвокатской практики, Себастьяно активно выступает в качестве арбитра, в том числе в роли председателя арбитражных составов. Он также делится своими знаниями, преподавая международный арбитраж и разрешение споров в Университете Париж I Пантеон-Сорбонна, а также читает лекции в ведущих учебных заведениях Дубая, Женевы, Гонконга, Лондона, Москвы, Мумбаи, Нью-Йорка и Сингапура.

Себастьяно получил образование в Женевском университете и Школе права Колумбийского университета (Нью-Йорк), а также прошел дополнительную подготовку в области международного арбитража, получив сертификат, выданный совместно ведущими английскими и швейцарскими университетами. Он является членом Chartered Institute of Arbitrators (Лондон), ранее занимал должность заместителя председателя Молодежной группы Chartered Institute of Arbitrators

(Лондон) и был представителем ICC по Европе и России (Париж). В настоящее время Себастьяно входит в Совет YSIAC (Сингапур).

МАКСИМ ОСАДЧИЙ является партнером-основателем Осадчий Диспьют Резолюшн ЛЛП, специализированной фирмы по разрешению арбитражных споров в Лондоне. Он обладает более чем десятилетним опытом работы в ведущих арбитражных практиках Дебевойз энд Плимптон ЛЛП (Лондон) и Фрешфилдс Брукхаус Дерингер ЛЛП (Париж, Лондон). Он является солиситором Англии и Уэльса, адвокатом по праву штата Нью-Йорк и российским юристом. Максим представлял интересы клиентов в более двадцати пяти арбитражных разбирательствах в области энергетики, добычи полезных ископаемых, инфраструктуры и фармацевтики. Он признан ведущим специалистом в области арбитража по версии WWL: Arbitration Future Leaders (2024–2025) и рекомендован в области международного арбитража изданием The Legal 500 UK (2022–2024).

Максим также активно выступает в качестве арбитра. Он включен в список арбитров Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC) и выступал в качестве арбитра по правилам Лондонского международного третейского суда (LCIA) и Российского арбитражного центра (РАЦ). Он также выступал в качестве ассистента состава арбитража по правилам Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (SCC). В прошлом ассистент по научным вопросам профессора Джулиана ДМ Лью КС, Максим преподает последипломный курс по разрешению споров в сфере энергетики в Университете Королевы Марии в Лондоне, а также является членом редакционной коллегии Журнала по международному арбитражу (Journal of International Arbitration). Он пишет и выступает на темы международного арбитража и является победителем конкурса эссе Young ICCA 2024 года.

МАРИК ПОЛССОН – профессор, Генеральный секретарь Совета по международному урегулированию споров Королевства Бахрейн и заместитель председателя Попечительского совета Бахрейнской палаты по урегулированию споров. Она также занимает консультативные должности в Совете по экономическому развитию Бахрейна и в компании Albright Stonebridge Group в Вашингтоне, округ Колумбия.

Имея более чем двадцатилетний опыт практической и академической работы в области международного публичного права, международного арбитража, трансграничного судебного разбирательства, коммерческой дипломатии и прав человека, профессор Полссон ис-

пользует свои обширные знания для консультирования по вопросам разрешения инвестиционных и коммерческих споров через глобальную стратегию и коммерческую дипломатию.

Она является вице-президентом по Северной Америке Глобального юридического института мира Университета Сан-Паулу и была назначена вице-президентом по Северной Америке Центра арбитража и медиации Маврикия. Она также входит в состав жюри Глобальной премии принцессы Сабики бинт Ибрагим Аль Халифы за расширение прав и возможностей женщин.

Профессор Полссон является автором труда о Конвенции Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, известного как «Нью-Йоркская конвенция 1958 года в действии». Она является редактором и соавтором Руководства ICCA (Международного совета по коммерческому арбитражу) по Нью-Йоркской конвенции, а также труда «Международный арбитраж в Индии». Она пишет и преподает на эту тему, а также участвовала в подготовке многочисленных экспертных заключений по Конвенции. Она является членом Судебного комитета ICCA и соучредителем ICCA NYC Roadshow, в рамках которого эксперты проводят диалоги с представителями судебных органов по всему миру, разъясняя применение Конвенции в национальных правовых системах.

Она является приглашенным профессором в Университете Майами, Университете Сан-Паулу и Университете Джиндал в Дели.

Ранее в своей карьере профессор Паулссон работала юристом в Hanotiau & van den Berg в Брюсселе, а также занимала должности юриста (associate) в Freshfields Bruckhaus Deringer и Allen & Overy в Амстердаме. Она была основателем и директором Майамского института международного арбитража. Она окончила юридический факультет Лейденского университета, получила степень магистра права (LL.M) в области международного права в Университете Майами и диплом Института политических исследований (Sciences Po) в Париже, где изучала политологию. Она владеет пятью языками и является членом (в том числе бывшим) коллегий адвокатов Нидерландов, Бахрейна и Бельгии. В настоящее время она проживает в Манаме, Бахрейн.

ХАВАР КУРЕШИ – королевский адвокат (KC), один из ведущих специалистов в области международного права и арбитража с опытом работы в более чем 60 странах, включая США, Российскую Федерацию, Великобританию и Индию.

Хавар Куреши КС получил статус барристера в 1990 году и стал членом панели казначейства правительства Великобритании (1999–2006). В 2006 году он получил звание королевского адвоката (QC) и был назначен заместителем судьи Высокого суда и выборным старейшиной коллегии Мидл-Темпл в 2013 году. Он преподавал право в Кембриджском университете, Королевском колледже Лондона и Лондонской школе экономики. В 2008 году он стал приглашенным профессором коммерческого права Университета Лондона.

Работая из офисов в Лондоне и Катаре, он консультировал и представлял интересы государств и частных лиц по широкому кругу вопросов, включая дела в Международном суде ООН, переговоры и составление международных договоров, а также вопросы государственного и дипломатического иммунитета. Он также участвовал в рассмотрении сотен дел по коммерческому праву, арбитражу и судебному контролю в судах всех инстанций Англии.

Хавар Куреши КС заслужил репутацию «очень влиятельного адвоката», способного легко ориентироваться в сложных юридических концепциях и юрисдикциях. Он представлял интересы государств в крупнейших арбитражных спорах, включая дела с многомиллиардными требованиями, что подтверждает его статус одного из наиболее авторитетных юристов в своей области.

АНДРЕАС ШРЕГЕНБЕРГЕР – советник GABRIEL Arbitration в Цюрихе, Швейцария, допущенный к практике во всех швейцарских судах. Андреас обладает обширным и общепризнанным опытом в области арбитража и коммерческих разбирательств, представляя интересы клиентов по широкому кругу споров, в том числе в сфере банковского дела, строительства, корпоративного права, энергетики, машиностроения, гостиничного бизнеса, инфраструктуры и венчурного капитала. Он выступал в качестве арбитра, представителя и секретаря в более чем 35 арбитражных разбирательствах, в рамках которых были рассмотрены споры на сумму более 1,3 млрд долларов США.

Андреас входит в списки арбитров Швейцарского арбитражного центра, Стамбульского арбитражного центра, Венгерской торгово-промышленной палаты и Арбитражного центра Организации исламского сотрудничества. Он выступал в качестве ментора в рамках престижных менторских программ и является членом Швейцарской арбитражной ассоциации (ASA), Венского адвокатского общества UNION и Европейского подкомитета Кампании за более экологичные арбитражные разбирательства. Андреас изучал право в Университете Цюриха

(MLaw UZH) и получил степень магистра права в Юридическом центре Джорджтаунского университета (Fulbright Fellow).

НИКОЛАЙ ГРИГОРЬЕВИЧ СОКОЛОВСКИЙ – адвокат Asari Legal. Николай специализируется на разрешении споров, включая международный коммерческий арбитраж и трансграничные судебные разбирательства, а также на разрешении корпоративных споров. Николай обладает опытом представления интересов доверителей в международных арбитражных разбирательствах по регламентам Лондонского международного третейского суда (LCIA), Гонконгского международного арбитражного центра (HKIAC), в том числе в спорах, осложненных санкционным элементом. Опыт Николая охватывает споры в судах Великобритании, государств-членов ЕС и др., а также включает консультирование и представление интересов доверителей в различных категориях споров в российских судебных разбирательствах, осложненных иностранным элементом.

ВЛАДИСЛАВ ВАЛЕРЬЕВИЧ СТАРЖЕНЕЦКИЙ – доцент факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ), одного из ведущих российских юридических вузов. Он также является академическим руководителем магистерской программы ВШЭ «Право международной торговли и разрешения споров» и заведующим Лабораторией международного правосудия ВШЭ.

Владислав окончил Московский государственный институт международных отношений (университет) МИД Российской Федерации (МГИМО) по специальности «Международное право» и получил степень кандидата юридических наук за диссертацию, посвященную международно-правовой и российско-правовой защите прав собственности.

С 1998 г. работал в Высшем арбитражном суде Российской Федерации (ВАС РФ), в период с 2011 по 2014 гг. возглавлял Управление международного права и сотрудничества.

С 2014 г. работает в НИУ ВШЭ на факультете права в должности доцента и первого заместителя декана (2015-2020 гг.).

Основные области его научных интересов включают международное частное и публичное право, влияние экономических санкций на деловые отношения, интеллектуальную собственность и т.д. В последние годы Владислав в основном концентрируется на правовых вопросах, связанных с ограничительными мерами, включая (анти)санкцион-

ные оговорки в международных коммерческих контрактах, влияние санкций на разрешение международных коммерческих споров и т.д.

Автор более 60 статей, глав и монографий, опубликованных в ведущих международных издательствах (включая Cambridge University Press, Springer, Brill, Nijhoff) и ведущих российских журналах и издательствах.

ДАРЬЯ ВАЛЕРЬЕВНА ТОКАРЕВА – юрист практики разрешения споров Адвокатского бюро Дякин, Горцунян и партнеры (Москва). Дарья окончила бакалавриат и магистратуру МГУ имени М.В. Ломоносова. В 2019–2020 гг. Дарья работала младшим кейс-менеджером в Российском Арбитражном Центре (РАЦ). С 2021 г. Дарья специализируется на международных арбитражных разбирательствах в области строительства, энергетики и проектного финансирования. Ее профессиональная экспертиза также охватывает споры, связанные с санкциями ЕС, Великобритании, США, Швейцарии, Канады и Австралии. Дарья обладает опытом представления клиентов в рамках коммерческих арбитражей по правилам Международной торговой палаты (ICC), Сингапурского арбитражного центра (SIAC), Лондонского международного арбитражного суда (LCIA) и Лондонской ассоциации морских арбитров (LMAA).

МАРИЯ МИХАЙЛОВНА ВИНОКУРОВА – старший юрист корпоративной практики международной юридической фирмы Denuo. Окончила бакалавриат и магистратуру Санкт-Петербургского государственного университета по специальности «Гражданское право, семейное право, международное частное право». Мария специализируется на консультировании российских и международных клиентов по вопросам корпоративного и коммерческого права, имеет обширный опыт сопровождения сделок слияния и поглощения, в том числе трансграничных. Профессиональный опыт Марии также включает сопровождение споров по вопросам инвестиционного арбитража.

Мария читает курс лекций по сделкам слияния и поглощения, а также курирует научные работы студентов в рамках программы магистратуры на Юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета.

ВАДИМ СЕРГЕЕВИЧ ВУНУКАЙНЕН – партнер практики разрешения споров Адвокатского бюро Дякин, Горцунян и партнеры (Москва). Вадим окончил бакалавриат Санкт-Петербургского государственного университета и магистратуру в НИУ «Высшая школа эконо-

мики» (Москва). Вадим выступал представителем в десятках арбитражных разбирательств по правилам арбитража Международной торговой палаты (ICC), Торговой палаты Стокгольма (SCC), Сингапурского арбитражного центра (SIAC), Лондонского международного арбитражного суда (LCIA), МКАС при ТПП РФ, а также участвовал в ряде арбитражных разбирательств в роли секретаря арбитражного трибунала. Помимо международных споров Вадим обладает значительным опытом по сопровождению дел в российских государственных судах. Его профессиональная экспертиза охватывает строительные споры, в том числе споры по контрактам ФИДИК, финансовые и банковские споры, а также корпоративные конфликты с параллельными трансграничными разбирательствами. Вадим входит в перечень рекомендованных специалистов в области арбитража в рейтинге The Legal 500 “Arbitration Powerlist: CIS and Caucasus” (2020 г.) и Право-300 (2024 г.)

Section 1

GENERAL ISSUES IN ARBITRATION

Раздел 1

ОБЩИЕ ВОПРОСЫ АРБИТРАЖА

THE AI IMPACT ON UNLOCKING NEW MARKETS IN ARBITRATION – NO TURNING BACK

Kevin Kim,
Founding partner of Peter & Kim (Seoul)

Abstract:
The article discusses the impact of Generative Artificial Intelligence on the practice of international arbitration. It specifically focuses on aspects of arbitration that Gen AI can have a transformative impact on — and highlights its potential to dramatically broaden the arbitration ecosystem for disputes both large and small. The article also features some potential pitfalls if the parties' usage of Gen AI is not taken with a dose of caution.

Key words: *Gen AI, efficiency, complexification, streamline, transformation.*

Аннотация:
Статья посвящена влиянию генеративного искусственного интеллекта (Gen AI) на практику международного арбитража. В частности, рассматриваются аспекты арбитража, на которые Gen AI может оказать трансформационное воздействие, его потенциал для значительного расширения арбитражной экосистемы — как для крупных, так и для мелких споров. В статье также затрагиваются возможные риски, связанные с использованием Gen AI, если стороны не подойдут к его применению с должной осторожностью.

Ключевые слова: *Генеративный ИИ; эффективность; усложнение; оптимизация; трансформация.*

I. Introduction

International arbitration's design concept has always been straightforward and purpose-built for the modern age: contracting parties anywhere in the world can have access to a system of dispute resolution that is seamlessly cross-border, adjudicated by experts, and is efficient in time and costs.

Since its inception, decades have passed and disputes have become far larger and more complex. As an unwitting consequence, international arbitration has come under fire as having given rise to its own unique problems, starting with the perception that it is now an almost 'exclusive' community of practitioners, norms and practices which can feel inaccessible to potential new participants. Needless to say, the core strength of international arbitration is meant to be inclusivity in usage: it should be easy for all to adopt, regardless of background or experience.

At the very same time, the broader global legal community has to confront the seemingly inexorable rise of generative artificial intelligence ("**Gen AI**"). The arbitration scene is not spared from this reckoning. The question is simple – should Gen AI be considered a threat, an opportunity, or simply a fact?

My position on this is fairly straightforward. I believe that, if harnessed correctly, Gen AI can be a colossal positive force for the proliferation of a transformed, improved practice of arbitration. At its baseline, Gen AI can effectively streamline arbitration proceedings at every level such that disputes of all sizes can be resolved in arbitration proceedings efficiently and effectively.

In this connection, arbitration has the potential to rapidly scale in adoption and usage with the help of Gen AI. Practitioners will be able to offer made-to-measure international dispute resolution solutions at scale — dramatically expanding the pool of arbitration users worldwide.

II. The genesis of international arbitration, and whether it still accords with its founding principles

Contemporary international commercial arbitration is "*a means by which international business disputes can be definitively resolved, pursuant to the parties' agreement, by independent, non-governmental decision-makers, selected by or for the parties, applying neutral adjudicative procedures that provide the parties an opportunity to be heard*".[1]

Beyond the above, international arbitration has long been considered to be faster, cheaper and more efficient than conventional national court litigation.

[1] Gary Born, International Commercial Arbitration (Third Edition, updated November 2023)

The 'international' aspect in international arbitration is also crucial – where disputes are transnational in nature, a major priority of disputing parties is having a deliberative body that is not affiliated with either. Needless to say, the tribunal deciding the parties' dispute must also be technically competent at resolving the dispute, and motivated to do so expeditiously.

However, in recent years, a number of issues have started to plague the proliferation of international arbitration as a preferred mode of dispute resolution. As a direct consequence of the increasing complexification of modern disputes,[2] arbitrations have become lengthier and more involved, with costs rising significantly.[3] The rise of 'mega-arbitrations', disputes involving billions of dollars and thousands of documents, is a symptom of this – proceedings have protracted to many years and legal spend correspondingly growing much higher. Arbitration has also become more procedurally formalized, which is one of the more 'negative' traits of litigation and a phenomenon which unfortunately has spilled over to our world.

At the same time, the barriers to entry into the arbitration ecosystem have become significantly higher – with a limited pool of arbitrators to select from as well as the (real and/or perceived) difficulties with respect to breaking into the space for new counsel entrants.[4]

All of the above, in my view, have combined to stunt what should be exponential growth for the arbitration space. This is especially so for disputes of a lower quantum: institution fees, costs of counsel and experts, and even tribunal fees – these combine to be very prohibitive for parties to pursue claims in arbitration in lower quantum disputes.

To be clear, the arbitration community recognizes these issues and have taken meaningful steps to try and improve the situation. Arbitral institutions have made innovative efforts to design simplified and streamlined procedures for such disputes. For example, the SIAC's 2025 Rules provide for a Streamlined Procedure in disputes below S$1 million, which is very focused in terms of time and costs spent by the parties – it has also introduced a Preliminary Determination mechanism which allows parties to obtain a final and binding, but early determination of any issue in the arbitration, for the purposes of efficiency.[5]

---

[2] See, Goff Lecture 2021, "The Complexification of Disputes in the Digital Age" (Chief Justice Sundaresh Menon, 9 November 2021)

[3] The Current State and Future of International Arbitration: Regional Perspectives (IBA Arb 40 Subcommittee), August 2015 at page 10

[4] *Id* at page 15.

[5] https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2024/06/SIAC-Rules-2025-English-1-Jan-2025.pdf

III. Gen AI can potentially grow the pie in every direction

Notwithstanding the progress that has been made by the arbitration community, I am of the view that Gen AI presents a once-in-a-generation opportunity to address the growing structural issues outlined above. To this end, arbitration can once again be set on a path to become the world's preferred mode of dispute resolution.

A. Streamlining traditional processes in 'conventional' large disputes

Award Development

At its core, the key 'product' that an arbitration process yields is a robust, well-reasoned arbitral award.

This award emerges from a lengthy arbitral process—from the exchange of pleadings/memorials and document disclosure to the hearing itself. This means that the award must be developed from a voluminous amount of material. Finally, there is always the ever-present risk of award enforcement: the Tribunal must be careful to ensure its final decision can withstand the scrutiny of national courts if and when challenged.

The pain points for the Tribunal in this process are straightforward, even if not easy to solve. In drafting a robust award, the Tribunal must have at its command a firm grasp of the facts, key documents and the parties' arguments.

Gen AI is perfectly placed to assist the Tribunal in this regard. Involving AI at the beginning and throughout the process will allow the Tribunal to locate key documents quickly – whether at the award drafting stage or even during the hearing itself. This will also allow more effective questioning of witnesses: the Tribunal will be able to confront uncooperative witnesses with relevant documentary evidence in real-time.

In the near future, I expect that Gen AI will be able to review the documentary record and put together cogent case chronologies, factual summaries as well as a recap of the parties' arguments. This will not only allow the award to be better reasoned, but also serves as a defensive measure against setting-aside applications – the Tribunal will be reminded to address each of the parties' arguments in making its decision.

To this end, Gen AI will also be able to ensure logical consistency in the eventual award. To this end, I suggest implementing 'common standards' such as the ICC Award Checklist to ensure that all salient issues in the award have been incorporated.

Finally, as an ancillary but important feature, Gen AI will also be able to ensure that there are no calculation errors in the quantum aspect of any

dispute. This can be deployed both by counsel / experts, as well as the Tribunal itself.

E-discovery and Document Review

One of the most time-consuming and costly aspects of arbitration is the discovery and document disclosure process, which involves (manual) review of many documents. Gen AI's impact on this issue is direct – it can dramatically streamline this process by identifying relevant documents, flagging key issues, and even summarize complex materials.

Technology in this regard has been progressing rapidly since the advent of modern Gen AI. Currently, parties can reduce a significant amount of 'process friction' through e-discovery tools. In a matter of a few short years, I expect that machine learning will significantly enhance the e-discovery process to the point where lawyers no longer need to wade through the thousands (sometimes millions) of documents in the discovery process.[6]

This not only reduces the time and costs associated with discovery, but also potentially minimizes the risk of human error.

Legal Research and Case Law Analysis

Another aspect of arbitration (and litigation) proceedings that is very laborious in terms of time and costs is legal research. Currently, scores of junior lawyers worldwide trawl legal databases in search of case law that is helpful or harmful to their case, and a significant amount of legal spend is dedicated to getting this right.

Admittedly, Gen AI's progress on this front is presently not at the right level to replace junior lawyers at this task.[7] Gen AI is more negative than positive on this front – often 'hallucinating' legal authorities which, if not checked, can give rise to significant embarrassment and detriment before courts and tribunals.[8]

Nevertheless, I am firmly of the belief that the technology is progressing in the right direction and will eventually mature to the point that Gen AI will be the primary tool used to identify relevant case law, statutes, and legal principles. Just by sheer processing power alone, there is no question that

[6] Vinson and Elkins, "The Development of AI-Driven E-Discovery Tools" (December 12, 2023)

[7] Varun Magesh, Faiz Surani, Matthew Dahl, Mirac Suzgun, Christopher Manning, Daniel Ho, "Hallucination-Free? Assessing the Reliability of Leading AI Legal Research Tools" (Stanford University, 2024)

[8] https://www.americanbar.org/groups/journal/articles/2024/will-generative-ai-ever-fix-its-hallucination-problem/

Gen AI can analyse vast amounts of data better than humans, which can ensure that parties are putting forward the most authoritative and relevant legal authorities for their disputes.

Bias Detection in arbitration proceedings

The many cultures and legal traditions that come together in international arbitration is a celebratory feature of the system, but can also give rise to certain adverse effects. For example, a dispute can be heard by a mixed panel of civil and common law arbitrators, in a legal system that is not necessarily home to all or any of them.

This means that arbitrators will naturally bring some of their own intrinsic cultural biases to the proceedings. This is also true for witnesses, who can hail from all over the world and take their own unique positions during testimony.

Gen AI can play a role in addressing a range of these subjective biases in arbitration proceedings. It can analyse both preliminary Tribunal questioning or decision making to identify inconsistencies or potential biases, which allows the Tribunal to streamline its eventual award with the benefit of this data. This will be very helpful in enhancing the fairness and credibility of the arbitration process.

B. Democratizing Access for Lower Quantum Disputes

I believe that Gen AI can be the most transformative in lower quantum disputes. As mentioned above, the time and costs associated with arbitration can make it prohibitive as an option for dispute resolution in smaller disputes.

However, Gen AI can reduce costs and simplify procedures such that smaller claims can also be resolved in arbitration.

Simplified Arbitration Protocols

Institutions could potentially collaborate to develop arbitration frameworks for lower quantum disputes, which are guided by a heavily simplified question-and-answer protocol that an AI bot could facilitate before the arbitrator's final review.

This would reduce counsel and arbitrator fees significantly, because the amount of work that is needed for such a dispute would be greatly reduced.

AI as Parties' Joint Expert

For technical disputes that are nonetheless of a lower quantum, Gen AI can play the role of the Parties' Joint Expert and provide objective analysis of complex technical matters.

This will be a major cost saving, as parties will not need to engage expert witnesses.

Automated Award Drafting

For smaller, less complex disputes, it is also possible for Gen AI to assist arbitral tribunals by drafting preliminary drafts of awards based on the evidence and arguments that have been presented by the parties.

This would reduce the effort required to produce a final award, which would both enable arbitrators to handle a larger volume of cases, but more importantly bring down the costs for an arbitrator's output in any single case.

IV. Future Challenges

Of course, with great power comes great responsibility. Whilst I believe that Gen AI has the potential to bring about significant benefits for arbitration practice, there are more than a few challenges and ethical considerations that the community should be aware of, and address along the way.

Transparency and Accountability

Because arbitration is private and confidential, transparency in the arbitral process is a crucial feature that must be protected. The introduction of Gen AI into this process "*poses a threat to transparency by potentially obscuring the reasoning behind outcomes*".[9]

As such, if Gen AI is deployed in the arbitral decision making process, special care must be taken to ensure that the decision making process is transparent, such that parties understand how outcomes are determined. As the adage goes: not only must justice be done, it must be seen to be done.

Data Privacy and Security

Confidentiality and privacy has a more direct and tangible aspect in the realm of information protection. Data privacy is already an existing issue in international arbitration; the advent of Gen AI in arbitration proceedings exponentially increases the risk of data breaches.

This is especially pertinent when using publicly available AI tools such as ChatGPT or Deepseek. When this software is used, there is a risk that sensitive information is disclosed or used for separate purposes, contrary to the arbitral process.

[9] Leonora Riesenburg and Arran Dowling-Hussey, 4-5 Gray's Inn Square, "Embracing Artificial Intelligence in International Arbitration: Towards Transparency and Fairness"

V. Conclusion

I believe that Gen AI has the potential to revolutionize international arbitration, by transforming processes in disputes both large and small. When the technology catches up, many of the criticisms around costs and efficiency that are levelled against the current form of international arbitration can be mitigated.

However, the community must take care not to disregard the very real challenges that Gen AI poses. Notwithstanding these issues, I firmly believe that the opportunities presented by the use of Gen AI in arbitration are too great to ignore, and we have an opportunity to firmly cement arbitration's place as the world's preferred mode of dispute resolution for disputes of all types.

ARBITRATOR BIAS AND CONFLICT OF INTEREST KEY INSTITUTIONAL RULES AND KEY BIT/ARBITRATION ACT 1996 DECISIONS FROM 2022 TO 2024

Khawar Qureshi KC,
Head of McNair International*

Abstract:
Review of the Major Institutional Arbitrator Conflict of Interest rules and key decisions 2022-2024 in BIT and English Arbitration Act 1996 based arbitrator challenges.

Key words: *international arbitration, arbitrator bias, arbitrator conflict of interest.*

Аннотация:
Обзор основных институциональных правил по выявлению конфликта интересов арбитров и ключевых арбитражных решений 2022–2024 годов по отводам арбитров на основании двусторонних инвестиционных договоров (BIT) и Закона об арбитраже Англии 1996 года.

Ключевые слова: *международный арбитраж, небеспристрастность арбитра, конфликт интересов.*

* I would like to thank Joseph Dyke and Hirra Tung, Senior Associates at McNair International for assisting in the preparation of this paper

Introduction

In the past 30 years, commercial arbitration has expanded in scope as domestic courts have in some respects been replaced by regional arbitration centres, increasingly competing to attract disputing parties. In the same period, Investment Treaty Disputes have also become more frequent.

Arbitration in all its forms is perceived (rightly or wrongly) as enhancing party autonomy (freedom to choose the seat, applicable institutional rules and arbitral tribunal), as well as promoting finality (avoiding the appellate processes in domestic Courts which should be restricted to supervising and supporting the arbitral process).

However, the very fact that the decision makers namely the arbitrators are appointed by the parties, and are often practising lawyers or retired Judges who seek to make a career from sitting as arbitrators, gives rise to the potential (at least) for concerns. Repeat appointments, being seen as "pro-Claimant" or "pro-Respondent" (especially in the context of Investment Treaty arbitrations) might create the impression that an appointed arbitrator has an implicit interest in the outcome which is supportive of the appointing party, or perhaps even worse, an interest in avoiding taking difficult decisions – in the hope of not jeopardising any future appointments.

Of course, domestic legal systems all reserve for themselves the "final say" in giving effect to an arbitral award, albeit the most popular arbitral seats such as London operate within a very tightly circumscribed legal framework which limits the role of the Judge – justifiably, it is said by advocates of arbitration.

Nevertheless, despite almost all arbitral institutional rules requiring that arbitrators act "fairly", are "independent and impartial" and disclose any facts or matters which might objectively give rise to justifiable doubts in this regard, the increasing suspicion of the arbitral process as benefitting the most sophisticated and aggressive parties, taken together with weakening of trust in institutions and (as Professor Pellet explained in his 2024 McNair Lecture) the "Americanisation" of the arbitral process, have led to a proliferation of challenges against arbitrators on grounds of actual, apparent or unconscious bias as well as conflict of interest.

Whilst most challenges fail (far fewer than 10% of challenges succeed), there is an increasing emphasis amongst arbitral institutions that arbitrators must always err on the side of caution – always disclose promptly and avoid creating a perception of conflict of interest. Over the past five years, the message does seem to be resonating, albeit that in Investment Treaty arbitra-

tion, where State conduct is being examined and could lead to enforceable awards of billions of dollars, States are increasingly reticent in engaging with the process.

This paper has assembled Institutional Rules relating to arbitrator bias/conflict of interest as well as key decisions from the Courts of England & Wales under the Arbitration Act 1996 since 2022 concerning arbitrator challenges, together with BIT decisions during the same period. In addition, the LCIA recently published 24 (anonymised) decisions taken since 2017 concerning arbitrator challenges (of which only two challenges were upheld). These are extracted in the schedule below.

Of particular note in the context of Investment Treaty arbitration is the manner in which the views expressed by arbitrators which are in the public domain (mainly in academic articles, webinars, previous decisions) are providing the springboard for challenges. Such challenges are even less successful than commercial arbitration related challenges where of course, the issues are very fact sensitive and previous decisions are rarely available.

What emerges from a review of the decisions is in essence as follows;

• Independence and Impartiality are interpreted uniformly as requiring a lack of connection/being open minded

• The presence of bias (actual/apparent/unconscious) requires objective proof – comments made, behaviour displayed

• Conflict of interest will be manifest whenever independence and impartiality can be justifiably doubted

• Arbitrators must disclose factors prior to, and promptly during their appointment which might give rise to such doubts

• Challenges must always be brought promptly, courteously and only after very careful consideration –a failed challenge is unlikely to engender positive sentiment in any arbitrator

• Serious concerns persist as to "repeat" appointments, other factors which are "inadvertently" omitted and cannot be discovered with reasonable diligence. The only solution is for arbitrators to always disclose – even if that means "over disclose"

Arbitration as a process outside the parameters of State control is a vital means for resolution of the dispute process. The very fact that there is a proliferation of regional arbitral centres reflects this need. However, it must command the trust and confidence of its users. This is even more important in the Investment Treaty context where issues as to arbitrator bias are said to be of increasing concern.

I. Applicable Rules on Conflict of Interest and Impartiality

A. ICSID Convention Regulations and Rules 1965

1. Article 14(1) (The Panels) states:

"*Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators*."

2. Article 57 (Replacement and Disqualification of Conciliators and Arbitrators) states:

"*A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV*."

B. PCA Arbitration Rules 2012

3. Article 11 (Disclosures by and challenge of arbitrators) states:

"*When a person is approached in connection with his or her possible appointment as an arbitrator, he or she shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality or independence. An arbitrator, from the time of his or her appointment and throughout the arbitral proceedings, shall without delay disclose any such circumstances to the parties and the other arbitrators unless they have already been informed by him or her of these circumstances*."

4. Article 12(1) (Disclosures by and challenge of arbitrators) states:

"*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence*."

C. ICC Arbitration Rules 2021

5. Article 11(1) (General Provisions) states:

"*Every arbitrator must be and remain impartial and independent of the parties involved in the arbitration*."

6. Article 14(1) (Challenge of Arbitrators) states:

"*A challenge of an arbitrator, whether for an alleged lack of impartiality or independence, or otherwise, shall be made by the submission to the Secretariat of a written statement specifying the facts and circumstances on which the challenge is based*."

D. LCIA Arbitration Rules 2020

7. Article 5.3 (Formation of Arbitral Tribunal) states:

"*All arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act in the arbitration as advocate for or authorised representative of any party. No arbitrator shall give advice to any party on the parties' dispute or the conduct or outcome of the arbitration*."

8. Article 10.2 (Revocation and Challenges) states:

"*The LCIA Court may determine that an arbitrator is unfit to act under Article 10.1 if that arbitrator: (i) acts in deliberate violation of the Arbitration Agreement; (ii)* ***does not act fairly or impartially as between the parties****; or (iii) does not conduct or participate in the arbitration with reasonable efficiency, diligence and industry*."

E. SIAC Arbitration Rules 2016

9. Article 13(1) (Qualifications of Arbitrators) states:

"*Any arbitrator appointed in an arbitration under these Rules, whether or not nominated by the parties, shall be and remain at all times independent and impartial*."

10. Article 14(1) (Challenge of Arbitrators) states:

"*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence or if the arbitrator does not possess any requisite qualification on which the parties have agreed*."

F. HKIAC Administered Arbitration Rules 2024

11. Article 11.1 (Qualifications and Challenge of the Arbitral Tribunal) states:

"*An arbitral tribunal confirmed under these Rules shall be and remain at all times impartial and independent of the parties*."

12. Article 11.6 (Qualifications and Challenge of the Arbitral Tribunal) states:

"*Any arbitrator may be challenged if circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, or if the arbitrator does not possess qualifications agreed by the parties, or if the arbitrator becomes de jure or de facto unable to perform his or her functions or for other reasons fails to act without undue delay. A party may challenge the arbitrator designated by it or in whose appointment it has participated only for reasons of which it becomes aware after the designation has been made*."

G. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2014

13. General Principle 1 states:

"*Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated*."

14. General Standard 2 deals with conflicts of interest and states:

"*An arbitrator shall decline to accept an appointment or, if the arbitration has already been commenced, refuse to continue to act as an arbitra-*

tor, if he or she has any doubt as to his or her ability to be impartial or independent."

15. Part II of the Guidelines deals with the practical application of the general standards and provides a traffic light system:

(a) Red list items, being situations where there is clearly a conflict. This is divided further into 'Red Non-waivable' situations which result in automatic disqualification of the arbitrator, and 'Red Waivable' situations which require notification of the parties and their express consent to be given (i.e., a specific waiver provided) for the arbitrator to act.

(b) Orange list items, being situations which 'in the eyes of the parties give[s] rise to doubts as to the arbitrator's impartiality and independence'. These require notification of the parties and an invitation to the parties to make an informed decision whether to request that the arbitrator be disqualified on the basis that there is an objective, justifiable doubt as to an arbitrator's impartiality and/or independence.

(c) Green list items, being situations 'where no appearance of, and no actual, conflict exists from an objective point of view'. No obligation to disclose arises or a limit to disclosure applies based on reasonableness.

H. Russian Arbitration Centre Arbitration Rules 2021

16. Article 14(5) (Arbitrators and the Arbitral Tribunal) states:

"*The arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent while performing their duties. The arbitrators undertake to immediately inform the Parties and the RAC of any circumstances arising in the course of the arbitration that, from the viewpoint of a reasonable informed person, could raise doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, with a detailed description of such circumstances*."

17. Article 19(1) (Challenge of Arbitrators) states:

"*An arbitrator may be challenged only if there are circumstances that give rise to any justifiable doubts as to the arbitrator's impartiality or independence, or if the arbitrator does not meet other requirements set out in the arbitration agreement, the Arbitration Rules or the applicable law*."

I. English Arbitration Act 1996

18. Section 24(1) (Power of court to remove arbitrator) states:

"A party to arbitral proceedings may (upon notice to the other parties, to the arbitrator concerned and to any other arbitrator) apply to the court to remove an arbitrator on any of the following grounds –
(a) ***that circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to his impartiality****;*
(b) that he does not possess the qualifications required by the arbitration agreement;
(c) that he is physically or mentally incapable of conducting the proceedings or there are justifiable doubts as to his capacity to do so;
(d) that he has refused or failed –
(i) properly to conduct the proceedings, or
(ii) to use all reasonable despatch in conducting the proceedings or making an award, and that substantial injustice has been or will be caused to the applicant".

19. Section 33(1) (General duty of the tribunal) contains the general duty of the tribunal to "*act fairly and impartially as between the parties*".

II. Cases involving arbitrator challenges due to conflict of interest / impartiality between 2022–2024

No.	CASE NAME / DATE	JUDGE(S) / TRIBUNAL	ISSUE(S) / AA 1996 SECTIONS CITED	SUMMARY
A. 2022				
(i) BIT				
1.	*LCIA Decision rendered on 22 January 2022 (party and arbitrator names are redacted)*	Not available	Disqualification	The challenge related to certain procedural decisions by the Sole Arbitrator which the Respondents argued gave rise to justifiable doubts as to the Sole Arbitrator's impartiality. The LCIA Court examined English law (the law of the seat) as well as the LCIA Rules and considered relevant the IBA Conflicts Guidelines. The LCIA Court rejected the challenge. The court noted that tribunals have wide discretion under the LCIA Rules with regard to procedural decisions. A tribunal will not lack fairness, impartiality, or independence simply because a party is dissatisfied with their procedural decision(s). None of the following circumstances, individually or in the aggregate, gave rise to justifiable doubts as to the Sole Arbitrator's impartiality: (i) seeking a Party's confirmation that a document contains no privileged material before the Sole Arbitrator proceeds to read the document; (ii) directing Parties to refrain from sending further correspondence that the Sole Arbitrator finds unhelpful and serving only to increase costs unnecessarily; (iii) requesting that one Party prepare a draft statement of agreed facts and list of issues, where the Sole Arbitrator gave the other Party fair opportunity to participate in finalising the text of the drafts; (iv) deferring the decision of a dispute regarding one Party's representation and accepting submissions from the disputed representative while the representation dispute was pending; and (v) refusing to accept an ex parte communication. The court noted that the Sole Arbitrator's decisions were reasonable and justified and would not meet the legal test for partiality.

2.	*Einarsson and others v Government of Canada* (ICSID Case No.UNCT/20/6) (Decision on Claimants' Motion to Disqualify Counsel, 24 February 2022)	Carita Wallgren-Lindholm (President); Trey Gowdy; Toby Landau KC	Decision to disqualify government legal counsel over fear that she received confidential information about the case during her former work for a litigation funder.	The treaty claim was brought pursuant to NAFTA. The dispute related to Canada allegedly violating NAFTA by disclosing to third parties portions of copyrighted seismic data. This decision related to an application by the claimants to disqualify one of Canada's in-house legal counsel on the ground that she had been working with third party funder, Vannin Capital, with which the claimants had been discussing funding arrangements for their NAFTA claim since late 2018. In August 2019, Canada removed Ms. Dosman from the case and enacted an ethical screen. However, in September of 2019, the Trade Law Bureau informed the claimants' counsel that it had determined that no conflict of interest existed. In late 2020, Canada's Federal Court declined the claimants' request for Ms. Dosman's disqualification, ruling that the matter should be left in the hands of the tribunal. By its decision, the Tribunal found a risk that Ms. Dosman may recall details about the claimants' case to which she was exposed through Vannin's internal meetings and memos. Accordingly, the Tribunal invoked the principle of equal treatment of the parties in accordance with reciprocity and due process (as enshrined in NAFTA Article 1115 and UNCITRAL Rule 15(1) and ordered Ms. Dosman to be permanently removed from acting for Canada. The Tribunal observed that this would not affect Canada's right to counsel of its choice in any serious manner.
3.	*LCIA Decision rendered on 7 March 2022 (party and arbitrator names are redacted)*	Not available	Disqualification	The challenge related to certain procedural decisions and statements by the Sole Arbitrator which the Respondent argued called into question the Sole Arbitrator's impartiality. The LCIA Court: (i) considered the challenge on the basis of the UNCITRAL Rules, together with the English Arbitration Act; (ii) did not consider that the laws of a recognition or enforcement jurisdiction applied to the determination of the challenge; and (iii) considered that the IBA Conflicts Guidelines were not applicable law but soft law guidance and were therefore not binding on the determination of the challenge. In any event, the standard set out in the IBA Conflicts Guidelines is consistent with the legal standard under English law. The LCIA Court rejected the challenge.

				The Sole Arbitrator's decision to condition the hearing's adjournment on payment by the Respondent of security for wasted costs, and the short timeframe for making payment, did not show lack of impartiality or independence in circumstances where the Respondent sought adjournment of the hearing and the Sole Arbitrator ascertained that the Respondent had funds to pay the amount sought. The Sole Arbitrator's determination that the Respondent would be liable for the costs wasted as a result of the adjournment of the hearing requested by the Respondent did not evidence bias by the Sole Arbitrator. The language and tone used by the Sole Arbitrator did not reveal bias against the Respondent. While the Sole Arbitrator's tone of voice at the hearing was firm, it was consistently so with both Parties. A pattern of non-verbal and non-written communication expressing animus towards a party may give rise to justifiable doubts as to the impartiality or independence of an arbitrator, but not a one-off communication. The Sole Arbitrator's reference at the hearing that both the Sole Arbitrator and the Claimant's counsel were "silks" [i.e., Queen's Counsel or QC (now King's Counsel or KC)], which the Respondent argued created a "*proximity*" with the Claimant at the expense of the Respondent, did not give rise to justifiable doubts as to the Sole Arbitrator's impartiality or independence. The Sole Arbitrator actually used the knowledge and experience of work as a QC to discount the amount claimed by the Claimant as wasted costs – a decision in the Respondent's favour. The Sole Arbitrator's comments suggesting improper motives by the Respondent in bringing the challenge, while ill-advised, were not sufficient to show bias. The fact that the Sole Arbitrator sought the Parties' views on potential conditions to the adjournment of the hearing is not a "pre-determination" of any issue nor gives rise to justifiable doubts as to impartiality or independence. Nor did seeking such views prior to receiving a formal application from the Claimant create the appearance of bias, particularly in light of the last-minute request by the Respondent to postpone the hearing.

				The Sole Arbitrator's comments at the hearing on the state of the law, including a reference to the "*significant legal impediments*" to the Respondent's case, could have been more restrained, but did not amount to bias or pre-determination of any issues. The Sole Arbitrator's procedural directions were not "*overly harsh*" towards the Respondent such as would give rise to justifiable doubts as to impartiality or independence. The purpose of a challenge decision is not for the LCIA Court to second-guess an arbitrator's approach to procedural issues or to review the merits or the legal basis of an arbitrator's procedural decisions. Taken as a whole, the circumstances in the case did not give rise to justifiable doubts as to the impartiality or independence of the Sole Arbitrator.
4.	*AES Corporation v Argentine Republic* (ICSID Case No.ARB/02/17) (Decision on the Respondent's Proposal to Disqualify All Members of the Tribunal, 6 April 2022)	David Malpass (as Chair of the ICSID Administrative Council)	Decision by ICSID Administrative Council to dismiss Argentina's attempt to disqualifying an entire tribunal for procedural reasons.	The treaty claim was brought pursuant to the Argentina-USA BIT pertaining to measures enacted by Argentina in its financial crisis in the 2000s. The long-running treaty dispute was reactivated in 2019 after the proceedings had been suspended (since 2006) at the parties' consent. Following written submissions on the merits, Argentina argued in July 2021 in favour of an in-person hearing and asked the Tribunal to move the hearing (which was originally planned for November 2021) to 2022 on account of the COVID-19 pandemic. AES objected to this proposal. After briefly envisioning holding two distinct hearing (for merits and quantum), the Tribunal ultimately decided that a single hearing would be held virtually between 9 November and 18 November 2021. The Tribunal dismissed Argentina's request for reconsideration of this decision. Argentina thus applied to disqualify the entire Tribunal, which has once again led to a suspension of the proceedings. In Argentina's view, the Tribunal's decision created an obvious appearance of lack of independence and impartiality. David Malpass of ICSID rejected Argentina's disqualification application. Without entering into the details of Argentina's due process complaints, Mr. Malpass emphasized the findings in Abaclat v. Argentina and Landesbank v. Spain that the mere existence of adverse procedural rulings was insufficient to ground a disqualification proposal.

				Mr. Malpass also rejected Argentina's request that he obtain a recommendation on the challenge from a third party (e.g., the UNCITRAL Secretariat), considering that Mr. Malpass himself had nominated the Tribunal chair. In his view, ICSID Convention Article 58 conferred him with exclusive power to decide on the matter, in the absence of any "exceptional" circumstances.
5.	*Misen Energy AB (PUBL) and Misen Enterprises AB v Ukraine* (ICSID Case No.ARB/21/15) (Decision on the Respondent's Proposal to Disqualify Stanimir Alexandrov, 15 April 2022)	David Malpass (as Chair of the ICSID Administrative Council)	Decision rejecting the respondent's proposal to disqualify an arbitrator for failing to disclose and/or withholding relevant information regarding his appointments.	The treaty claim was brought pursuant to the Sweden-Ukraine BIT. The proceedings were paused to resolve the respondent's application to disqualify Mr. Alexandrov as an arbitrator on the Tribunal. According to Ukraine, Mr. Alexandrov (i) failed to disclose relevant information regarding other cases that involved the quantum expert who had been engaged by the claimants; (ii) made disclosures in a piecemeal manner; and (iii) withheld relevant information. Notably, after receiving written submissions on the parties and Mr. Alexandrov himself, the co-arbitrators were unable to reach a decision on the respondent's disqualification proposal. Hence, the matter had to be resolved by Mr. Malpass as Chair of the ICSID Administrative Council. Recalling the legal standard for finding cause to disqualify an arbitrator, Mr. Malpass held that it was sufficient for Ukraine to establish the appearance of dependence or bias (even without proof of actual dependence). Applying this standard to Ukraine's three grounds for disqualification, Mr. Malpass held that the first ground (i.e., failure to disclose information upon appointment) had not been invoked promptly insofar as 69 days had elapsed before Ukraine ultimately filed for disqualification, such that it was inadmissible. Mr. Malpass rejected the remaining two grounds for disqualification (i.e., piecemeal disclosure and withholding relevant information) on the merits. On the facts at hand, Mr. Malpass saw no "information that Dr. Alexandrov has not disclosed to the parties that could manifestly influence Dr. Alexandrov's ability to exercise independent judgment". To the extent Ukraine feared Mr. Alexandrov had withheld such information, Mr. Malpass opined that this was mere speculation. Accordingly, the proceedings have now resumed.

6.	*Orazul International España Holdings SL v Argentine Republic* (ICSID Case No.ARB/19/25) (Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Inka Hanefeld, 11 September 2022)	David Haigh KC; Alain Pellet	Decision dismissing a challenge to the chair arbitrator mid-hearing.	The treaty claim was brought pursuant to the Spain-Argentina BIT. The underlying dispute related to Argentina's measures to reduce the remuneration for electricity produced by renewable energy producers, including the claimant. During the hearing on jurisdiction and merits, the claimant raised a mid-hearing challenge against the tribunal chair, Inka Hanefeld. The challenge was resolved by the remaining two arbitrators within the space of two days, thus allowing the hearing to continue. The challenge was based on Ms Hanefeld's (i) failure to disclose that she sat on the Green Power v. Spain tribunal together with the respondent's legal expert, Jorge Vinuales; and (ii) questioning and general conduct during the hearing. As regards the latter, the claimant gave the following examples: allowing Mr. Vinuales to testify during the hearing despite the fact that the claimant's legal expert, Christoph Schreuer, was unable to attend the hearing since he was "suffering from serious COVID-19 aftereffects"; allegedly asking leading questions during the hearing; questioning the claimant's preparation of its witnesses; and directing the claimant to provide a list of complaints filed by another company (Cerros Colorados) against the contested measures. The co-arbitrators invited comments from both parties and Ms. Hanefeld, recalling that the standard applicable to the disqualification proposal derived from ICSID Articles 57 and 14. Applying that standard to the facts, the co-arbitrators observed that it would have been advisable for Dr. Hanefeld to have disclosed the fact that she was sitting with Mr. Vinuales on the Green Power tribunal when the claimant was proposing to call Mr. Vinuales for cross-examination during the Orazul hearing. Indeed, for the co-arbitrators, any "doubt in that regard should have been resolved in favour of transparency". Yet, the co-arbitrators also noted that both parties acknowledged that they had become aware of the Green Power award in late June, or at the latest in early July 2022. At that time, however, neither party reacted – either by making additional disclosures, or by filing an arbitrator challenge. The co-arbitrators thus found that the "failure to disclose was fully mitigated" by the fact that neither party had considered this to be an issue at the time. Accordingly, Ms. Hanefeld's lack of disclosure did not warrant her disqualification.

				As regards her conduct during the hearing, the co-arbitrators did not find that the examples of improper conduct gave rise to an appearance of bias or prejudgement on Ms. Hanefeld's part.
7.	*ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV v Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No.ARB/07/30) (Decision on Proposal for Disqualification of Judge Hascher and Professor Arroyo, 16 and d27 September 2022)	David Malpass (as Chair of the ICSID Administrative Council)	Decision, based on a recommendation from a Canadian Supreme Court justice, rejecting the state's proposal to disqualify two ad hoc committee members after the resignation of the first committee member.	The original treaty claim was brought pursuant to the Netherlands-Venezuela BIT. An award of over US$8 billion was rendered against Venezuela, which it sought to annul. One of the ad hoc committee members, Kap-You Kim, had previously resigned because of his collaboration with the claimant's counsel on an unrelated matter. Venezuela subsequently sought to disqualify the two co-committee members on the grounds that they had been tainted by Mr Kim's "deplorable conduct". Prior to rendering his decision on the disqualification proposal, the ICSID Administrative Chair sought a recommendation from Mr Binnie (a Canadian Supreme Court Justice). Mr. Binnie recommended against accepting Venezuela's challenge, finding that Venezuela's allegations against the remaining committee members were devoid of factual foundations. Accordingly, the ICSID Administrative Chair proceeded to decline Venezuela's challenge. His decision is brief, such that it is relevant to review the reasoning of Mr. Binnie's recommendation. In particular, Mr. Binnie found that the circumstances evinced no fact that would justify the disqualification. Mr. Binnie was doubtful that committee members could be disqualified on allegations that they had been "corrupted" by "'past' exposure to the views (whatever they might be) of [a] departing member", since this would set the stage for a disqualification of the full tribunal every time an arbitrator resigns or is disqualified. Moreover, Venezuela had provided no evidence that the departing committee member had breached a duty of confidentiality by disclosing the committee's views to the claimant's counsel. There was also no evidence to suggest that the remaining committee members were unable to perform their duties. Accordingly, the annulment would proceed with the two committee members together with Mr. Kim's replacement, Lawrence Boo.

8.	*Deutsche Lufthansa AG v Bolivarian Republic of Venezuela* (PCA Case No.2022-03) (Decision on the Challenge to Wolfgang Peter, 10 October 2022)	Marcin Czepelak (as Secretary-General of the Permanent Court of Arbitration)	Decision to disqualify an arbitrator because of his professional connections with an arbitrator on a similar case.	The treaty claim was brought pursuant to the Germany-Venezuela BIT concerning Venezuela's treatment of the airline's income from operations in Venezuela. At the outset of proceedings, Venezuela sought to challenge the claimant-appointed arbitrator, Wolfgang Peter, from the Tribunal because his colleague at the law firm Peter & Kim, Pierre Tercier, had chaired a substantially similar treaty arbitration (Air Canada v. Venezuela). Moreover, Mr. Peter's other Peter & Kim colleague, Kap-You Kim, chaired the ad hoc committee in ConocoPhillips v. Venezuela before resigning (see row 48). In Venezuela's view, these professional connections could call into doubt Mr. Peter's independence and impartiality. The challenge was considered by the PCA's Secretary General (the PCA being the arbitral appointing authority). The Secretary General observed that an arbitrator's independence and impartiality "may be affected by the activities of other members of his [law] firm." The Secretary General further observed that the parallels between Lufthansa and Air Canada's disputes with Venezuela were evident, both involving foreign airlines that allegedly suffered issues in converting and repatriating "large amounts of income from their operations in Venezuela", and both alleging breaches of the same standards of protection (FET, expropriation, etc). In this context, the Secretary General accepted that "the selection of [Mr. Tercier's] law firm colleague to serve on this tribunal would appear as more than a coincidence to a reasonable and informed third party." Such third party might perceive that the appointment was predicated on the influence of Mr. Tercier's previous decision, or by the fact that Mr. Peter "would potentially have to call into question the judgment of a close colleague in order to come to a different result on a substantially similar factual and legal pattern." The challenge was therefore upheld, such that the claimant would have to appoint a new arbitrator.

9.	*Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/15/28) (Revision proceedings) (Decision on proposal to disqualify Dr. Charles Poncet) (1 December 2022)	Mr. Robert Anderson KC, Mr. Grant Hanessian	Disqualification	On April 22, 2022, the Republic of Albania filed an Application for Revision of the Award rendered on April 24, 2019, in Hydro S.r.l. and others v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/15/28). Dr. Charles Poncet confirmed his willingness to take part in the revision of the award, but Dr. Pryles and Mr. Glick had confirmed that they declined to participate in the revision proceedings. ICSID therefore invited the parties to constitute a new Tribunal. Mr. Robert Anderson KC and Mr. Grant Hanessian were appointed, and the Tribunal constituted. On October 18, 2022, following constitution of the Tribunal, the Respondent filed a Proposal for Disqualification of Dr. Poncet pursuant to Article 57 of the ICSID Convention, on the basis that the ICSID Arbitration Rules precluded the appointment of Dr. Poncet in the revision proceedings as he had previously sat as arbitrator in the proceedings as a member of the original Tribunal which had handed down the award. The Respondent did not argue that Dr. Poncet lacked independence or impartiality under Article 14(1) of the ICSID Convention, or question or "cast doubt on Dr Poncet's character or competence." The unchallenged arbitrators dismissed the challenge. They did not agree that ICSID Arbitration Rule 1(4) prohibited a partial reconstitution of a revision panel, and indeed in previous interpretation cases, original tribunals had been partially reconstituted.
10.	*Optima Ventures LLC, Optima 7171 LLC and Optima 55 Public Square LLC v. United States of America,* ICSID Case No. ARB/21/11 (20 December 2022) (Decision on the Claimant's proposal to disqualify Mr. M. as arbitrator)		Disqualification	The claimants sought to disqualify arbitrator Mr. M. pursuant to Articles 14 (1) and 57 of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rule 9, on account that he manifestly lacked the impartiality and independence required to serve as an arbitrator due to his prior and current employment relationship with the US, his stance on the interplay between customary international law and US domestic law, his alleged access to confidential information concerning individuals with interests in this case and his acquiescence to practices contrary to international law. The Chair noted that there was nothing in the ICSID Convention that restricted the appointment as arbitrators of individuals who have served in government. The arbitrator's past employment concluded more than 12 years ago and did not by itself evidence a lack of impartiality or independence. However, the arbitrator's current employment with the US government did create the manifest appearance that the arbitrator lacked impartiality.

				With regards to the arbitrator's stance on the interplay between customary international law and US domestic law, expressed in lectures and articles whilst he was employed by the US government, the Chair concluded "*the fact that Mr. M. espoused certain views as an advocate, acting on behalf of a client (in this case, the US Government), does not lead to the conclusion that he would not approach the matters in dispute in this case with an open mind. Likewise, these general statements made by Mr. M. in academic fora would not lead an objective observer to conclude that he is manifestly unreliable to exercise impartial judgement in the present case*". The Chair concluded that the allegation that the arbitrator may have obtained confidential information about the claimants was not supported by the record. The Chair upheld the proposal to disqualify the arbitrator on the basis of his current employment with the US government and dismissed the challenge on all other grounds.
(ii) Arbitration Act 1996				
11.	*Gunga Shipping Co NV v Sonangol Shipping Angola (Luanda) Limitada* [2022] EWHC 1372 (Comm) (13 May 2022)	Butcher J		In a LMAA arbitration, the claimant appointed an arbitrator. The defendant contacted a former New York judge to enquire whether he would be willing to act as arbitrator. He communicated his understanding that the fees he could charge were less than his firm's charge out rate and that he could not participate further. The claimant purported to appoint its arbitrator as sole arbitrator. The defendant refused to accept that and appointed a replacement arbitrator. The defendant also asked the claimant's arbitrator for disclosure of how many times he had been appointed by the claimant's solicitors in the previous 10 years (and subsequently asked him to resign on grounds of bias). The claimant sought disclosure of all communications between the defendant/its representatives and its first nominated arbitrator and (separately) with its second nominated arbitrator. The Commercial Court allowed the disclosure application in part. Applying the guidance of Popplewell J in *P v Q* [2017] EWHC 148 (Comm), Butcher J held that the communications with the first nominated arbitrator were not strictly necessary for the determination of whether he had been validly appointed by the relevant date. However, Butcher J ordered that certain of those

				communications should be reviewed by an English solicitor with a view to determining whether they were relevant to the issue of whether there had been an appointment by 5 January 2022. As to the second nominated arbitrator, the documents sought were not relevant to the defendant's application under Section 79 AA1996 for an extension of time for the appointment of an arbitrator. Butcher J dismissed that part of the application.
12.	*EGF v HVF and Ors* [2022] EWHC 2470 (Comm) (16 September 2022)	Andrew Baker J	24, 30, 33, 39, 41, 58, 67, 68, 69, 73	The defendants commenced arbitrations in respect of an alleged underpayment under three separate but related commercial contracts. The three arbitrations were consolidated. The defendants contended that US$300 million of its US$400 million claim related to an undisputed debt and they applied to the tribunal for a partial award for that amount, or alternatively an interim payment order under Section 39 AA1996 and Article 26 of the UNCITRAL Arbitration Rules. Pursuant to Article 34 of the UNCITRAL Arbitration Rules, the tribunal ordered the claimant to make an interim payment of US$250 million. The claimant commenced English proceedings seeking the removal of the tribunal and the set aside of the interim payment order on the grounds of justifiable doubts as to impartiality created by the tribunal's admission of two late witness statements from the defendants without opportunity for cross-examination. The claimant also sought to challenge the interim payment order under Sections 67-68 AA1996. The Commercial Court dismissed the claims. A very late allegation had emerged that there had been dishonesty on the part of D1 concerning disclosure in the arbitration. The tribunal's ruling showed their view that it was fair to allow the new allegation to be pursued if the defendants could ask the arbitrators to consider the short responsive witness statements, and that cross-examination was not required for the claimant to have a fair opportunity to pursue any contention that the responsive evidence should be discounted. That was within the broad range of case management solutions an impartial tribunal might consider. It did not give rise to a reasonable suspicion of bias.

				The challenge to the interim payment order under Section 67 AA1996 failed because the arbitrators had been duly appointed pursuant to valid arbitration agreements and the interim payment order dealt with a matter specifically submitted to them. The challenge to the interim payment order under Section 68(2)(b) AA1996 had failed to advance any arguable case of substantial injustice. Article 26 of the UNCITRAL Arbitration Rules conferred a power to order provision payment on account of a money claim, subject to adjustment in any final award. Section 39(1) AA1996 allowed the parties to confer a power to order on a provisional basis any relief that a tribunal might have power to grant in a final award. Article 34 of the UNCITRAL Arbitration Rules did not contemplate, and was inconsistent with, the idea that an award could grant substantive relief which was provisional or interim in nature. The arbitrators had exceeded their powers by making an award for a merely interim remedy, but they were empowered under Article 26 of the UNCITRAL Arbitration Rules to order payment on account of a money claim by way of an interim remedy.
B. 2023				
(i) BIT				
13.	*Pildegovics and Anor v Norway* (ICSID Case No.ARB/20/11) (Procedural Order 9 – Application Regarding Alleged Conflict of Interests) (23 February 2023)	Sir Christopher Greenwood KC (President); L. Yves Fortier KC; Professor Donald McRae	Disqualification	Case under the Latvia-Norway BIT (1992). The dispute concerns the claimants' involvement in a snow crab harvesting enterprise, their ownership of shares in the Norwegian company Sea & Coast AS, and their supply agreements with Seagourmet Norway AS. The Claimants allege that governmental authorities inappropriately interfered with their snow crab harvesting operations. This interference, they argue, occurred in the Barents Sea Loophole and the maritime zones around the Svalbard archipelago. The claimants cite specific actions by the authorities, including the arrest of one of their vessels, the initiation of criminal proceedings, and the imposition of fines and penalties. These actions, they assert, forced them to cease their snow crab harvesting activities in the disputed areas. Claimants, raised concerns about potential conflicts of interest with the law firms Wikborg Rein and Glimstedt, and the accounting firm KPMG AS, all of which had previous engagements with Norway.

				Firstly, the Tribunal noted that its authority, derived from the ICSID Convention and Arbitration Rules, and highlighted that the BIT between Latvia and Norway, does not make express provision for addressing potential conflicts of interest. However, Article 44 of the ICSID Convention and ICSID Arbitration Rules 19 and 39 give the Tribunal broad powers to regulate matters affecting the integrity of the proceedings. Based on its analysis under ICSID Arbitration Rule 19, the Tribunal found no action necessary against Glimstedt after Norway confirmed its disassociation with the firm in this dispute. Further, the Tribunal did not find sufficient grounds to exclude Wikborg Rein, despite its past representation of UAB Arctic Fishing. Finally, the Tribunal identified a clear conflict of interest with KPMG AS under ICSID Arbitration Rule 19 due to its prior work for North Star, leading to the exclusion of KPMG AS and related entities from advising Norway. Other procedural matters, such as potential future disclosure of documents by KPMG and Wikborg Rein, were considered under ICSID Arbitration Rules 19 and 39, ensuring impartiality in the Tribunal's future decisions on jurisdiction, merits, or costs. The Tribunal concluded no action against Glimstedt, denied the request to exclude Wikborg Rein, but granted the exclusion of KPMG AS and related entities from advising Norway, as per ICSID Arbitration Rules 19 and 39.
14.	*VC Holding II Sarl and Ors v Italy* (ICSID Case No.ARB/16/39) (Decision on the Proposal for the Disqualification of Charles Poncet) (21 April 2023)	Klaus Reichert SC (President); Brigitte Stern	Disqualification	Case under the ECT (1994). Unchallenged arbitrators dismiss the Proposal of the Respondent to disqualify Prof. Charles Poncet. The case concerns investments made in photovoltaic (solar) power plants. The dispute arose due to a series of governmental decrees that reduced tariff incentives for certain solar power projects. These decrees have seemingly impacted the financial viability or profitability of these investments, leading to claims by the investors against Italy. The contention centres on the government's decision to cut tariff incentives, which were likely crucial in the original investment decisions and calculations for these solar power projects. The Respondent, Italy, seeks the disqualification of arbitrator Dr. Poncet, citing a lack of high moral character and impartiality based on his past criminal conviction in Italy, which was annulled due to prescription. Italy argues that Dr. Poncet's failure to disclose these past incidents indicates an inability to

				exercise independent judgment. The Claimants, however, contend that the disqualification proposal is untimely and waived under ICSID Rules, arguing that Dr. Poncet's past cases, which were dismissed, were known or readily knowable, and thus did not necessitate disclosure. Dr. Poncet defends his impartiality and independence, detailing his past legal entanglements and the eventual clearing of his name, suggesting that the challenge to his position is unjustified. The tribunal rejects the proposal to disqualify arbitrator Charles Poncet, addressing two main issues: his alleged lack of high moral character and failure to disclose past legal issues. They recognize Poncet's previous conviction in Italy, which was subsequently annulled by the Corte Suprema di Cassazione, effectively clearing his criminal record. The tribunal determines that this annulment, coupled with the significant time gap between the annulment and Poncet's appointment, negates any claim of a lack of high moral character or a failure to disclose relevant information. Additionally, the tribunal dismisses subsidiary concerns regarding Poncet's professional conduct and reactions to the disqualification proposal, finding no substantial evidence to support his removal or to question his integrity.
15.	*Zeph Investments Pte Ltd v Australia* (PCA Case No.AA917) (Decision on the Challenge to Charles Poncet) (26 September 2023)	Marcin Czepelak	Disqualification	The underlying dispute is brought against Australia by a Singapore-based company over a 2001 mining agreement between Western Australia and several Zeph subsidiaries. The Respondent challenges Dr. Poncet's suitability as an arbitrator primarily due to his 1996 conviction for "personal aiding and abetting and false testimony" in a case against Mr. Marco Ceruti. Although the conviction was initially upheld by the Court of Appeal of Milan, it was later overturned by the Italian Supreme Court of Cassation in 1999 due to the expiration of the statute of limitations. The Respondent argues that, considering these circumstances, Dr. Poncet does not meet the necessary qualifications to serve as an arbitrator in this dispute, including the requirements outlined in Article 12(1) of the UNCITRAL Rules. The investigation into Dr. Poncet's suitability under Article 12(1) of the UNCITRAL Rules focuses on whether there are reasonable doubts about his independence or impartiality. The key concerns in this case relate to Dr. Poncet's reported

				actions up to 1991, rather than subsequent legal processes in Italy, which don't independently impact his ability to act impartially as an arbitrator. The judgments from Italian courts are significant evidence, as they are the only available record of Dr. Poncet's alleged actions. However, caution is necessary in evaluating this evidence since the original materials presented in the Italian courts are not directly available; instead, there is reliance on the lower courts' assessments and the conclusions drawn from them. Marcin Czepelak noted that it was not his role to predict what might have happened in a retrial. The Italian criminal proceedings didn't conclude with an assessment of Dr. Poncet's criminal responsibility for the charges, and it's agreed that further evaluation isn't possible. Marcin Czepelak further explained that he could not conclude as per the Respondent's suggestion, that the outcome would have been the same. However, for his current task of determining if there are reasonable doubts about Dr. Poncet's ability to act impartially as an arbitrator in this case, such speculation is unnecessary. Given the uncertainty about whether the alleged actions occurred, the context in which they may have occurred, the significant time that has passed (over 30 years), and the absence of evidence of any issues with Dr. Poncet's arbitration duties since the alleged actions, Mr. Czepelak found no justifiable doubts about Dr. Poncet's independence or impartiality in this case. Therefore, the Respondent's challenge is rejected.
(ii) Arbitration Act 1996				
16.	*Africa Sourcing Cameroun Ltd and Anor v LMBS Societe par Actions Simplifiee and Anor* [2023] EWHC 150 (Comm) (27 January 2023)	Sir Ross Cranston	24, 33, 68, 69, 73	The claimant challenged under Section 68(2)(a) AA 1996 an award made in a trade association arbitration on the basis that the chair of the tribunal had failed to give disclosure of his contact with the defendant's chief executive officer (himself a trade association arbitrator) and other members of the trade association. **The Commercial Court rejected the claimant's Section 68 AA 1996 application.** Considerations of bias required an examination of the industry context. In the context of a relatively small commodities market, traders and trade association arbitrators were likely to know other people in the market. A fair-minded and informed observer would not conclude there was a real possibility of bias from that.

17.	*Radisson Hotels APS Danmark v Hayat Otel Işletmeciliği Turizm Yatırım Ve Ticaret Anonim Şirketi* [2023] EWHC 892 (Comm) (21 April 2023)	Dame Clare Moulder	24, 68, 70, 73, 80	After an ICC tribunal issued a partial award on liability and causation in favour of the defendant, the claimant learned from an in-house lawyer in the defendant's parent company that one of the arbitrators had been in communications with the defendant during the arbitration. The claimant subsequently engaged both that lawyer and another individual who was previously engaged by the defendant during the arbitration. The claimant thereafter obtained the evidence of the impugned arbitrator providing the defendant with copies of internal tribunal emails. The claimant challenged under Section 68 AA 1996, and the impugned arbitrator resigned. The defendant contended the claimant had lost its right to object under Section 73 AA 1996. **The Commercial Court rejected the claimant's Section 68 AA 1996 challenge as being barred by Section 73 AA 1996.** The claimant had had grounds for suspicion when it was first informed of the contact between the impugned arbitrator and the defendant. A distinction was to be drawn for Section 73 AA 1996 purposes between having knowledge of the grounds, and having evidence of the grounds. The claimant had failed to show that it could not have obtained the evidence for the challenge sooner than it did. Further, the claimant had continued to participate in the quantum phase of the arbitration for nearly two weeks (whilst considering their strategy) rather than raise the bias issue with the tribunal.
C. 2024				
(i) BIT				
18.	*ABH Holdings SA v Ukraine* (ICSID Case No. ARB/24/1) (Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Professor Sean Murphy) (15 July 2024)	Ajay Bhanga	Independence and impartiality of the Tribunal	The case involves ABH Holdings S.A. filing a Request for Arbitration against Ukraine at the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) on December 29, 2023. The Tribunal was constituted with three arbitrators: Prof. Sean Murphy, Mr. Francis Xavier SC, and Prof. Bernard Hanotiau as presiding arbitrator. ABH Holdings requested that Prof. Murphy disclose information relevant to his independence and impartiality due to potential arguments related to the current armed conflict between Russia and Ukraine, sanctions imposed by States including the USA, and potential delicts against ABH Holding's

				asset JSC 'Sense Bank'. Prof. Murphy did not see the requests themselves as questioning his independence or impartiality. On April 9, 2024, after the Tribunal was constituted according to Rule 21(1) of ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (ICSID Arbitration Rules), ABH Holdings proposed disqualification of Prof. Murphy pursuant to Article 57 of ICSID Convention & ICSID Arbitration Rule 22 which led to suspension of proceedings until a decision on the Proposal was reached. Unchallenged arbitrators were not able to decide the challenge, therefore it had to be decided by the ICSID Administrative Council Chair in accordance with Article 58 ICSID Convention & ICSID Arbitration Rule 23. ABH Holdings raised four issues questioning Prof. Murphy's ability to render an impartial decision in this arbitration: his vote in favour of the IDI Declaration, his statements during a webinar organized by George Washington University Law School, his US nationality, and his belated disclosure of Issue 1 and non-disclosure of Issue 2. Ukraine agrees with the applicable rules as Articles 14(1) and 57 but contends that "manifest" lack must be shown by facts, not mere inference while emphasising that public statements which do not refer to a respondent State are insufficient for upholding a disqualification proposal. Prof. Murphy defended himself stating he is fully capable of acting independently despite serving in the US government in early career, and being a full-time law professor more than years explaining he decided to disclose Issue 1 because he saw a report about challenges related IDI Declaration. The Claimant proposed disqualification under Article 57 alleging a manifest lack of qualities required byArticle14(1). The Chair ruled that the suggested disqualification grounds did not demonstrate that these issues were disputed in the arbitration itself. Consequently, the disqualification proposal was rejected.
19.	*Honduras Prospera Inc and Ors v Honduras* (ICSID Case No. ARB/23/2) (Decision on Disqualification of David Rivkin) (7 August 2024)	Ajay Bhanga	Disqualification	The decision pertains to the selection of arbitrators under Article 10.19 of CAFTA and Article 39 of the ICSID Convention, which stipulate that a tribunal should comprise three arbitrators with the majority being nationals of States other than those involved in the dispute unless otherwise agreed by the parties. The Republic of Honduras filed a Proposal to Disqualify Mr. David W. Rivkin, an arbitrator appointed by the Claimants (Honduras Próspera Inc., St John's Bay Development Company LLC and Próspera Arbitration Center LLC), arguing that his appointment violated these rules as there was no mutual agreement for his appointment.

				The Claimants countered this argument stating that the Respondent had consented to Mr. Rivkin's appointment implicitly through their silence during the procedure for appointing the Tribunal and also argued that nationality limitation does not apply where there is an agreement between parties contrary to which Article 10.19.4(a) provides such agreement by Honduras. After considering arguments from both sides, negotiation history and interpretation by qualified commentators, it was concluded that the purpose behind the provision was to enable one party to litigation to appoint one of its nationals in ICSID arbitration; thus, agreeing with the Claimant's stance that Article 10.19.4(a) contains an agreement by Honduras setting aside the nationality limitation set forth in Article 39. Therefore, it was recommended not to grant Application by Honduras but rather to accept the option chosen by the Claimant as being in accordance with the treaty basis upon which the composition of Tribunal was established.
20.	*Silver Bull Resources Inc v Mexico* (ICSID Case No. ARB/23/24) (Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands KC) (21 October 2024)	Ian Glick KC (presiding); Stephen Drymer	Disqualification	The claimant filed a proposal to disqualify Professor Philippe Sands KC pursuant to Article 57 of the ICSID Convention. The respondent opposed the disqualification proposal. Professor Sands had written the declaration on costs appended to the arbitral award. The claimant sought to disqualify Professor Sands based on the contents of the declaration. The claimant argued that the declaration contained an attack on third-party funding in investor-State arbitration which demonstrated the appearance of bias or a predisposition against parties with such funding. In the claimant's view the Professor's views gave rise to doubts as to his impartiality. The respondent argued that the mere fact that the claimant does not share Professor Sand's opinion on third-party funding is not a sufficient reason to propose his disqualification. The tribunal determined that on a fair reading Professor Sand does not show bias or a predisposition against parties in general who obtain third-party funding in order to pursue their claims, nor would a reasonable third party consider the contents of the declaration to give rise to doubts about the Professor's impartiality. His concerns were directed at what he saw as certain risks created by the system of third-party funding, not at all claims brought with the benefit of third-party funding.

21.	*Case of NDI Sopot S.A v. North Macedonia* (Application no. 6035/17) 26 November 2024	ECHR, Arnfinn Bårdsen, President, Pauliine Koskelo, Jovan Ilievski, Péter Paczolay, Davor Derenčinović, Gediminas Sagatys, Stéphane Pisani, judges		The application concerned the NDI Sopot's complaints under Article 6 of the Convention of the unfairness of domestic proceedings concerning the recognition of an arbitration award issued by an ICC Tribunal. In 2015, an ICC tribunal issued an award in favour of NDI Sopot S.A., ordering GD Granit to pay €3.2 million plus interest to cover its share of the debts of the joint venture following the cancellation of the motorway contract. GD Granit argued that the arbitrator J.M had failed in his duty to disclose information relevant to a key issue of the arbitration namely, that he had known J.K.J. for many years, and had represented the company S.K. in the negotiations concerning the contract between the applicant company and S.K. GD Granit had alleged fraud in the conclusion of a contract between NDI Sopot and S.K. GD Granit raised challenges against the arbitrator J.M. and the entire tribunal under Article 14 of the ICC Rules. The ICC rejected GD Granit's challenge on the basis that it was "*inadmissible and in any event failed on the merits*". The ICC did not provide further details of the decision in so far as the challenge of the arbitrator was concerned. However, the courts in North Macedonia refused to enforce the award based on the alleged impartiality of J.M. which the courts argued constituted ground for the refusal of recognition within the meaning of Article V(1)(d) of the New York Convention. Following the appellate court's decision, NDI Sopot learned that the husband of Judge J.N had been an employee of GD Granit for more than 36 years and owned significant shares of value in the debtor company. NDI Sopot lodged a request for the reopening of the proceedings for recognition, which was dismissed. NDI Sopot appealed to the ECtHR under Article 6(1) of the ECHR on the basis that the findings of the domestic courts at all levels had been arbitrary and manifestly unreasonable and that the judges had not been impartial due to Judge J.N. The ECHR ruled in favour of NDI Sopot S.A. The court found that the North Macedonian courts violated the company's right to a fair trial under Article 6(1) of the ECHR by refusing to enforce the award. The ECHR held that there were

				"*objectively justified*" concerns about the impartiality of a presiding judge in the enforcement proceedings and that the Skopje courts failed to provide adequate reasons for their decision that the arbitrator J.M lacked impartiality. The ECtHR examined the case from the perspective of objective impartiality and stated that "*It must be determined whether there are ascertainable facts which may raise doubts as to Judge J.N.'s impartiality; and whether a fear that a particular judge or a body sitting as a bench lacks impartiality can be held to be objectively justified (see Ramos Nunes de Carvalho e Sá, cited above, §§ 147-48)*". The ECtHR noted that Judge J.N could not have been unaware that her husband worked for GD Granit and she failed to disclose this. The reopening proceedings were rejected on formal grounds without determination on the merits of ND Sopot's concerns about the impartiality of Judge J.N. Therefore, there was a violation of Article 6(1).
(ii) Arbitration Act 1996				
22.	*H1 and Anor v W and Ors* [2024] EWHC 382 (Comm) (22 February 2024)	Calver J	24	The claimant insurers applied under Section 24(1)(a) AA 1996 to remove a sole arbitrator on grounds of apparent bias. The sole arbitrator had been appointed by the British Film Institute. One of the expert witnesses for the defendants gave evidence on Swedish practice in the allocation of responsibility for safety on film sets. The claimant asserted that comments from the arbitrator gave rise to a suspicion he had a pre-determined disposition against the claimants' witnesses, and also that the arbitrator had given inconsistent explanations regarding the nature and extent of his relationships with the defendants' witnesses. The arbitrator had criticised one of the expert witnesses for having supposedly "*switched sides*", and other comments about how he would approach expert evidence in general. **The Commercial Court granted the claimant's Section 24 AA 1996 application.** The comments about one of the experts having supposedly "*switched sides*", whilst unfortunate, were insufficient to cause a fair minded and informed observer, having considered the facts, to conclude that there was a real possibility that the arbitrator was biased.

				The arbitrator's other comments that he did not need to hear from the defendants' expert witnesses because he knew all of them personally, whilst also saying he did not know the expert witnesses on the claimant's side, were sufficient to cause a fair-minded and informed observer, having considered the facts in the present case, to conclude there was a real possibility that the arbitrator was biased. There was no way of knowing whether the arbitrator's merits findings had been affected by his professed admiration for, and personal knowledge of, the reputation of the defendant's expert witnesses, but there would inevitably be a strong suspicion that he had been so influenced. Whilst parties might expect an arbitrator with specialist knowledge of the film industry to use that knowledge to understand the evidence and trade usages, they would not expect that special knowledge to be used to pre-determine an arbitrator's preference of one side's evidence over the other's based on personal knowledge of the experts involved.
23.	*Aiteo Eastern E&P Company Limited v Shell Western Supply and Trading Limited and Ors* [2024] EWHC 1993 (Comm) (1 August 2024)	Jacobs J	68, 80	The claimant applied pursuant to Section 68 AA 1996 to set aside 4 partial awards rendered by a 3 member ICC tribunal. The ground for the Section 68 AA 1996 challenge were that there was a serious irregularity affecting the tribunal within the meaning of Section 68(2)(a) of the AA 1996. That irregularity is that there was apparent (not actual) bias on the part of one of the members of the Tribunal. A successful challenge had been made to the ICC court in relation to this arbitrator and the claimant contended that this decision gave rise to *res judicata* or issue estoppel and supported the claimant's case that there was a serious irregularity. **The Court ruled in favour of the claimant.** The court reiterated that the relevant test is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would consider that there was a real possibility that the tribunal was biased. The court considered that the principles set out in ***Halliburton*** were applicable to a Section 68 AA 1996 challenge. The court held that a fair-minded and informed observer would have considered that there was a real possibility of unconscious bias having regard to the cumulative picture and the combination of arbitral appointments and advisory/expert engagements of the arbitrator in question by the law firm representing the defendant.

				The court decided that the ICC decision did not give rise to *res judicata* given that it was not a conventional court and was not determining a legal right, unlike an arbitrator. However, the court decided that the ICC Court's decision was nonetheless a relevant factor to be take into account by an observer given the considerable experience of the ICC in determining challenges.

ФОРМУЛИРОВКА АРБИТРАЖНОЙ ОГОВОРКИ В СДЕЛКАХ СЛИЯНИЯ И ПОГЛОЩЕНИЯ (M&A): ЧТО УЧЕСТЬ В СОВРЕМЕННЫХ РОССИЙСКИХ РЕАЛИЯХ?

М.М. Винокурова,
Старший юрист, юридическая фирма Denuo
(Санкт-Петербург)

Аннотация:
В статье рассматриваются основные вопросы, которые необходимо учесть сторонам сделки слияния и поглощения (M&A) при согласовании транзакционной документации применительно к разрешению возникающих между ними в дальнейшем споров. Мы видим, что зачастую при согласовании документов по M&A сделкам стороны уделяют существенно меньше внимания формулировке арбитражной оговорки (арбитражного соглашения), оставляя на разрешение будущим арбитрам многочисленные вопросы, связанные с разрешением споров. При этом уделение внимания данным вопросам уже на этапе согласования документов по сделке и структурирования работающей и охватывающей основные проблемные моменты арбитражной оговорки позволит сторонам в перспективе наиболее эффективно и экономно разрешать возникающие между ними разногласия.

Ключевые слова: *арбитражное соглашение, сделки слияния и поглощения, сделки M&A, конфиденциальность, Гонконгский международный арбитражный центр (HKIAC), Сингапурский международный арбитражный центр (SIAC), Дубайский международный арбитражный центр (DIAC), Российский арбитражный центр (РАЦ).*

DRAFTING OF AN ARBITRATION CLAUSE FOR M&A TRANSACTIONS: WHAT TO CONSIDER IN MODERN RUSSIAN REALITY?

Maria Vinokurova,
Senior Associate, Denuo (St. Petersburg)

Abstract:
In this article, the author discusses the main issues that need to be considered by parties involved in a merger and acquisition (M&A) deal when negotiating transactional documents in part of the dispute resolutions mechanism. We often see that parties while negotiating M&A transaction documents paying significantly less attention to the drafting of an arbitration clause (arbitration agreement), leaving numerous issues related to dispute resolution for future arbitrators to deal with. At the same time, paying attention to these issues already during the negotiation stage of the transaction documents and structuring an effective and comprehensive arbitration clause could allow parties to resolve disputes between them in the most efficient and cost-effective way in the future.

Key words: *arbitration agreement, mergers and acquisitions, M&A transactions, confidentiality, Hong Kong International Arbitration Center (HKIAC), Singapore International Arbitration Center (SIAC), Dubai International Arbitration Center (DIAC), Russian Arbitration Center (RAC).*

1. Введение

В 2022 и 2023 годах наблюдалась повышенная активность российского рынка сделок слияния и поглощения (M&A)[1]. В первом полуго-

[1] Итоги M&A 2022 года: Распродажа активов иностранными компаниями, покидающими Россию, составила 38% всего M&A рынка за 2022 год, https://mergers.akm.ru/stats/rasprodazha-aktivov-inostrannymi-kompaniyami-pokidayushchimi-rossiyu-sostavili-38-vsego-m-a-rynka-za; Итоги M&A 2023 года: Госкомпании «сделали» четверть рынка, https://mergers.akm.ru/stats/sdelok-po-vykhodu-inostrannykh-investorov-iz-rossiyskikh-aktivov-sokrashchaetsya

дии 2024 года хотя и наблюдается сокращение российского рынка M&A по сравнению с предыдущими двумя годами, тем не менее зафиксировано 219 транзакций на общую сумму 21,39 млрд долларов США[2].

Рост M&A активности в России в последние годы был обусловлен в первую очередь возрастающим количеством сделок по выходу иностранных инвесторов с российского рынка[3]. Одновременно значительно выросла активность на рынке со стороны стратегических инвесторов[4].

В различных исследованиях M&A рынка России последних лет указывается, что в 77–90%[5] M&A сделок стороны выбирали в качестве форума разрешения споров коммерческий арбитраж[6].

Стороны крупных сделок M&A, как сделок по выходу иностранцев, так и классических «рыночных» сделок, в своем большинстве заинтересованы в разрешении возникающих между ними споров путем арбитража[7]. Среди причин, по которым стороны выбирают арбитраж, а не рассмотрение споров в государственном суде, можно привести, в частности, следующие:

---

[2] Итоги M&A за 6 месяцев 2024 года: Российский рынок M&A в первом полугодии 2024 года, https://mergers.akm.ru/stats/rossiyskiy-rynok-m-a-v-pervom-polugodii-2024-goda

[3] См., например: Продавшие бизнес в России компании предусмотрели опцион на его возврат в 21% сделок, Forbes, https://www.forbes.ru/biznes/525181-prodavsie-biznes-v-rossii-kompanii-predusmotreli-opcion-na-ego-vozvrat-v-79-sdelok

[4] Обзор российского рынка слияний и поглощений за 2023 год, подготовленный Aspring Capital, https://www.aspring.capital/insights-ru/ukrupnyai-i-vlastvui

[5] Здесь и далее может указываться диапазон значений, поскольку на данный момент нет единой статистики по условиям всех сделок с участием российских сторон. Автор указывает средние значения, полученные из различных такого рода анализов, проведенных крупными юридическими фирмами и инвестиционно-банковскими группами.

[6] Продавшие бизнес в России компании предусмотрели опцион на его возврат в 21% сделок, https://www.forbes.ru/biznes/525181-prodavsie-biznes-v-rossii-kompanii-predusmotreli-opcion-na-ego-vozvrat-v-79-sdelok; Аналитико-статистический обзор условий российских сделок слияния и поглощения 2022-2023 годов, подготовленный Denuo, апрель 2024 г., https://denuo.legal/ru/insights/releases/240424; Исследование M&A сделок в России за 2022–2024 годы, подготовленное АЛРУД, ORION, Stonebridge Legal, Никольская Консалтинг, Mansors, ККМП, Меллинг, Войтишкин и Партнеры, https://stonebridgelegal.ru/ru/news/rezultatyi-issledovaniya-ryinka-m-and-a-obyavlenyi/

[7] О причинах выбора сторонами M&A сделок арбитража как способа разрешения споров по международным M&A сделкам также см.: *Welser, I.* M&A Post Closing Issues: Arbitration and Third Party Joinder, in Austrian Yearbook on international Arbitration 2011 3, 4 (Klausegger, Klein, Kremslehner, Petsche, Pitkowitz, Power, Welser & Zeiler eds., 2011).

(i) Сложность и комплексность сделок M&A, что влечет необходимость в случае возникновения спора детального и внимательного изучения условий сделочной документации, связанных со сделкой обстоятельств, документов и переписки. Зачастую при возникновении спора из M&A сделки будет возникать необходимость в получении и изучении экспертных заключений, допросе свидетелей (бенефициаров бизнеса, сотрудников приобретаемой компании или сторон, контрагентов и пр.). Государственные суды, с учетом повышенной загруженности судей, не всегда имеют возможность посвятить рассмотрению дела столько же времени и внимания, как назначаемые арбитры[8].

(ii) Возможность назначения арбитра, который имеет опыт работы в сфере M&A сделок.

Если говорить о российских государственных арбитражных судах, то крайне небольшое число судей имеют опыт работы в качестве консультантов или инхаус-юристов и знакомы с тем, как на практике происходит согласование транзакционной документации по комплексным сделкам не только между самими сторонами, но и с менеджментом и бенефициарами сторон, а также понимают, какие коммерческие условия могут быть более и менее существенными для сторон в различных ситуациях. В случае возникновения спора в рамках сделки слияния и поглощения наличие у арбитра такого опыта (причем желательно со стороны разных участников сделки) будет являться преимуществом для сторон, так как арбитр сможет рассмотреть возникающий спор не только с юридической точки зрения, но и с учетом коммерческой составляющей такой сделки.

(iii) Если мы говорим о сделках по российскому праву, то немаловажным фактором в пользу выбора арбитража, по сравнению с рассмотрением спора в российском государственном суде, будет являться факт отсутствия сложившейся судебной практики и подходов к рассмотрению споров из сделок M&A в российских государственных судах. В частности, на данный момент по многим вопросам применения су-

[8] Данное утверждение, конечно, не является безусловным. Как указывает Тоби Ландау в статье «Дисфункциональные совещания арбитров и эффективное адвокатское мастерство», в связи с загруженностью «профессиональных» арбитров и подачей сторонами при рассмотрении дела «необъятных» документов на сотни страниц, арбитры не всегда также имеют возможность полно и внимательно изучить все предоставляемые при рассмотрении дела материалы. *Ландау Т.* Дисфункциональные совещания арбитров и эффективное адвокатское мастерство // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 5. / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.Н. Жильцова, Р.М. Ходыкина. М., 2020. С. 162–189.

дами положений о гарантиях и заверениях, обязательствах по возмещению потерь, влиянии знания покупателя на ответственность продавца, пределах допустимого ограничения ответственности стороны и многим другим вопросам отсутствует сложившаяся судебная практика, и стороны не хотят быть теми первопроходцами, кому придется на своей шкуре апробировать и создавать эту практику. Кроме того, с учетом достаточно существенных размеров цены по сделкам[9], риск ошибки может быть слишком велик. Рассмотрение же споров в арбитраже позволяет сторонам более детально представить свою правовую позицию, в том числе со ссылками на международную практику в сфере M&A.

(iv) Возможность исполнения решения арбитража в большинстве государств мира в соответствии с положениями Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год).

С учетом указанных выше преимуществ арбитража перед рассмотрением споров в российских государственных судах, важно, чтобы в документацию по сделке была включена грамотно сформулированная и работающая арбитражная оговорка.

Однако на практике стороны сделки и их консультанты не всегда уделяют достаточно внимания формулированию и согласованию арбитражной оговорки. Обусловлено это тем, что зачастую в сравнении с иными, коммерческими, условиями сделки, такими как порядок расчета цены, лимиты ответственности сторон по сделке, перечень заверений и гарантий и др., данный вопрос представляется им менее значимым.

Порой бывает и так, что стороны, согласовав в самом начале переговорного процесса стандартную арбитражную оговорку выбранного им арбитражного учреждения, считают этот вопрос разрешенным и в дальнейшем не обновляют формулировку арбитражной оговорки под изменившиеся параметры сделки. Например, если на старте переговорного процесса предполагалось, что сделка будет регулироваться только одним договором купли-продажи, а в дальнейшем по ходу переговоров сделка обросла многочисленными иными документами, в том числе с участием третьих лиц.

Кроме того, можно говорить о том, что начиная с 2022 года практика совершения сделок M&A в России несколько видоизменилась. В связи

[9] По информации Рейтинга M&A, средняя стоимость сделки в первом полугодии 2024 года составила 97,7 млн долларов США. См. Итоги M&A за 6 месяцев 2024 года: Российский рынок M&A в первом полугодии 2024 года, https://mergers.akm.ru/stats/rossiyskiy-rynok-m-a-v-pervom-polugodii-2024-goda

с возросшими санкционными рисками и санкционным комплаенсом (и даже «оверкомплаенсом») со стороны регистраторов и банков все чаще сторонами по сделке выступает не реальный бенефициар, а «номинальный» покупатель, который в реальности не участвует в сделочном процессе. Также документация по сделке часто обрастает значительным количеством конфиденциальных дополнительных соглашений *(side letter)*, видоизменяющих условия основной договорной документации. Данные факторы также необходимо учитывать при формулировке арбитражной оговорки и прогнозировании того, как может развиваться потенциальный спор в арбитраже в случае его возникновения.

Обращаем также внимание, что если документы по сделке предполагают возможность возникновения корпоративных споров[10], рассмотрение которых в арбитраже допускается только при условии администрирования спора постоянно действующим арбитражным учреждением (ПДАУ), утвердившим, депонировавшим и разместившим на своем сайте правила арбитража корпоративных споров[11], то сторонам необходимо учитывать факт наличия статуса ПДАУ и таких правил у выбираемого ими арбитражного учреждения.

2. Общие замечания относительно формулировки арбитражной оговорки

Далее в настоящей статье мы рассмотрим отдельные моменты, на которые стоит обратить внимание сторонам сделки и их консультантам при формулировании арбитражной оговорки в договорной документации. Мы не будем уделять отдельное внимание общим комментариям о том, что арбитражную оговорку следует формулировать в письменной форме, ее текст должен быть точным, определенным и недвусмысленным, отражать намерение сторон на передачу любых, если иное не согласовано сторонами, возникающих между ними споров, связанных со сделкой, на рассмотрение арбитража[12].

---

[10] Как этот термин определен в части 1 статьи 225.1 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

[11] Часть 3 статьи 225.1 АПК РФ; части 7 и 7.1 статьи 45 Федерального закона от 29.12.2015 № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

[12] Подробнее по данному вопросу см. *Anne Véronique Schlaepfer*, Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements / The Guide to M&A Arbitration – Fifth Edition, 2024, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition

Арбитражная оговорка должна содержать указание на выбранное сторонами арбитражное учреждение. Если в соглашении в качестве компетентных разрешать спор альтернативно указано несколько арбитражных учреждений, то такое соглашение рассматривается как незаключенное[13]. При этом допускается формулировка альтернативной арбитражной оговорки, то есть предусматривающей рассмотрение спора в одном из нескольких предложенных арбитражных учреждений, но при этом должно быть определено, как будет осуществляться выбор между ними (как правило, по выбору истца). На практике также встречаются так называемые «каскадные» оговорки, предусматривающие «основной» и «запасной» варианты рассмотрения споров. Однако формулировка действительной, конкретной и работающей каскадной арбитражной оговорки достаточно затруднительна, поскольку требует четко и однозначно описать не только условия для передачи спора на рассмотрение в «запасное» арбитражное учреждение, но и какими документами будет подтверждаться наступление таких условий, кто будет принимать решение об их наступлении или ненаступлении и пр. Поэтому без крайней необходимости мы бы не рекомендовали включать такого рода оговорки в документацию по сделке с тем, чтобы не спровоцировать споры в отношении того, как эта оговорка должна работать.

При формулировании арбитражной оговорки рекомендуется придерживаться стандартного текста, предлагаемого соответствующим арбитражным учреждением. Несмотря на всю понятность и простоту данной рекомендации, зачастую на практике мы видим, что стороны ей не следуют, создавая возможные проблемы там, где их легко можно было бы избежать.

В арбитражной оговорке также рекомендуется согласовать количество арбитров, рассматривающих спор. Как правило, по крупным сделкам оптимальным вариантом является рассмотрение спора составом из трех арбитров, когда каждая из сторон спора выбирает по одному арбитру и два таким образом назначенных арбитра выбирают председателя трибунала.

В договоре возможно установление определенных требований к арбитрам (например, в части образования, опыта, гражданства и др.). Однако относиться к установлению таких дополнительных требований

[13] *Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю.* Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения. М., 2008.

к арбитрам необходимо крайне аккуратно, поскольку на практике это может повлечь дополнительные сложности при формировании состава трибунала. Поскольку выбор квалифицированных арбитров последние годы сужается в связи с санкционными ограничениями, сложностями при осуществлении платежей, необходимостью строгого соблюдения требований к независимости и беспристрастности арбитров, установление сторонами дополнительных требований к арбитрам может потенциально привести к тому, что стороны не смогут сформировать надлежащий трибунал для рассмотрения споров между ними. Кроме того, те требования к арбитрам, которые кажутся существенными для сторон на момент согласования транзакционной документации, могут оказаться неактуальными или не столь важными в момент, когда возникнет реальный спор[14].

3. Выбор арбитражного учреждения

Согласно проведенным исследованиям условий M&A сделок, мы видим, что в отношении сделок по выходу иностранцев из российских активов в более чем 40% случаев споры по M&A сделкам передаются на окончательное разрешение в российский арбитраж (РАЦ, МКАС или РСПП), в 25% случаев – в HKIAC и в 7% случаев – в DIAC[15]. В 73% случаев в качестве места для арбитража выбиралась Москва[16].

В «классических» сделках с участием российских сторон также наиболее часто споры передаются в российский арбитраж и примерно в 15–25% случаев – в HKIAC[17].

Неудивительно, что в связи с возрастающим санкционным давлением[18] и расширяющейся практикой российских государственных судов

---

[14] *Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю.* Указ. соч.

[15] Исследование M&A сделок в России за 2022–2024 годы, подготовленное АЛРУД, ORION, Stonebridge Legal, Никольская Консалтинг, Mansors, ККМП, Меллинг, Войтишкин и Партнеры, https://www.forbes.ru/biznes/525181-prodavsie-biznes-v-rossii-kompanii-predusmotreli-opcion-na-ego-vozvrat-v-79-sdelok.

[16] Там же.

[17] Аналитико-статистический обзор условий российских сделок слияния и поглощения 2022–2023 годов, подготовленный Denuo, апрель 2024 г., https://denuo.legal/ru/insights/releases/240424; M&A сделки в 2023 году: Краткий обзор ключевых условий, подготовленный: Кучер, Кулешов, Максименко и партнеры, февраль 2024 г. (доступен по запросу, не опубликован в общем доступе).

[18] Вопросы, связанные с влиянием антироссийских санкций и встречных российских мер на арбитраж с участием российских лиц, подробно рассмотрены в работе:

по применению статей 248.1 и 248.2 АПК РФ[19] российские стороны и их контрагенты в крайне редких случаях выбирают иностранные арбитражные учреждения из «недружественных» юрисдикций, такие как LCIA, ICC, SCC, для рассмотрения споров, возникающих из заключаемых договоров.

Таким образом, мы видим, что наиболее популярными форумами для разрешения споров из M&A совершаемых за последние пару лет сделок с участием российских сторон являются РАЦ, МКАС при ТПП, HKIAC и DIAC. Менее востребованными на сегодняшний день, но также доступными для разрешения споров с участием российских лиц являются Арбитражный центр при РСПП, SIAC[20] и Международный арбитражный центр Абу-Даби.

Выбор конкретного арбитражного учреждения для включения в арбитражную оговорку необходимо осуществлять с учетом информации о сторонах сделки и предполагаемых юрисдикциях, где будет осуществляться исполнение решения по спорам между сторонами.

Если сделка совершается только между российскими сторонами, то сторонам рекомендуется сделать выбор в пользу арбитража, администрируемого российским арбитражным учреждением. Аналогичный выбор рекомендован и в тех ситуациях, когда какая-либо из сторон по сделке связана с или контролируется подсанкционными лицами.

В тех случаях, когда российские стороны имеют также активы или присутствие за пределами России и если стороны не связаны с подсанкционными лицами, также возможно сделать выбор в пользу иностранного арбитражного учреждения «нейтрального» государства (например, HKIAC, SIAC, DIAC). Однако поскольку на данный момент мы не наблюдаем практических сложностей с признанием и приве-

Вунукайнен В.С. Исключительная компетенция российских судов по санкционным спорам: падающего толкни? // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 7. / Под ред. Ю.Н. Мулиной. М., 2022. С. 77–115;

[19] Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 № 95-ФЗ.

[20] Хотя Сингапур в начале 2022 года принял ограниченные санкции в отношении ряда российских лиц, некоторые иностранные контрагенты в сделках «по выходу иностранцев» предлагали SIAC в качестве форума для рассмотрения споров, поскольку сингапурские власти неоднократно подчеркивали, что введенные санкции не влияют на возможность разрешения коммерческих споров с участием российских сторон в арбитраже. Эксперты указывают, что санкции имеют минимальное воздействие на процедуру разрешения споров, администрируемых SIAC. См.: Выбор места рассмотрения споров из EPC-контрактов и иных договоров, опосредующих строительство (часть 1), https://denuo.legal/ru/insights/news/DR5

дением в исполнение решений российских арбитражей за рубежом, полагаем, что арбитраж, администрируемый российским арбитражным учреждением, также может вполне удовлетворять интересам сторон такой сделки с учетом финансовых вопросов, эффективности арбитража и доступности квалифицированных экспертов в сфере M&A.

В сделках между российскими и иностранными сторонами рекомендуется выбирать арбитраж «нейтральной» юрисдикции (Гонконг, Сингапур, ОАЭ). В проведенном в 2022 году исследовании Российской арбитражной ассоциации (РАА)[21] отмечались высокие оценки российских пользователей арбитража в адрес азиатских арбитражных учреждений[22], которые, как мы ожидаем, по состоянию на 2024 год должны стать еще выше.

Если говорить о выборе между DIAC, HKIAC и SIAC, которые сейчас пользуются наибольшей востребованностью у российских пользователей арбитража за рубежом, то по состоянию на сегодняшний день мы видим, что DIAC пока остается региональным арбитражным учреждением, специализирующемся во многом на строительных спорах (что типично для Ближнего Востока в целом и Дубая в особенности) и привлекающем прежде всего стороны из ОАЭ[23]. Применительно к арбитражу споров из M&A сделок выбор DIAC в качестве форума разрешения споров представляется возможным, но не самым оптимальным.

В HKIAC наблюдается куда большее разнообразие по категориям споров: за 2023 год HKIAC администрировал 21% корпоративных споров, 17,1% строительных споров и 16% коммерческих[24], что свидетельствует о большей готовности HKIAC администрировать споры из M&A сделок[25]. Кроме того, HKIAC продолжает оставаться одним

---

[21] Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2022 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf

[22] Там же.
Согласно проведенным исследованиям, SIAC занял 4-е место по популярности среди российских пользователей арбитража (6-е в 2016 году), а HKIAC – 7-е место (9-е в 2016 году).

[23] DIAC Annual Report 2023, https://www.diac.com/en/annual-reports; Обзор отчета Дубайского международного арбитражного центра (ДМАЦ) за 2023 год, https://denuo.legal/ru/insights/posts/DR12

[24] 2023 Statistics, https://www.hkiac.org/about-us/statistics

[25] В статье *Joe Liu*, Arbitration of cross-border M&A disputes, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/04/21/arbitration-of-cross-border-ma-disputes, также обращается внимание на значительную долю споров из M&A сделок в практике HKIAC.

из самых популярных иностранных арбитражных институтов среди российских лиц. В 2023 году Россия заняла седьмое место по количеству сторон арбитражных разбирательств в HKIAC, а российское право – двенадцатое место по выбору в качестве применимого права[26].

Что же касается выбора SIAC, то необходимо помнить, что Сингапур внесен в список «недружественных стран»[27], что потенциально в перспективе может создавать сложности при инициировании арбитражного разбирательства на фоне активно развивающейся практики применения российскими судами положений статьей 248.1 и 248.2 АПК РФ. При этом категории споров, рассматриваемых в SIAC, также достаточно обширны и разнообразны[28], а общее количество споров, администрирующихся в SIAC, существенно превышает количество споров в HKIAC[29].

Рассмотрение споров из M&A сделок в арбитраже ad hoc является достаточно редким явлением[30]. Учитывая стремление сторон M&A сделок к «арбитражному комфорту», предоставляемому арбитражным учреждением[31], на данный момент мы не видим перспектив для активного роста арбитража ad hoc в этой сфере[32].

---

[26] 2023 Statistics, https://www.hkiac.org/about-us/statistics
Иные достоинства азиатских арбитражных учреждений при рассмотрении споров с участием российских сторон подробно описаны в работе *Phillips K.* Asia's arbitration centers: Creditable alternative for Russian parties? // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 3. / Под науч. ред. А. В. Асоскова, А. Н. Жильцова, Р. М. Ходыкина. М., 2015. С. 71–87.

[27] Распоряжение Правительства РФ от 05.03.2022 № 430-р ««Об утверждении перечня иностранных государств и территорий, совершающих недружественные действия в отношении Российской Федерации, российских юридических и физических лиц».».

[28] По данным за 2023 год: 47% – торговые споры, 14% – коммерческие споры, 9% – корпоративные споры. Annual Reports 2023, https://siac.org.sg/wp-content/uploads/2024/04/SIAC_AR2023.pdf

[29] За 2023 год в SIAC было зарегистрировано 640 новых дел, а в HKIAC – 500 дел, из которых 281 дело касается доменных споров.

[30] *Anne Véronique Schlaepfer*, Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements / The Guide to M&A Arbitration – Fifth Edition, 2024, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition

[31] *Севастьянов Г.В.* Институционализация арбитража *ad hoc* в России. «Институциональные» третейские судьи (арбитры). Проблемы и задачи развития арбитража в России // Третейский суд. 2021. № 1. С. 8-13.

[32] См. также: Anne Véronique Schlaepfer, Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements / The Guide to M&A Arbitration – Fifth Edition, 2024, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition

4. Конфиденциальность

Вопрос соблюдения конфиденциальности всегда являлся одним из наиболее важных для участников M&A сделки: каждая из сторон стремится сохранить конфиденциальной коммерческую информацию о приобретаемой компании, ее контрагентах, используемых IT-системах, финансовом положении, маркетинговых планах, а также информацию о финансовых и коммерческих условиях сделки.

В совершаемых в последние годы M&A сделках вопрос обеспечения конфиденциальности становится еще более существенным с учетом того, что при рассмотрении спора в арбитраже могут открыться чувствительные с точки зрения санкционной и коммерческой составляющих условия сделки.

В этой связи при формулировке арбитражной оговорки сторонам необходимо учитывать подход арбитражного института и законодательства по месту арбитража к вопросам конфиденциальности арбитражного разбирательства и арбитражного решения, а также регулирование по месту вероятного признания и исполнения решения арбитража с тем, чтобы решение арбитража не стало публично доступным в результате процедуры его экзекватуры.

Регламенты российских арбитражных учреждений предусматривают в качестве общего правила конфиденциальность арбитража[33]. Аналогично конфиденциальность арбитража предусмотрена в Регламентах HKIAC[34] и DIAC[35]. Для сравнения, регламент ICC не предусматривает аналогичных положений о презюмируемой конфиденциальности арбитража[36].

Однако следует отметить, что объем информации, на которую распространяется требование о конфиденциальности, может отличаться в разных арбитражных регламентах. Например, согласно Регламенту РАЦ, режим конфиденциальности арбитража распространяется на:

---

[33] Статья 25 Регламента РАЦ 2021; статья 39 Правил арбитража внутренних споров МКАС (в ред. 23.10.2024); статья 46 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (в ред. 23.10.2024); статья 66 Регламента Арбитражного центра при РСПП (утв. 21.06.2018).

[34] Статья 45 Регламента HKIAC 2024.

[35] Статьи 38–39 Регламента DIAC 2022.

[36] Регламент ICC 2021.

– факт наличия арбитража;

– заявления, доказательства и другие материалы арбитража, иные документы, представленные Сторонами в ходе арбитража, а также иную информацию, ставшую известной в ходе арбитража;

– арбитражное решение[37].

Для сравнения, Регламент HKIAC указывает в качестве конфиденциальной только информацию об арбитраже и вынесенном арбитражном решении.

Регламент МКАС указывает, что «стороны, их представители и иные лица, привлекаемые сторонами к участию в арбитраже, обязаны не разглашать ставшую им известной информацию о рассматриваемых в МКАС спорах»[38], но не указывает на обязанность не раскрывать текст арбитражного решения или иных документов, предоставленных в ходе арбитража.

Соответственно, учитывая возможность использования арбитражными центрами разных подходов к вопросам конфиденциальности арбитража и связанной с ним информации, сторонам сделки, заинтересованным в сохранении конфиденциальности в максимально допускаемом объеме, рекомендуется привести в договорной документации неисчерпывающий перечень информации, которая рассматривается ими в качестве конфиденциальной, в том числе при рассмотрении возникающих между ними споров. Также консультантам, сопровождающим сделку, следует при формулировании арбитражной оговорки ознакомиться с соответствующими положениями о конфиденциальности, предусмотренными регламентом согласованного арбитражного учреждения, и при необходимости включить в соглашение расширенный список конфиденциальной информации и мер для обеспечения ее конфиденциальности[39].

Кроме того, большинство арбитражных регламентов допускают возможность опубликования обезличенного арбитражного решения и (или) постановления (без информации о сторонах и иной информации, по-

[37] Статья 25(2) Регламента РАЦ 2021.

[38] Статья 39 Правил арбитража внутренних споров МКАС (в ред. 23.10.2024); Статья 46 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС (в ред. 23.10.2024).

[39] Например, положения об ограниченной цели использования информации, предоставляемой в рамках арбитража; требование о заключении аналогичных соглашений о конфиденциальности с третьими лицами, привлекаемыми сторонами при рассмотрении спора; необходимость применения специальных процедур для обеспечения конфиденциальности информации, передаваемой с помощью электронных средств.

зволяющей идентифицировать конкретный спор). Хотя такие решения и публикуются в обезличенном виде, при определенных условиях такое решение может быть потенциально соотнесено с текстом судебного акта о признании и исполнении арбитражного решения, принятого в дальнейшем государственным судом. Соответственно, сторонам может быть рекомендовано заранее предусмотреть в тексте арбитражной оговорки положение о том, что они не дают своего согласия на публикацию арбитражного решения по рассматриваемым между ними спорам и при необходимости любая из сторон сможет акцентировать на этом положении внимание арбитражного учреждения.

Как упоминается выше, также важно учитывать требования в отношении конфиденциальности по месту арбитража и по месту потенциального исполнения решения арбитража.

В этой связи необходимо отметить, что ряд государств не признают конфиденциальность неотъемлемой частью арбитражного разбирательства, если требование о конфиденциальности прямо не предусмотрено соглашением сторон или законодательством[40], что еще раз указывает на важность для сторон M&A сделки включить в документацию отдельное условие о конфиденциальности информации, относящейся к спорам между ними.

Как указывает Лашков Н.С., и с этой позицией нельзя не согласиться, одной из главных угроз для конфиденциальности арбитражных разбирательств может стать публикация решений государственных судов о приведении в исполнение решений арбитражных трибуналов[41]. В текст таких решений потенциально может попасть чувствительная для сторон информация, например, о цене сделки, об источниках финансирования сделки (например, со стороны подсанкционных лиц или банков), а также об участии в сделке иных лиц, являющими косвенными выгодополучателями от сделки. Как правило, такую информацию участники сделки хотят оставить в секрете от всех третьих лиц и особенно от представителей СМИ. На практике сохранить

[40] Более подробный анализ по данному вопросу можно найти в статье *Лашкова Н.С.* Конфиденциальность арбитражного разбирательства. Понятие и пределы // Закон. 2015. № 10. С. 48–58. Например, в Швеции, которая длительное время являлась популярным местом рассмотрения споров между российскими сторонами, было принято решение Верховного суда Швеции № 1881-99 (2000 г.), в котором указывалось, что в случае отсутствия самостоятельного соглашения сторон о конфиденциальности арбитражного разбирательства одна из них была вправе предоставить для публикации текст решения арбитражного трибунала.

[41] Там же.

акты государственных судов о приведении в исполнение решений арбитражных трибуналов можно в случае принятия судом решения о проведении слушания в закрытом режиме и сохранении решения в конфиденциальном виде. Хотя принятие такого решения остается на усмотрение государственного суда, стороны могут предусмотреть в своем соглашении положение о конфиденциальности в том числе слушаний в государственных судах и текстов решений государственных судов по делам, инициированным в связи с документацией по сделке и арбитражем. Обратим внимание на то, что хотя само по себе такое условие не влечет принятие государственным судом решения о закрытом рассмотрении дела, его наличие может стать подспорьем для стороны в аргументации необходимости и обоснованности закрытого слушания дела.

5. Доарбитражное урегулирование споров

На практике разрешение спора путем медиации или с привлечением эксперта, выбираемого сторонами, зачастую является эффективным способом разрешения споров из M&A сделок. Выбор в пользу таких механизмов разрешения споров позволяет сторонам эффективно и в краткие сроки урегулировать спор (особенно в сравнении с длительной процедурой рассмотрения спора в арбитраже или государственном суде), сократить расходы сторон и сохранить доброжелательные отношения между сторонами, которые зачастую могут быть ориентированы на продолжение в дальнейшем бизнес-сотрудничества по иным вопросам и проектам.

Рассмотрение споров с привлечением экспертов

Многие договоры по M&A сделкам содержат ограниченные положения о возможности рассмотрения споров с участием привлеченного независимого эксперта. При этом стороны соглашаются, что решение такого эксперта имеет окончательный характер и обязательно для сторон.

Обращение к эксперту является часто встречающимся способом разрешения разногласий между сторонами договора по вопросам корректировки цены или определения размера отложенного платежа *(earn-out)* после завершения сделки. Привлечение эксперта также возможно с целью определения суммы компенсации при нарушении продавцом заверений / возникновении обязанности по возмещению потерь, если

обязанная сторона не опровергает факт возникновения основания для выплаты такого возмещения, но имеется спор относительно порядка исчисления размера компенсации или ее денежной оценки.

В этой связи важно отметить, что эксперты не рассматривают правовые вопросы[42], сфера их участия ограничивается только фактическими и техническими вопросами. Решение такого эксперта, несмотря на то что стороны признают его окончательным и обязательным для них, не имеет такого же статуса, как решение арбитража[43]. За арбитром, в случае если при рассмотрении им спора встанет вопрос об оценке решения эксперта, остается право самостоятельно оценивать, связан ли состав трибунала решением такого эксперта или нет[44]. В последнем случае трибунал может при рассмотрении дела сделать свой вывод (как правило, с привлечением новых экспертов) по тому вопросу, который был поставлен на разрешение эксперта[45].

С практической точки зрения важным является четкое и однозначное формулирование сторонами положений о назначении эксперта и его роли в разрешении спора таким образом, чтобы из текста соглашения можно было однозначно установить, что эксперт является только специалистом по вопросу принятия решения о конкретном факте или финансовой оценки (например, размере корректировки покупной цены), но не имеет права принятия решений по иным вопросам. Также важно, чтобы из документов следовало, что такой эксперт не имеет статуса и полномочий арбитра и его решение, хоть и является для сторон окончательным и обязательным, может быть предметом

[42] При этом на практике эксперту иногда приходится делать предварительные выводы по правовым вопросам, например, давать свое толкование тем положениям договора, которые затрагивают выводы в его экспертном заключении (например, толковать положения договора, регулирующие корректировку цены после закрытия). В таком случае такое заключение эксперта по правовым вопросам не должно являться финальным и обязательным, а может быть в дальнейшем пересмотрено арбитром при рассмотрении дела. См. *Anne Véronique Schlaepfer*, Drafting Arbitration Clauses in M&A Agreements / The Guide to M&A Arbitration – Fifth Edition, 2024, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition

[43] Подробнее по этому вопросу см.: *A Redfern*, Experts and arbitrators – an international perspective. International Arbitration Law Review (4), 2021, 106.

[44] *Balz Gross*, M&A disputes and expert determination: getting to grips with the issues, in PLC Cross-border Arbitration Handbook 2010-2011, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-502-2504?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

[45] Возможность суда/состава арбитража пересмотреть решение эксперта и допустимые случаи для такого пересмотра определяются в соответствии с применимым правом и практикой судов соответствующей юрисдикции.

рассмотрения трибуналом в рамках арбитражного разбирательства при наличии для того веских оснований.

Медиация

Медиация относятся к способам альтернативного разрешения споров, представляющим собой примирительную процедуру, направленную на достижение самими сторонами консенсуального решения при посредничестве нейтрального третьего лица[46]. Как мы упоминаем выше, медиация может иметь большую эффективность при рассмотрении споров из M&A сделки, поскольку позволит учесть не только правовую и доказательственную сторону проблемы, но и коммерческие интересы сторон, которые они зачастую не готовы демонстрировать и раскрывать другой стороне в рамках формальной процедуры арбитражного рассмотрения спора. По своей сути такая процедура медитации может послужить логичным продолжением переговорного процесса в рамках сделки, в ходе которого стороны также старались найти приемлемые для всех финансовые решения и подходы к распределению рисков.

Полагаем, что включение в документацию по сделке положений о рассмотрении возникающих между сторонами споров в порядке медиации будет способствовать более эффективному разрешению возможных споров.

На сегодняшний день многие арбитражные учреждения предлагают возможность урегулирования споров путем обращения к процедуре медиации в соответствии с принятыми ими правилами медиации. Например, такие правила приняты HKIAC, DIAC, и стороны могут включить в договорную документацию стандартную медиативную оговорку, предлагаемую данными институтами. Содействие в обеспечении процедуры медиации в России также осуществляют РАЦ и МКАС, однако данными учреждениями не разработаны отдельные правила медиации и медиативные оговорки.

Дополнительные замечания

Закрепление в договоре положений, касающихся доарбитражного урегулирования споров с четким определением условий и сроков его

[46] Подробнее см. *Суспицына И.И.* Содействие арбитров в примирении сторон // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 4. / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина. Стр. 337–355.

соблюдения, обязательности или необязательности его соблюдения, порядка назначения эксперта или медиатора может способствовать как разрешению спора, так и сохранению благоприятных отношений между сторонами сделки.

С учетом того, что документация по M&A сделкам часто предусматривает ограниченные сроки для инициирования покупателем арбитражного разбирательства, может потребоваться включение положений о приостановлении течения указанных сроков в случае инициирования стороной процедуры доарбитражного урегулирования спора с участием эксперта или медиатора[47]. В таком случае стороне, предъявляющей такие требования, важно осуществить документальную фиксацию дат вынесения спора на рассмотрение эксперта/медиатора.

6. Арбитражные оговорки в комплексных сделках

Как правило, совершение M&A сделки включает в себя согласование и подписание многочисленной сделочной документации с участием не только непосредственно сторон M&A сделки (продавца, покупателя или участников совместного предприятия), но и с участием иных лиц (гарантов, бенефициаров, банков, самой приобретаемой компании и др.). Одна сделка может включать в себя подписание договора купли-продажи, опционных соглашений, соглашения о подписке, акционерного соглашения, договора залога, гарантий со стороны третьего лица и других документов, в том числе связанных с финансированием обязательств по сделке. При этом поведение стороны, считающееся нарушением одного обязательства по сделке, может повлечь возникновение ответственности также и по другим сделочным документам.

В спорах с участием множественности лиц или договоров, как правило, целесообразным является их разрешение в рамках одного разбирательства перед одним составом арбитров[48]. Объединение споров позволяет, во-первых, рассматривать дело более эффективно и сократить расходы сторон в этой связи. Во-вторых, что еще более

[47] По вопросу о правовой природе механизма установления сроков для инициирования покупателем судебных (арбитражных) разбирательств и структурировании таких условий в сделках M&A по российскому праву см. *Глухов Е.В.* Сделки купли-продажи акций и долей участия в уставных капиталах хозяйственных обществ: подготовка и реализация. Москва: М-Логос, 2019. С. 795–804.

[48] *Yan Zhang, Hui Wu*, M&A Arbitrations involving Multiple Parties and Contracts / The Guide to M&A Arbitration – Fifth Edition, 2024, https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-ma-arbitration/5th-edition

важно, исключить возможность того, что разные составы арбитража или суды придут к разным выводам по одному вопросу, что в дальнейшем приведет к сложностям при исполнении решений и создаст новую неопределенность в отношениях между сторонами[49].

В этой связи важно обеспечить возможность объединения исковых требований и/или арбитражей по спорам, возникающим из многочисленных документов по одной сделке. И если при рассмотрении спора в государственных судах суды имеют достаточно широкие полномочия в части объединения дел в одно производство и в части привлечения третьих лиц к участию в деле, то при рассмотрении спора в арбитраже необходимо руководствоваться принципом автономии воли и учитывать наличие согласия стороны на участие в рассмотрении спора путем арбитража.

Арбитражные регламенты предусматривают возможность объединения арбитражей и объединения исковых требований. Общим правилом для возможности такого объединения является наличие согласия всех сторон на такое объединение.

Объединение также, как правило, является возможным, если объединяемые исковые требования/арбитражи основаны на одном и том же арбитражном соглашении[50].

Соответственно, наличие единого арбитражного соглашения, охватывающего всю документацию по сделке, существенно облегчит сторонам возможность изначального рассмотрения всех возникающих между ними споров в рамках единого процесса. На практике такое соглашение может быть оформлено отдельным документом, содержащим арбитражное соглашение и подлежащее подписанию всеми участниками сделки. Мы рекомендуем подписать такое соглашение на этапе ведения переговоров по сделке и закрытия сделки, поскольку в дальнейшем в случае возникновения споров сторонам будет намного сложнее прийти к единому решению об объединении разбирательств с их участием.

Если согласие всех сторон на объединение отсутствует, а также отсутствует единое арбитражное соглашение, то условия для объединения арбитражей будут отличаться от одного арбитражного института к другому.

---

[49] *Gary Born*, International Commercial Arbitration (Third edition, Kluwer, 2020), § 18.1, pp. 2762–63.

[50] См., например, статьи 31(1) и 32(2) Регламента РАЦ 2021, статья 28.1 Регламент HKIAC 2024, статья 8.1(b) Регламента SIAC 2016, статья 8.2(a) Регламента DIAC 2022.

Например, Регламент HKIAC 2024 позволяет объединять требования и арбитражные разбирательства, проводимые в соответствии с Регламентом HKIAC, если иски поданы на основании более чем одного арбитражного соглашения, во всех арбитражных разбирательствах возникает общий вопрос права или факта, права на получение судебной защиты заявлены в отношении одной и той же сделки или серии взаимосвязанных сделок, и арбитражные соглашения совместимы. Последнее из приведенных условий также является критерием для объединения требований по нескольким договорам в одно арбитражное разбирательство[51].

Регламент РАЦ 2021 года позволяет объединить два и более начатых арбитража по заявлению стороны, если объединяемые арбитражи основаны на разных арбитражных соглашениях, которые являются совместимыми, в том числе в части места арбитража, языка арбитража, порядка формирования Состава арбитража и иных существенных положений, и (а) стороны объединяемых арбитражей совпадают; или (б) стороны объединяемых арбитражей не совпадают, но споры вытекают из связанных обязательств[52].

В таком случае при составлении транзакционной документации важно обеспечить, чтобы арбитражные оговорки, включенные в различные документы по сделке, являлись совместимыми. Совместимость арбитражных оговорок подразумевает, что как минимум они предусматривают рассмотрение споров в соответствии с одними правилами арбитража, в одном месте арбитража и на одном языке[53].

7. Сделки с множественностью лиц на стороне продавца/покупателя

Помимо упомянутой в разделе 6 выше проблемы, связанной с возможным участием в сделке множества лиц, зачастую на стороне продавца и(или) покупателя (чаще всего на стороне продавца) M&A сделки, также может присутствовать множественность лиц.

---

[51] Статьи 29.1 и 29.1 Регламента HKIAC 2024.

[52] Статья 32(2) Регламента РАЦ 2021.

[53] Дополнительно сторонам и их консультантам необходимо обращать внимание на совместимость положений о порядке формирования состава арбитража, поскольку не все арбитражные правила регулируют назначение состава арбитража в ситуации объединения арбитражей и отсутствия при этом у сторон единого мнения по составу арбитража.

Например, группа физических лиц в рамках единой сделки продает принадлежащие им 100% участия в компании стороннему покупателю. В таком случае каждый из продавцов может нести ограниченную ответственность перед покупателем, например, пропорционально его доле участия или фактического контроля над продаваемой компанией. При этом ответственность лиц на такой стороне не всегда является солидарной, а может быть раздельной, что потребует предъявления кредитором требований одновременно ко всем должникам. В такой ситуации при рассмотрении спора может возникать ряд практических сложностей, если на стороне со множественностью лиц отсутствует согласованная позиция. В частности, может быть затруднен выбор арбитра соответствующей стороной, предоставление ей согласованной позиции по существу спора, уплата ей расходов в связи с проведением арбитража и пр.

В случае наличия множественности на какой-либо из сторон сделки рекомендуется определить в договорной документации, каким образом будет разрешаться спор между лицами, выступающими на одной стороне, в случае отсутствия у них единой согласованной позиции. Оптимальным с точки зрения противоположной стороны, участвующей в сделке, является назначение в договоре уполномоченного представителя стороны, который осуществляет права от имени всех лиц на этой стороне. Это лицо имеет право выбрать и назначить арбитра от данной стороны, представлять согласованную позицию стороны по спору, др. В договоре также желательно сразу «подназначить» альтернативного представителя на случай, если «основной» представитель не сможет осуществлять свои полномочия в связи с его смертью, объявлением умершим или пропавшим без вести, возбуждением в отношении него уголовного дела или инициирования процедуры банкротства[54].

Таким назначенным стороной продавца представителем может быть тот из продавцов, кто наиболее активно участвовал в ведении текущей хозяйственной деятельности продаваемой компании и наиболее осведомлен о состоянии ее дел. Альтернативно это может быть выбранная авторитетная и независимая юридическая фирма.

Закрепление такого способа представительства интересов стороны с множественностью лиц по спорам, в которых участвуют

[54] Данный список обстоятельств, ведущих к невозможности представителя выполнять свои функции или к утрате доверия к нему, можно дополнять. Однако важно обеспечить, чтобы такие обстоятельства могли быть достоверно установлены и подтверждены документально, чтобы не возникало вопроса о том, имеет ли право «альтернативный» представитель приступить к осуществлению своих полномочий или нет.

все или часть таких лиц, существенно упростит ведение процесса и коммуникацию между сторонами и трибуналом. Однако следует отметить, что такой подход не является строгим, поскольку на практике у лиц, которые захотят самостоятельно отстаивать свою позицию при рассмотрении дела, все равно останется возможность это сделать: сложно представить ситуацию, в которой трибунал при рассмотрении спора не принял бы документы или доказательства от лица, выступающего на стороне ответчика, со ссылкой на то, что вся коммуникация может осуществляться только через назначенного в договоре представителя.

В случае назначения представителя стороны, на которой присутствует множественность, особняком будет стоять вопрос о статусе и ответственности такого представителя стороны перед иными лицами, выступающими на данной стороне.

В случае же, если участники спора, выступающие на одной стороне, захотят самостоятельно участвовать при рассмотрении спора и не смогут достичь консенсуса по процессуальным вопросам, арбитрам предстоит разрешать сложную задачу учета мнения всех участвующих в рассмотрении дела лиц. На начальном этапе, если такие участники не смогут согласовать кандидатуру арбитра со своей стороны в течение установленного срока, то в соответствии с правилами большинства арбитражных учреждений арбитр будет выбираться арбитражным учреждением.

Еще одна сложность может возникать в ситуации «расщепления» личности покупателя по сделке. Такая ситуация встречалась на практике и ранее в случаях подписания договора дочерней компанией с одобрения материнской (холдинговой) компании, фактически участвующей в переговорах, согласовании и исполнении сделки. После марта 2022 года эта проблема получила новое звучание: все чаще наблюдаются случаи, когда «бенефициарным» покупателем по сделке выступает крупная и зачастую находящаяся под санкциями иностранных государств компания. Такой бенефициарный покупатель фактически участвует в переговорах по сделке, проведении due diligence, привлечении финансирования под сделку, но не имеет юридической связи с документацией по сделке. При этом формальным покупателем выступает чаще всего небольшая и малоизвестная компания с санкционно-нейтральными участниками и директорами.

В таких ситуациях в случае возникновения споров по сделке перед сторонами и арбитражем встанет ряд вопросов материального и процессуального характера, в частности:

– Возможность привлечения такого «бенефициарного» покупателя к рассмотрению спора в арбитраже и к ответственности по договору за допущенные на стороне покупателя нарушения (например, если сделочная документация предусматривает какие-либо обязанности на стороне покупателя, его гарантии возмещения потерь, а также в случае нарушения заверений об обстоятельствах покупателя);

– Учет знания «бенефициарного» покупателя о бизнесе приобретаемой компании в контексте вопроса о нарушении заверений и гарантий;

– Обеспечение конфиденциальности информации о «бенефициарном» покупателе (в этой части см. раздел 4 выше).

Применительно к первым двум из обозначенных выше проблем приходится признать, что если документация по сделке никак не регулирует данный вопрос, то продавцу может быть достаточно сложно обосновать и доказать необходимость участия такого «бенефициарного» лица на стороне покупателя по сделке[55].

Кроме того, в отсутствие согласия сторон и самого «бенефициарного» покупателя нельзя будет привлечь его к участию в арбитражном разбирательстве, возникающем на основании документов по сделке.

В этой связи продавцу рекомендуется на этапе согласования и подписания документов по сделке привлечь такого «бенефициарного» покупателя к подписанию единого арбитражного соглашения. В этом случае возможно оформление отдельного соглашения *(side letter),* которое фиксирует статус «бенефициарного» покупателя как лица, участвующего в сделке на стороне покупателя и отвечающего за исполнение им своих обязательств по сделке (конкретные формулировки, используемые в side letter, будут зависеть от переговорной позиции сторон) и содержит совместимую арбитражную оговорку. Такое лицо также может участвовать в подписании единого арбитражного соглашения вместе с иными участниками сделки, как было предложено в разделе 6 выше).

[55] *Калинин М.С.* Действие арбитражного соглашения в отношении лиц, которые его не подписывали // Новые горизонты международного арбитража. Выпуск 3. / Под науч. ред. А.В. Асоскова, А.И. Муранова, Р.М. Ходыкина, стр. 225–241. В работе Калинина М.С. подробно рассматриваются возможные подходы и концепции, которые могут быть использованы при обосновании связанности третьего лица арбитражным соглашением, которое оно не подписывало. Однако все эти подходы на практике потребуют необходимости обосновать их применимость перед трибуналом, успех чего не может быть заранее гарантирован.

8. Заключение

В заключение стоит подчеркнуть, что каждая сделка M&A уникальна, ее условия и формулировки договорной документации требуют индивидуального подхода. Поэтому невозможно предоставить универсальную инструкцию, которая бы подходила для всех случаев, даже если речь идет лишь о подготовке арбитражной оговорки.

Цель данной статьи – вооружить стороны и их юридических консультантов рекомендациями и ориентирами, которые помогут внимательно проанализировать ключевые аспекты, необходимые для выбора арбитражного учреждения, а также для разработки текста арбитражной оговорки или соглашения. Обсуждение этих вопросов на раннем этапе может значительно повысить эффективность процесса разрешения споров и минимизировать возможные риски.

СВОБОДА УСМОТРЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА В ИНСТИТУЦИОНАЛЬНОМ АРБИТРАЖЕ

С.Д. Иванов,
Правовой советник Российского арбитражного центра
при Российском институте современного арбитража,
магистр частного права

Аннотация:
В настоящей статье предпринимается попытка сформулировать понятие свободы усмотрения арбитра; излагаются предпосылки возникновения данной правовой категории; систематизируются основные источники и пределы дискреционных полномочий арбитра. В отсутствие соответствующих научных разработок статья может расцениваться в качестве одного из первых шагов в направлении изучения и развития заявленной темы.

Ключевые слова: *третейский суд, дискреционные полномочия, свобода усмотрения, автономия воли, арбитражное соглашение, постоянно действующее арбитражное учреждение, арбитражный регламент, процедура арбитража, iura novit curia, due process.*

FREEDOM OF DISCRETION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL IN INSTITUTIONAL ARBITRATION

Sergey Ivanov,
Legal Counsel at the Russian Arbitration Centre at Russian Institute of Modern Arbitration, Master of Private Law

Abstract:
The present article attempts to formulate the concept of the arbitrator's discretion; sets out the prerequisites for the emergence of the analyzed legal category; systematizes the main sources and limits of the arbitrator's discretionary powers. In the absence of relevant scientific elaborations, the article can be regarded as one of the first steps in the direction of studying and developing the stated topic.

Key words: *arbitral tribunal, discretionary powers, freedom of choice, party autonomy, arbitral agreement, permanent arbitral institution, arbitration rules, arbitral procedure, iura novit curia, due process.*

Предпосылки актуализации вопроса о свободе усмотрения арбитров

Тезис о консенсуальной природе арбитража является аксиоматичным. При этом воля сторон передать свои потенциальные споры на разрешение в третейский суд обусловлена положениями права, регулирующего арбитраж, которые в подавляющем большинстве случаев характеризуются лаконичным, диспозитивным характером норм, предоставляющим сторонам возможность самостоятельно определить процедуру, максимально отвечающую их потребностям.

Тем не менее точку в споре между сторонами ставит третье лицо – арбитр, наделенный соответствующими полномочиями арбитражным соглашением. С момента принятия соответствующего назначения на долю арбитра выпадает принятие значительного количества промежуточных решений по процессуальным и материальным вопросам, которые должны привести к вынесению конечного арбитражного решения.

По общему правилу у третейского суда нет иного выбора, кроме как следовать условиям арбитражного соглашения или процессуальным документам сторон, положениям арбитражного регламента или нормам национального законодательства об арбитраже. Однако в отдельных случаях у арбитра появляется определенная свобода усмотрения, то есть возможность принятия самостоятельного решения по поставленному перед ним вопросу. Такие ситуации возникают, когда в одном из перечисленных источников прямо предусмотрено такое дискреционное полномочие или же когда соответствующий порядок принятия решения не указан ни в одном из источников.

При этом, несмотря на широту вышеобозначенных первичных нормативных формулировок, комплексный анализ всего регуляторного массива, имеющего своим предметом полномочия третейского суда, демонстрирует, что в отдельных случаях выполнение последним возложенных на него обязанностей, включая реализацию дискреционных полномочий, происходит в обстановке, при которой для вынесения решения он вынужден чуть ли не проходить между Сциллой и Харибдой.

Такое состояние дел, которое нельзя признать удовлетворительным, явилось побудительным мотивом настоящей статьи, имеющей своей целью определить пределы самостоятельности третейского суда в процессе разрешения спора в институциональном арбитраже.

Считаем необходимым сделать ряд предварительных замечаний, не углубляясь в доктринальные споры о природе арбитража, задающей основную канву для всех исследований по предмету.

На наш взгляд, дискреционные полномочия арбитра наиболее оптимально анализировать в парадигме гибридной теории арбитража, появление которой в доктрине не только было обусловлено попыткой примирить консенсуальную и юрисдикционную теории, но и отражало объективную действительность[1], в которой арбитраж хотя и имеет своим основанием соглашение сторон, на всех своих этапах будет испытывать на себе столкновение интересов различных акторов[2], установление баланса между которыми ложится опять же на плечи третейского суда.

[1] Redfern and Hunter on International Arbitration / N. Blackaby, C. Partasides et al / 5th ed., Oxford University Press, 2009. P. 29, paras. 1.84–1.85; Comparative International Commercial Arbitration / J. D.M. Lew, L.A. Mistelis et al. Kluwer Law International, 2003. P. 79, para. 5–26; P. Mayer. The Arbitrator's Initiative: Its Foundation and Its Limits / ed. by D. Baizeau, F. Spoorenberg. ASA Special Series No. 45. 2016, p. 2–3; J.M. Waincymer. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012. P. 50.

[2] В частности, пристальное внимание к влиянию интересов различных групп на процесс арбитража в своих работах уделил F. Ferrari. See, e.g.: Limits to Party Autonomy

Такую задачу невозможно выполнить, руководствуясь исключительно полномочиями, предоставленными частным соглашением сторон, что в свою очередь породило необходимость обоснования правомочий арбитров выходить за пределы границ, очерченных первоначальным арбитражным соглашением.

Однако отечественная доктрина, богатая на труды в сфере свободы усмотрения правоприменительных органов, фактически игнорирует вопрос дискреционных полномочий третейского суда. Зарубежные же исследователи уделяют основное внимание концепции неотъемлемых полномочий (inherent powers) арбитров[3], в лучшем случае расценивая анализируемый вопрос в качестве побочного.

Далее, ограничение предмета настоящей работы рассмотрением свободы усмотрения арбитров только институциональным арбитражем также имеет повод. Так, применительно к России Совет по совершенствованию третейского разбирательства при Министерстве юстиции Российской Федерации в своем отчете за 2023 год указал на последовательное увеличение количества поступивших в постоянно действующие арбитражные учреждения исков и расценил данный факт в качестве признака «заинтересованности предпринимательского и профессионального сообществ в использовании арбитража как альтернативного способа разрешения споров»[4]. Кроме того, именно арбитражные институты, находясь в постоянном взаимодействии как с непосредственными пользователями арбитража, так и с органами национальных правопорядков, являются драйвером развития и расширения границ в тех или иных областях третейского разбирательства.

С учетом изложенного выше, принятие третейским судом самостоятельных решений по тем или иным вопросам в ходе рассмотрения спора связано с нацеленностью на достижение оптимального результата, то есть имеющего удовлетворительное обоснование для каждой из групп интересантов.

---

in International Commercial Arbitration / ed. by F. Ferrari. 2016; Iura Novit Curia in International Arbitration / ed. by F. Ferrari, G. Cordero-Moss. 2018.

[3] See, e.g.: Inherent Powers of Arbitrators / ed. by F. Ferrari, F. Rosenfeld. 2019; Рекомендации о неотъемлемых и подразумеваемых полномочиях международных арбитражных трибуналов / Приложение к Резолюции № 4/2016 Ассоциации международного права / пер. на русский язык А.В. Гребельский, А.Н. Жильцов, М.Ю. Савранский / Коммерческий арбитраж. 2021. № 2(7), С. 203–206.

[4] Отчет о деятельности Совета по совершенствованию третейского разбирательства за 2023 год. С. 14. URL: https://minjust.gov.ru/ru/pages/otchety-o-deyatelnosti-soveta-po-sovershenstvovaniyu-tretejskogo-razbiratelstva/.

В самом деле, арбитр не является автоматоном, выполняющим только те действия, которые от него ожидают стороны: будучи членом общества, он принимает решение по делу, анализируя его через призму своего интеллектуального и профессионального багажа, житейского опыта, а в некоторых случаях и моральных установок.

При таких условиях роль арбитра все явственнее тяготеет к положению квазисудьи, который вправе обращаться ко всем доступным ему правовым средствам для разрешения дела, но при этом не осуществляет публичную судебную власть[5], поскольку остается не более чем альтернативой государственному судье в той мере, в которой это позволяет соответствующий национальный правопорядок[6].

Вовне данная тенденция проявляется через «юридизацию» арбитража: привнесение элементов стандартного судопроизводства, формализацию, зарегулирование процесса[7]. В российской юрисдикции, как отмечается в доктрине, указанные изменения идут рука об руку с усилением судебного контроля за арбитражем[8]. В то же время отдельные авторы оценивают описываемые процессы как вполне закономерные и обусловленные большим количеством социальных предпосылок[9].

Кроме того, закреплению за арбитром статуса самодостаточного правоприменителя способствует популярная в доктрине позиция об отказе от отождествления правосудия с судебной властью[10]: при

---

[5] Comparative International Commercial Arbitration / J. D.M. Lew, L.A. Mistelis et al. Kluwer Law International, 2003. P. 79, para. 5–25.

[6] F. Dasser. “Soft Law” in International Commercial Arbitration / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. – Recueil des cours. Vol. 402, 2019. P. 399; О.А. Бенедская. Конституционно-правовые основы института третейского суда в Российской Федерации: проблемы теории и практики / дисс. к.ю.н. – М: МГУ, 2020. С. 57.

[7] R. Gerbay. The Functions of Arbitral Institutions. Kluwer Law International, 2016. P. 47–52; F. Dasser. Op. cit. P. 405.

[8] О.Ю. Скворцов. Публицизация арбитража / Третейский суд. 2021, № 3/4 // СПС «КонсультантПлюс»; Г.В. Севастьянов. Институционализация арбитража ad hoc в России. «Институциональные» третейские суды (арбитры). Проблемы и задачи развития арбитража в России / Третейский суд. 2021, № 1 // СПС «КонсультантПлюс».

[9] О.А. Бенедская. Указ. соч. С. 35.

[10] М.И. Клеандров. Статус судьи: правовой и смежный компоненты. – М.: Норма, 2008 // СПС «КонсультантПлюс»; А.А. Никитин. Правовое усмотрение: теория, практика, техника / дисс. д.ю.н. – Саратов: СГЮА, 2021. С. 314; О.А. Бенедская. Указ. соч. С. 12.

таком подходе арбитру неминуемо приписывается выполнение более широкого круга общественно полезных функций, нежели разрешение конкретного спора.

Таким образом, при описанном положении вещей повышается актуальность определения и закрепления границ дозволенного арбитру самостоятельного поведения.

Характеристика свободы усмотрения третейского суда

Упомянутое текущее состояние доктрины применительно к методологии не оставляет выбора, кроме как проводить параллели между фигурами государственного судьи и арбитра и их свободой в принятии решений, в том числе адаптируя имеющиеся теоретические наработки в сфере процессуального права к коммерческому арбитражу.

Подходы к правоприменительному усмотрению в отечественной доктрине разделяются на отношение к усмотрению как к праву, свободе, полномочию на выбор определенного решения и как на специфический вид деятельности[11]. По устоявшейся в отечественной правовой науке традиции, оба этих подхода были синтезированы, породив дефиницию усмотрения правоприменителя как «интеллектуальную волевую деятельность субъекта правоприменения, имеющую своим результатом выбранное на основе предписаний правовых норм решение по имеющему юридическое значение вопросу, выражающееся вовне в форме правоприменительного акта»[12].

К числу особых характеристик, присущих усмотрению государственного судьи и отличающих его от иных субъектов, обладающих дискрецией при принятии юридически значимых решений, относят следующие:

1) опосредованность на начальном этапе усмотрением других субъектов;

2) реализация в рамках определенных полномочий, в строгой процедурной форме;

3) наличие правоинтерпретационной и правотворческой составляющих;

Пример противоположной позиции см.: Г.В. Севастьянов. Правовая природа третейского разбирательства как института альтернативного разрешения споров (частного процессуального права) – М.: Статут, 2015. С. 85.

[11] А.А. Никитин. Указ. соч. С. 37.

[12] Там же. С. 222.

4) возможность ограничить другие виды правоприменительного и правореализационного усмотрения[13].

На первый взгляд, при таком довольно абстрактном описании можно констатировать, что характеристики анализируемой правовой категории являются идентичными и для государственного, и для третейского суда, что должно приводить к выводу о «тождестве процессуальных полномочий обоих субъектов правоприменения»[14].

Однако более пристальное сопоставление через вышеперечисленные характеристики позволяет выявить ряд различий.

В самом деле, будучи субъектами правоприменения, в процессе разрешения спора и суд, и арбитр принимают решения по процессуальным вопросам; по вопросам, связанным с разрешением спора по существу, включая установление фактических обстоятельств, оценку доказательств, определение применимых правовых норм, их непосредственное применение и толкование; по окончательному разрешению спора по итогам совершения всех предшествующих действий.

(1) Арбитр, как и судья, принимает решения по тому или иному процессуальному или материально-правовому вопросу только в рамках конкретного спора. В этом и состоит опосредованность: возникновение каких-либо дискреционных полномочий у судьи или у арбитра невозможно за пределами процедуры разбирательства, решение об инициировании которой принимается соответствующей стороной.

(2) Государственный судья осуществляет свои полномочия в порядке и в пределах, установленных нормативным правовым актом, регулирующим судопроизводство. Правомочия арбитра, в отличие от судьи, не являются предварительно и четко установленными.

В то же время в пределах своей компетенции государственный суд обладает всеми полномочиями как орган, осуществляющий судебную власть; третейский суд же ограничен возможностью принимать решения только по тем вопросам, которые предусмотрены соответствующим арбитражным соглашением; при этом спор должен быть отнесен правом, регулирующим арбитраж, к числу арбитрабильных. С другой стороны, процедура арбитража характеризуется более казуистичным характером по сравнению с порядком, предусмотренным национальным процессуальным кодексом, поскольку регламентируется по большей части непосредственно сторонами и составом арбитража.

[13] См. об этом подробнее: Там же. Гл. 3, § 4.

[14] В.Н. Косцов. Немонетарные способы правовой защиты в международном арбитраже / дисс. к.ю.н. – М.: ВШЭ, 2024. С. 142–143.

Так, в стандартном исковом производстве судья обязан придерживаться определенной предустановленной стадийности процедуры (подготовка дела к разбирательству, исследование доказательств, прения сторон, вынесение решения), но «движение внутри стадий будет находиться в сфере контроля суда»[15]; арбитр и стороны могут самостоятельно определить порядок и сроки представления процессуальных документов (в том числе ограничить количество этапов обмена позициями), проведения устных слушаний, исследования конкретных спорных вопросов в рамках слушаний (например, сначала установить факт нарушения обязательства и только при установлении данного факта перейти к оценке размера убытков, причиненных таким нарушением).

(3) Пределы действий третейского суда по применению и толкованию права также отличны от государственного судьи: если возможности последнего продиктованы правом страны суда (*lex fori*), то над арбитрами такое право не довлеет. Поэтому в литературе выражается мнение о более широкой правоприменительной и даже правотворческой свободе арбитров, хоть и «с индивидуальным эффектом в рамках конкретного дела»[16].

Применительно к материально-правовому аспекту, на судью, как на представителя конкретной юрисдикции, возлагаются обязанности по защите и обеспечению соблюдения общественных ценностей, воплощенных в соответствующем правовом регулировании, что обусловливает, например, полномочия суда по применению отдельных правовых норм *ex officio*, независимо от мнения сторон. Арбитр в свою очередь не имеет собственного *lex fori* в том смысле, что он не отстаивает интересы какого-либо национального правопорядка и в этой связи не наделен соответствующими обязанностями.

В связи с этим могут различаться и мотивы, принимаемые во внимание в процессе реализации дискреции: так, если государственный суд, исходя из предписания нормы, будет руководствоваться, например, соображениями справедливости, разумности, целесообразности[17], то осуществляемый арбитром правовой выбор прежде всего нацелен на соответствие разумным ожиданиям сторон, основанным на прин-

---

[15] С.В. Лазарев. Судебное управление движением дела в цивилистическом процессе: теоретические проблемы / дисс. д.ю.н. – Екатеринбург: УрГЮУ, 2024. С. 57.

[16] D. Bentolila. Arbitrators as Lawmakers. Kluwer Law International. 2017. P. 81.

[17] Д.Б. Абушенко. Указ. соч. С. 73–74; О.А. Папкова. Усмотрение суда. – М.: Статут, 2005. С. 75.

ципе автономии воли[18], а вышеперечисленные критерии хотя и могут быть учтены при разрешении вопроса по существу спора, но все же будут носить вспомогательный характер.

В процессуальной плоскости, например, если судья имеет дело с иностранным применимым правом, он располагает ограниченным перечнем способов установления содержания такого права, а в качестве «аварийного клапана» может прибегнуть к применению собственного национального права[19]. Третейский судья, прежде всего как правовед-профессионал, обладающий методологией работы с правовыми источниками, более гибок в вопросах установления содержания норм применимого права, вплоть до производства собственных изысканий в информационном массиве. Важно заметить, что применительно к арбитражу дихотомия «*lex fori* – иностранное право» не применяется, поэтому можно утверждать, что для третейского суда, по крайней мере в международном арбитраже, любое право будет иметь статус иностранного, то есть его содержание должно быть установлено и доведено до сведения всех лиц, участвующих в деле.

Не в последнюю очередь указанное выше противопоставление в степени свободы субъектов правоприменения обусловлено тем, что правоприменительная деятельность арбитра, в отличие от государственного судьи, не «опосредована в том числе пониманием норм права, исходящим от лиц, способных влиять на дальнейшее рассмотрение дела»[20]. Судья, разрешая спор по существу, по общему правилу придерживается толкования, изложенного в актах и разъяснениях высших судов, отвечающих за формирование единообразной правоприменительной практики. Арбитр, напротив, не будучи встроенным в инстанционную систему, в отсутствие каких-либо вышестоящих правоприменительных органов, могущих в последующем скорректировать выводы по правовым вопросам[21], не ограничен в применении и толковании норм.

---

[18] See e.g.: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / ed. by E. Gaillard, J. Savage. Kluwer Law International. 1999. P. 762, para. 1393; Redfern and Hunter on International Arbitration / N. Blackaby, C. Partasides et al / 5th ed., Oxford University Press, 2009. P. 364, para. 6.08; P. 538, para. 9.72. См. также: А.А. Панов. Доктрина «неожиданного решения» в международном коммерческом арбитраже / Вестник международного коммерческого арбитража, 2012. № 2. С. 74–88.

[19] Статья 14 АПК РФ.

[20] Д.Б. Абушенко. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. – М.: Норма, 2002. С. 27.

[21] See, e.g.: Precedent in International Arbitration / ed. by E. Gaillard, Y. Banifatemi. IAI Series on International Arbitration No. 5. 2008; G. Sacerdoti. Precedent in the Settlement of

Таким образом, третейский суд, с одной стороны, по общему правилу, обладает более широкой свободой творчества, но с другой стороны – следует отметить – зачастую либо не находит применения этой свободе, предпочитая остаться в пределах отчетов экспертов по праву, представленных сторонами, либо – что особенно актуально для внутреннего арбитража – считает необходимым в интересах исполнимости вынесенного решения придерживаться ранее проторенных правоприменительных троп. Более подробные рассуждения на этот счет изложены ниже применительно к влиянию принципа *iura novit curia* и практики государственных судов на стадии приведения в исполнение арбитражных решений на дискреционные полномочия третейского суда.

(4) По вопросу ограничения дискреции иных субъектов расклад сил также представляется неравным. Судебный акт имеет непосредственную обязательную юридическую силу и подкреплен возможностями государственного аппарата, тем самым ограничивая последующую дискрецию причастных к нему субъектов, будь то стороны спора или иные органы власти. Проявлением такой ограничительной власти, например, является институт преюдиции, который исключает возможность повторного рассмотрения одного и того же дела или повторного исследования ранее установленных фактических обстоятельств[22]. На этом фоне арбитражное решение характеризуется более слабыми возможностями: его исполнение лицом, против которого оно вынесено, по большей части обеспечивается внеправовыми факторами, например, репутационными или экономическими; принудительное же исполнение возможно только через задействование соответствующего государственного механизма; наличие у арбитражного решения преюдиционных свойств, даже с учетом квазисудебного статуса арбитра, также является предметом дискуссии[23].

Таким образом, усмотрением или дискрецией третейского суда является принятие решения по процессуальным и материальным вопросам в рамках конкретного спора в пределах компетенции, установленной арбитражным соглашением и применимым правом.

International Economic Disputes: The WTO and Investment Arbitration Models. 2011 / URL: https://ssrn.com/abstract=1931560; D. Bentolila. Op.cit. P. 154–173.

[22] Часть 2 ст. 69, п. 3 ч. 1 ст. 127.1 АПК РФ.

[23] См., например: А.В. Протасова. Применение доктрины res judicata международными коммерческими трибуналами / Магистерская диссертация. – М.: ИЦЧП, 2018; S. Schaffstein. The Doctrine of Res Judicata Before International Arbitral Tribunals / PhD Thesis. Geneva. University of Geneva. 2012.

Источники и ограничители дискреционных полномочий третейского суда

Как справедливо отмечает J.M. Waincymer, «довольно просто составить перечень источников прав, обязанностей и полномочий арбитров, но крайне спорным будет вопрос их релевантности»[24].

Мы исходим из подхода, при котором упор должен быть сделан не на составление иерархических списков[25], в том числе поскольку такие списки и места в иерархии будут разниться от одного дела к другому, а на группирование источников по относимости к тому или иному субъекту, чьи интересы вовлечены в арбитражный процесс.

Автономия воли сторон

Волеизъявление сторон, задающее первичные условия для осуществления дискреции, конкретизируется в арбитражном соглашении и процессуальных документах, представленных в процессе разбирательства.

В различных правовых системах выработалось схожее общее правило, презюмирующее максимальную предметную широту арбитражного соглашения: в частности, применительно к системе общего права оно было закреплено в деле Fiona Trust[26], в качестве примера континентального правопорядка можно привести положение ч. 11 ст. 7 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

Соответственно, если сторонами прямо не установлено иное, арбитр вправе рассмотреть любое требование, вытекающее из спорного правоотношения, и применить любые доступные средства правовой защиты[27].

---

[24] J.M. Waincymer. Op. cit. P. 50.

[25] Хотя подобные предложения имеются. См., например: М.Ю. Савранский. Процессуальные средства и иерархия уровней регулирования арбитража по новому российскому законодательству / Третейский суд. 2016. № 4/5. С. 21–34.

[26] J. Allsop, Y. Homma. What are the Limits of the Fiona Trust Doctrine? A Review of Recent Cases on Inconsistent Dispute Resolution Clauses. Kluwer Arbitration Blog. 2022. URL: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/07/07/what-are-the-limits-of-the-fiona-trust-doctrine-a-review-of-recent-cases-on-inconsistent-dispute-resolution-clauses/.

[27] В.Н. Косцов. Указ. соч. С. 144.

При этом стороны могут существенно сузить объем вопросов, по которым третейский суд будет принимать решение, в том числе исключив из объема оговорки отдельные категории споров или правовые вопросы, подлежащие разрешению.

Например, стороны могут предусмотреть, что они готовы передать на разрешение в арбитраж только споры, связанные с исполнением основных обязательств по договору, исключив при этом не только акцессорные, но и даже второстепенные, вспомогательные обязательства по основному договору (например, охранительные или информационные обязанности); дополнительно ограничив полномочия состава арбитража только установлением факта нарушения таких обязательств, но не присуждением убытков, неустойки или иного средства правовой защиты.

В то же время формулирование чрезмерно узкого арбитражного соглашения, а равно умолчание законодателя при регулировании отдельных процедурных вопросов создает риск выхолащивания арбитража, то есть не позволяет достичь первоначальной цели – разрешения возникшего спора.

В качестве примера можно привести дело, связанное с заявлением в арбитраже возражения о зачете предъявленного требования: ответчик ссылался на состоявшийся до предъявления иска зачет требования из связанного договора; состав арбитража не принял довод о зачете при вынесении решения по существу, ссылаясь на отсутствие своей компетенции о рассмотрении требований из связанного договора, поскольку последний содержал пророгационную оговорку в пользу Арбитражного суда г. Москвы, а истец по первоначальному иску отрицал факт состоявшегося зачета; впоследствии государственный суд отказал в выдаче исполнительного листа, придя к выводу, что исполнение арбитражного решения повлечет нарушение публичного порядка, в частности нарушение принципов справедливости и соразмерности имущественного взыскания, правовой определенности и иных[28].

Как можно видеть, в данном случае третейский суд оказался, по сути, в безвыходном положении: принятие возражения о зачете могло быть расценено в качестве выхода за пределы компетенции состава арбитража, вмешивающегося в правоотношение, в отно-

[28] См. Определение Арбитражного суда г. Москвы от 12.03.2024 по делу № А40-271530/23, Постановление Арбитражного суда Московского округа от 27.05.2024, Определение ВС РФ от 18.09.2024 № 305-ЭС24-15132(1) / URL: https://kad.arbitr.ru/Card/6f4584b7-1114-421c-8dbf-6fbd48237567.

шении которого стороны установили иной порядок разрешения споров; непринятие возражения о зачете – тем более когда буква специального закона устанавливает для зачета режим встречного иска[29] – было квалифицировано как нарушение основополагающих принципов права.

В подобных ситуациях состав арбитража может рассчитывать только на национальный правопорядок, который должен предоставить полномочия на преодоление условий арбитражного соглашения, в том числе за счет императивного расширения компетенции трибунала. Так, например, усилиями швейцарского судейского корпуса в законодательстве получил закрепление принцип *le juge de l'action est le juge de l'exception*[30], наделяющий третейские суды, разрешающие внутренние споры[31], компетенцией на рассмотрение любых возражений, связанных с первоначальным иском[32].

В отсутствие прямых соглашений поле деятельности арбитра конкретизируется через процессуальные документы сторон, в которых излагаются как материально-правовые требования, так и процедурные моменты, связанные, например, с процессом доказывания или применения обеспечительных мер.

Применение дискреции в таком случае рекомендуется «либо при наличии прямого уполномочивания сторонами, либо при наличии пробела в соглашении и применимых правилах»[33].

Принятие третейским судом решений, идущих вразрез с условиями арбитражного соглашения, в том числе по вопросам, которые стороны не поднимали в ходе арбитражного разбирательства, будет являться выходом за пределы предложенного ему мандата, нарушением прин-

[29] Пункт 10 ст. 25 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

[30] Gabriel S., Meier K. Set-Off Defenses in Arbitration – Conclusions from a Swiss Civil Law Perspective / Indian Journal of Arbitration Law. Vol. 5. № 2. 2017. P. 64.

[31] О неприменимости анализируемого принципа в международном арбитраже см.: L. Pittet. Pouvoir du tribunal arbitral d'examiner une créance opposée en compensation / ASA Bull. 2/2024, P. 274–283.

[32] Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (Stand am 1. Januar 2021), Art. 377 / URL: https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/ZPO-Deutsche-Fassung.pdf.

[33] А.В. Гребельский. Комментарий к Рекомендациям о неотъемлемых и подразумеваемых полномочиях международных арбитражных трибуналов (утверждены Резолюцией Ассоциации международного права в г. Йоханнесбурге в 2016 г.) / Коммерческий арбитраж. 2021. № 2(7). С. 197.

ципа *ne ultra petita* и, как итог, основанием для отмены или отказа в приведении в исполнение арбитражного решения[34].

Акты «мягкого права» (soft law)

Предпосылки возникновения данного нормативного источника коренятся в росте популярности арбитража как способа разрешения трансграничных споров. По меткому замечанию F. Dasser, «арбитраж перешел от искусства к индустрии, а последняя предполагает наличие стандартов»[35].

Задача по выработке таких стандартов объективно не могла быть возложена на национального законодателя, поскольку они неминуемо несли бы в себе соответствующие ценностные установки, что противоречило бы транснациональному характеру арбитража, стремящегося сепарироваться от какой-либо юрисдикции, насколько это максимально возможно. Кроме того, основной подход законодателя состоит в предоставлении сторонам максимальной гибкости в определении процедур разрешения спора в арбитраже, и составление дополнительного свода процессуальных правил явно бы противоречило последнему. Поэтому данный вопрос был решен в инициативном порядке различными частными объединениями, например, Международной ассоциацией юристов[36], Ассоциацией международного права[37] или Королевским институтом арбитров[38].

---

[34] Пункт «с» ч. 1 ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.; п. 3 ч. 3 ст. 233, п. 4 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

[35] F. Dasser. Op. cit. P. 429.

[36] See, e.g.: IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. 2013 / URL: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F; IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 2020 / URL: https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b.

[37] See, e.g.: Recommendations on the Application of Public Policy as a Ground for Refusing Recognition or Enforcement of International Arbitral Awards. Resolution No. 2/2002 / URL https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-resolution-english-new-delhi-2002-1; Recommendations on *lis pendens* and *res judicata* and Arbitration. Resolution No. 1/2006 / URL: https://web-stage.law.columbia.edu/sites/default/files/microsites/columbia-arbitration-day/files/ila_recommendations_on_res_judicata_2006.pdf; Recommendations on Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration. Resolution No. 6/2008 / URL: https://www.swissarbitration.org/wp-content/uploads/2021/05/ILA_Recommendation_about_applicable_law.pdf.

[38] CIArb International Arbitration Practice Guidelines / URL: https://www.ciarb.org/resources/professional-practice-guidelines/international-arbitration/.

Коль скоро акты «мягкого права», исходя из их ключевой характеристики, не имеют предустановленной обязательной юридической силы, их применение должно быть обусловлено выражением соответствующего согласия сторон спора, зафиксированным в арбитражном соглашении либо в процессуальном приказе арбитра по итогам определения процедуры арбитража.

В то же время в практике укоренилось неформальное применение тех или иных правил «в качестве руководящего ориентира, но без их полноценного имплементирования в правила процедуры»[39]. При таких обстоятельствах ссылка на акты «мягкого права» имеет целью служить демонстрацией соблюдения общепринятого подхода к решению аналогичного процедурного вопроса для легитимизации принятого третейским судом решения[40].

Например, в процессе исследования заключений экспертов, назначенных сторонами, состав арбитража может распорядиться о проведении совместной встречи таких экспертов, сославшись на наличие такой процедуры, например, в рекомендациях Королевского института арбитров.

Таким образом, прибегая к каким-либо дополнительным правилам или разъяснениям, третейский суд предоставляет себе обоснование для отправления тех или иных дискреционных полномочий, содержащихся в таких правилах, но в то же время ограничивает себя положениями последних.

Правила арбитражного института

По общему правилу регламент арбитражного учреждения считается неотъемлемой частью арбитражного соглашения сторон[41], в связи с чем предусмотренные таким регламентом дискреционные полномочия третейского суда также считаются установленными соглашением сторон.

---

[39] F. Dasser. Op. cit. P. 430.

[40] Такая иллюстративная функция присуща актам частного нормотворчества, регулирующим как процессуальные, так и материальные правоотношения. См., например: С.Д. Иванов. Негосударственные кодификационные акты как источник lex mercatoria: их значение в международном коммерческом обороте / Магистерская диссертация. – М.: ИЦЧП, 2019. С. 79–85.

[41] Часть 12 ст. 7 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; ч. 13 ст. 7 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

В то же время на текущем этапе арбитражные учреждения уже переросли свою роль исключительно инфраструктурного элемента разрешения спора, эволюционировав во вспомогательного участника арбитражного разбирательства[42], в том числе имеющего свои собственные интересы.

В самом деле, предлагая свои услуги по администрированию споров, арбитражный институт как минимум заинтересован в исполнимости решений, вынесенных под его эгидой, а потому стремится обеспечить максимальное «качество» конечного акта правоприменения. Данный результат может достигаться, например, через процедуры внутренней проверки проекта решения[43] или составление для арбитров внутренних руководств, рекомендаций, стандартов по вопросам разбирательства[44].

Таким образом, арбитражный институт сигнализирует третейскому суду о наличии определенных ожиданий в отношении действий последнего, соответствующих заведенной практике администрирования, что также будет оказывать влияние на реализацию дискреционных полномочий арбитра.

Более того, на практике зачастую выясняется, что стороны не всегда могут быть осведомлены о содержании того свода правил, которому они подчинили свой спор! Между тем такими правилами устанавливаются, в частности, полномочия органов арбитражного института по довольно существенным для разбирательства вопросам: например, по формированию состава арбитража[45], определению цены иска[46], продлению процессуальных сроков[47]; а отдельные положения арби-

---

[42] See: R. Gerbay. Op. cit. P. 185–211.

[43] См., например: Art. 34 ICC Arbitration Rules 2021; пп. 7 п. 2 ст. 4 Арбитражного регламента РАЦ 2021.

[44] См., например: Руководства РАЦ. URL: https://centerarbitr.ru/guides/?tab=tab_10003, LCIA Guidance Note / URL: https://www.lcia.org/adr-services/guidance-note.aspx, HKIAC Practice Notes URL: https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/practice-notes.

[45] См., например: п. 2, 3 ст. 17 Арбитражного регламента РАЦ; п. 7, 9 § 16 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ; п. 3 ч. 1 ст. 16 Арбитражного регламента Арбитражного центра при РСПП; Art. 12(8) ICC Rules; Art. 19.4 SIAC Rules.

[46] См., например: п. 2 ст. 8 Арбитражного регламента РАЦ; п. 5 § 4 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ; ч. 3 ст. 8 Арбитражного регламента Арбитражного центра при РСПП.

[47] См., например: п. 2 ст. 27 Арбитражного регламента РАЦ; § 35 Правил арбитража международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ; ст. 54 Арбитражного

тражного регламента вообще не подлежат изменению, то есть носят императивный характер. Тем самым представления сторон о процессе разрешения спора могут вступить в противоречие с фактическим положением вещей.

Например, стороны могут установить в арбитражной оговорке конкретный срок для вынесения арбитром решения по существу, однако такое условие будет нивелировано положением арбитражного регламента, устанавливающим общую обязанность состава арбитража вынести решение до истечения срока арбитража: с одной стороны, такое регулирование будет идти вразрез с соглашением сторон, но с другой будет защищать третейский суд от установления неадекватно коротких сроков, не позволяющих вникнуть в обстоятельства спора и вынести взвешенное и обоснованное решение.

Нормы национального правопорядка

Наконец, значительное влияние на предоставление, ограничение и реализацию свободы усмотрения третейского суда оказывает юрисдикция, вовлеченная в процесс арбитражного разбирательства.

Такое влияние может выражаться в виде наличия конкретных норм или принципов, закрепленных в законодательстве, а также в виде последующего судебного контроля арбитражного решения: так, определенные выводы государственного суда, сделанные в процессе отмены или приведения в исполнение арбитражного решения, в последующем могут оказать влияние на объем дискреционных полномочий арбитра или порядок их реализации. Арбитры, стремящиеся к вынесению исполнимого решения, так или иначе будут действовать с оглядкой на такую судебную практику.

Не должно вызвать возражений утверждение, что третейский суд в процессе вынесения решения по делу обращает внимание на нормы правопорядка места арбитражного разбирательства. Но при этом дискуссионным будет вопрос о необходимости принятия во внимание нормативных предписаний правопорядка места приведения в исполнение арбитражного решения[48].

Например, на предложение состава арбитража о внесении залогов на покрытие арбитражных расходов ответчик – физическое лицо –

регламента Арбитражного центра при РСПП; Art. 39(2) ICC Rules; Art. 5.3 SIAC Rules.

[48] See e.g.: J.M. Waincymer. Op. cit. P. 99–102.

может указывать на невозможность перечисления денежных средств со ссылкой на открытие в отношении него процедуры банкротства и отсутствие согласия финансового управляющего на совершение соответствующего распорядительного акта. Далее, ответчик может аргументировать свою позицию тем, что сделка по внесению залога подпадает под риск последующего оспаривания как финансовым управляющим, так и иными кредиторами, а арбитражное решение, вынесенное с нарушениями норм банкротного законодательства, будет невозможно привести в исполнение в юрисдикции, в которой ведется дело о банкротстве.

Хотя данный вопрос выходит за пределы настоящей статьи, считаем возможным вкратце представить свой взгляд по нему. По общему правилу, право места приведения решения в исполнение не должно иметь решающего влияния на процесс арбитража, поскольку прежде всего всегда остается вероятность исполнения решения в добровольном порядке, и независимо от количества мест исполнения все последующие шаги по реализации арбитражного решения находятся исключительно в сфере контроля кредитора. При этом возможно помыслить ситуации, при которых учет составом арбитража норм правопорядка места исполнения был бы оправдан: в частности, когда из имеющейся информации по делу *prima facie* следует, что решение не будет иметь шансов быть приведенным в исполнение. Например, когда выясняется, что спор касается принадлежности объекта недвижимости, оборотоспособность которого ограничена правом места его нахождения.

При всей предоставленной сторонам свободе по определению процедуры разбирательства национальная юрисдикция выполняет функцию защиты прав и законных интересов сторон, которая реализуется посредством установления определенных процессуальных гарантий.

Применительно к арбитражу такие процессуальные гарантии артикулируются через универсальный *принцип надлежащего процесса* (due process)[49]. Российский законодатель, например, оперирует принципом равного отношения к сторонам[50], а детализация данного принципа происходит на уровне правоприменения государственным судом.

[49] Due Process as a Limit to Discretion in International Commercial Arbitration / ed. by F. Ferrari, F.J. Rosenfeld, D. Czernich. 2020. P. 1–2.

[50] Ст. 18 Федерального закона «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; ст. 18 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

Соответственно, нарушение процессуальных гарантий, установленных правопорядком места арбитража, или несоответствие принятого третейским судом решения гарантиям правопорядка места приведения в исполнение является основанием для отмены или отказа в приведении в исполнение такого решения[51]. Проблема соблюдения принципа надлежащего арбитража является предметом большого количества научных работ, поскольку данный принцип напрямую влияет на эффективность арбитража и зачастую используется сторонами в собственных корыстных целях[52].

Далее, принцип *iura novit curia* хоть и не получил нормативного закрепления, но его влияние на границы правоприменения арбитра трудно переоценить[53].

В самом деле, если только сторонами прямо не оговорено иное, арбитру надлежит разрешить спор в соответствии с нормами применимого права. Однако одновременно с этим арбитр, в отличие от государственного суда, не обладает безграничными полномочиями по разрешению правовых вопросов, включая установление содержания применимого права, квалификацию правоотношений сторон и т.п., а по общему правилу остается в пределах аргументов, содержащихся в состязательных бумагах сторон.

Особую актуальность данный принцип приобретает в делах, относящихся к категории внутреннего арбитража: в этом случае можно помыслить, что раз от третейского суда ожидается применение конкретного материального права, то он вправе в том числе применять отдельные правовые институты *ex officio*, если это предусмотрено нормами соответствующего применимого права, даже если стороны не ссылались на них в своих процессуальных документах.

Наконец, в качестве отдельного вопроса перед третейским судом может возникать необходимость принятия решения о применении сверхимперативных норм как права места арбитража, так и права тре-

[51] Пункты «b», «d» ч. 1 ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.; п.п. 4–5 ч. 3 ст. 233, п.п. 3, 5 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

[52] See, e.g.: K.P. Berger, J.O. Jensen. Due Process Paranoia and the Procedural Judgement Rule: A Safe Harbour for Procedural Management Decisions by International Arbitrators / Arbitration International. 2016. Vol. 32. P. 415–435.

[53] См. об этом подробнее: С.Д. Иванов. Свобода усмотрения арбитров при определении и применении материального права при разрешении споров в институциональном арбитраже / Коммерческий арбитраж. 2022. № 1(8). С. 185–199.

тьих государств[54], что также обостряет проблему принятия решения по делу, не выходя за пределы актов волеизъявления сторон.

В качестве примера можно привести ситуацию, когда неисполнение ответчиком спорного обязательства в иностранной валюте было обусловлено положениями валютного законодательства страны, резидентом которой является ответчик, вводящими определенные ограничения на использование соответствующей валюты.

Если обозначенные проблемные моменты законодательно не урегулированы надлежащим образом, то состав арбитража, как это было продемонстрировано выше при сравнении пределов свободы усмотрения государственного судьи и арбитра в процессе правоприменения, рискует оказаться между молотом и наковальней: при применении отдельных норм *ex officio* принятое составом арбитража решение может быть расценено как выходящее за пределы соглашения сторон[55]; при неприменении же таких норм государственный суд может оценить арбитражное решение как нарушающее публичный порядок, выраженный в принципе законности[56].

Также в литературе приведено мнение, что к числу руководящих следует отнести принцип независимости и беспристрастности арбитра[57]. По нашему мнению, при всей важности данного принципа несоответствие арбитра критериям независимости и беспристрастности само по себе должно влечь невозможность дальнейшего разрешения им спора и устранение вопроса о правомерности осуществления дискреции.

Таким образом, мы констатируем наличие достаточно широкого круга источников, влияющих на объем дискреционных полномочий арбитра, при этом данные источники не имеют четкой иерархии по отношению друг к другу и обладают казуистичным двойственным влиянием на полномочия третейского суда: то есть в каждом конкретном деле они могут как уменьшить, так и расширить пределы усмотрения.

---

[54] Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / ed. by E. Gaillard, J. Savage. Kluwer Law International. 1999. P. 846–853. Paras. 1515–1522; А.Н. Жильцов. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / дисс. к.ю.н. – М.: МГИМО, 1998. Гл. 3, § 3; А.В. Асосков. Коллизионное регулирование договорных обязательств. – М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 561–571.

[55] Пункт «c» ч. 1 ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.; п. 3 ч. 3 ст. 233, п. 4 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

[56] Пункт «b» ч. 2 ст. 5 Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.; п. 2 ч. 4 ст. 233, п. 2 ч. 4 ст. 239 АПК РФ.

[57] P. Mayer. Op. cit. P. 4.

Заключение

Проведенное исследование позволяет изложить следующие основные выводы.

1. Свобода усмотрения третейского суда реализуется путем принятия решений по процессуальным и материальным вопросам в рамках конкретного спора в пределах его компетенции, установленной арбитражным соглашением и применимым правом.

2. Свобода усмотрения третейского суда включает в себя в том числе обоснованную возможность принимать вышеперечисленные решения, выходя за пределы арбитражного соглашения сторон. При этом в доктрине и в практике особую актуальность в настоящий момент имеет вопрос нахождения такого обоснования.

3. Основными субъектами, непосредственно влияющими на объем дискреционных полномочий арбитра, выступают стороны арбитражного соглашения, постоянно действующие арбитражные учреждения и правопорядки, связанные с конкретным арбитражем.

4. Источники дискреционных полномочий третейского суда отличаются высокой степенью казуистичности и отсутствием предустановленной иерархии. Так, нормы законодательства об арбитраже, посвященные процессуальным вопросам, отталкиваясь от приоритета принципа автономии воли сторон, характеризуются пространными формулировками, предоставляя сторонам возможность предусмотреть конкретную процедуру, наиболее подходящую для их отношений; однако в регулирование такой процедуры может внести последующие коррективы регламент арбитражного учреждения, в которое стороны договорились передать свой спор на рассмотрение; при этом независимо от договоренностей сторон и правил арбитражного института, третейский суд должен обеспечить соответствие арбитража принципу надлежащего процесса, выражающего процессуальные гарантии, предоставляемые национальным правопорядком.

ПОСТАНОВЛЕНИЕ ОБ ОБЕСПЕЧЕНИИ АРБИТРАЖНЫХ РАСХОДОВ ПРОТИВ РОССИЙСКИХ КОМПАНИЙ: ПРЕДПОСЫЛКИ ПРИНЯТИЯ И СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ

С.В. Лысов,
Адвокат коллегии адвокатов «Монастырский, Зюба, Степанов и партеры», приглашенный преподаватель факультета права НИУ ВШЭ и Всероссийской академии внешней торговли при Правительстве РФ*

Аннотация:

В последнее время российские компании, принимающие участие в иностранных разбирательствах, все чаще сталкиваются с заявлениями оппонентов об обеспечении арбитражных расходов, в обоснование которых противоположная сторона ссылается на то, что в последующем в России будет трудно добиться признания арбитражного решения. С учетом существующих ограничений относительно перевода денежных средств за границу исполнять такие приказы достаточно затруднительно, а их неисполнение может привести к прекращению арбитражного разбирательства, что крайне нежелательно, если российская компания выступает в качестве истца. Действительно, практика российских судов в последнее время ориентирована на защиту российских компаний, что сказывается на статистике признания арбитражных решений, вынесенных в так называемых недружественных государствах. Тем не менее в арсенале российских участников трансграничных споров также есть инструменты противодействия обеспечительным приказам, о которых будет подробнее рассказано в публикации.

---

* Мнение, выраженное в данной статье, является исключительно личной точкой зрения автора и может не отражать официальную позицию юридической фирмы, в которой он работает. Все изложенные суждения, интерпретации и выводы сделаны на основании профессионального опыта и исследовательской работы автора и не могут рассматриваться как официальная рекомендация или мнение фирмы.

Ключевые слова: *обеспечение арбитражных расходов, признание арбитражных решений, международный арбитраж, санкции в отношении российских компаний.*

SECURITY FOR COSTS ORDERS AGAINST COMPANIES: ACCEPTANCE CRITERIA AND DEFENSE METHODS

Sergey Lysov,
Attorney-at-law at Monastyrsky, Zyuba, Stepanov & Partners,
guest lecturer at the Faculty of Law of the National Research University Higher School of Economics and the All-Russian Academy of Foreign Trade under the Government of the Russian Federation*

Abstract:
Recently, Russian parties to foreign arbitration proceedings have been increasingly confronted with applications by their opponents to secure arbitration costs, based on the fact that it will be difficult to obtain recognition of the arbitral award in Russia in the future. Given the existing restrictions on the transfer of funds abroad, it is quite difficult to enforce such orders, and their non-enforcement may lead to the termination of the arbitral proceedings, which is highly undesirable if a Russian company is acting as a claimant. In fact, the practice of Russian courts has recently been directed towards the protection of Russian companies, which has an impact on the statistics of recognition of arbitral awards issued in so-called unfriendly states. Nevertheless, Russian parties to cross-border disputes do have tools in their arsenal against interim measures, which will be the subject of further discussion in this article.

Key words: *security for cost, recognition of arbitral awards, international arbitration, sanctions against Russian companies.*

* The opinions expressed in this article are solely the personal views of the author and may not reflect the official position of the law firm where the author is employed. Any assessments, interpretations and conclusions expressed are based on the author's professional experience and research and should not be considered as official recommendations or opinions of the firm.

Трансграничные споры сегодня на пике актуальности, а юристы, работающие в этой сфере, сталкиваются с беспрецедентной нагрузкой. Санкции, введенные с обеих сторон, стали триггером множества судебных разбирательств, и даже предусмотренный ст. 248.1 АПК РФ механизм по переносу спора в российский суд на основании исключительной компетенции российских судов в отношении споров, связанных с ограничительными мерами, не помогает снизить нагрузку на систему трансграничного правосудия в иностранных государственных судах и арбитражах. Самые сложные споры, где взыскание с активов иностранной компании в России затруднено или невозможно, по-прежнему решаются в порядке, заранее согласованном сторонами – чаще всего через арбитраж за пределами России.

Иными словами, российские компании активно пытаются добиться справедливости в иностранных судах, и за последнее время известно о нескольких громких победах компаний, связанных с Россией.

Так, в 2023 г. широко обсуждались победы ПАО «Интер РАО» в иностранных арбитражных разбирательствах по спорам против Грузии[1] и эквадорской компании CELEC[2]. В феврале 2024 г. стало известно о победе ПАО «Силовые машины» в арбитражном разбирательстве в Сингапуре против вьетнамской госкомпании PetroVietnam[3], и данное решение было признано на территории России[4]. Позже, в июне 2024 г., ПАО «Уралкалий» сообщило о победе в споре о взыскании компенсации в споре с командой «Формулы-1» Haas в связи с прекращением договора со ссылкой на санкции против РФ[5]. В октябре 2024 г. из материалов спора о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения стало известно о победе компании Sibur International GmbH в разбирательстве по правилам SCC против компании Kimberly-Clark[6]. Также известно о победе

[1] Подробности по ссылке: https://civil.ge/ru/archives/525895.

[2] Подробности по ссылке: https://italaw.com/cases/10862.

[3] Подробности по ссылке: https://www.rbc.ru/economics/12/02/2024/65c73e639a7947dec6a187b1.

[4] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 2 октября 2024 г. по делу № А40-20468/24-19-154.

[5] Подробности по ссылке: https://www.uralkali.com/ru/press_center/press_releases/item46902/.

[6] Определение Арбитражного суда Московской области от 11 октября 2024 г. по делу № А41-72465/24.

в SCC российского ООО «Гелон» над авиакомпанией «Таджик Эйр»: решение по данному спору также было признано и приведено в исполнение в России[7].

Однако одновременно с этим подход российских судов в отношении проверки иностранных арбитражных решений, вынесенных не в пользу российских компаний, значительно ужесточился, и известны случаи отказа в признании и приведении в исполнение решений, вынесенных международными арбитражами, действовавшими на основании регламентов LCIA[8], SCC[9], ФОСФА[10], Корейского Коммерческого Арбитражного Совета[11]. Не исключено, что на практике примеров могло бы быть гораздо больше, однако ряд иностранных компаний предпочел в принципе избежать расходов на признание решения в России, сочтя это бесперспективным.

Случаи отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений в России хорошо известны за рубежом и часто освещаются в литературе. Так, председатель Швейцарской арбитражной ассоциации ASA Феликс Дассер в одной из публикаций анализировал определение Верховного суда РФ об отказе в признании и приведении в исполнение арбитража FOSFA[12] на том основании, что решение вынесено арбитрами из недружественных государств, что, по мнению Верховного суда, означает поражение российской стороны спора в процессуальных правах.

Австрийские юристы Мария Добрич и Игеборг Эдель в недавней публикации приводили анализ определения Арбитражного суда Ставропольской области об отказе в признании и приведении в исполнении решения LCIA, отметив, что оно демонстрирует стремление россий-

---

[7] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 9 сентября 2024 г. по делу № А40-50240/24.

[8] Определение Арбитражного суда Ставропольского края от 11 марта 2022 г. по делу № А63-7553/2022.

[9] Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 2 декабря 2024 г. по делу № А60-24839/2024.

[10] Определение Верховного суда Российской Федерации от 26 июля 2024 г. № 304-ЭС24-2799.

[11] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 8 ноября 2024 г. по делу № А41-2687/2023.

[12] Определение Верховного суда Российской Федерации от 26 июля 2024 г. № 304-ЭС24-2799.

ского суда к широкому толкованию оговорки о публичном порядке[13]. В данном споре российский суд отказал в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения на том основании, что в отношении российского должника было подано заявление о банкротстве[14]. При этом отказ в признании и приведении в исполнение решения на данном основании представляется не вполне обоснованным, поскольку какая-либо банкротная процедура еще не была введена на момент вынесения определения об отказе в признании и приведении в исполнение: суд ввел процедуру конкурсного производства лишь через год[15].

В отношении же решений, вынесенных в «дружественных государствах», практика показывает, что такие решения признаются и приводятся в исполнение чаще, чем решения, вынесенные на территории недружественных государств. Так, известны случаи успешного признания решений после февраля 2022 г., вынесенных в Белоруссии[16], Казахстане[17], КНР[18], Индии[19], ОАЭ[20] и Узбекистане[21]. Однако стороны традиционно редко выбирали данные юрисдикции для разрешения крупных споров, поэтому случаи признания данных решений незначительно меняют картину.

---

[13] Marija Dobrić, Ingeborg Edel. Security for Costs Against (Non-Sanctioned) Russian Claimants? – An Overview Under the Vienna Rules. Доступ по ссылке: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/03/security-for-costs-against-non-sanctioned-russian-claimants-an-overview-under-the-vienna-rules/.

[14] Определение Арбитражного суда Ставропольского края от 11 марта 2022 г. по делу № А63-7553/2022.

[15] Определение Арбитражного суда Ставропольского края от 22 марта 2023 г. по делу № А63-2940/2022.

[16] Определение Арбитражного суда Калининградской области от 28 июля 2023 г. по делу № А21-8031/2023.

[17] Определение Арбитражного суда Московской области от 11 марта 2024 г. по делу № А41-9980/2024.

[18] Определение Арбитражного суда Приморского края от 9 апреля 2024 г по делу № А51-17771/2020.

[19] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 1 марта 2022 г. по делу № А40-239581/2015.

[20] Определение Арбитражного суда г. Москвы от 25 октября 2024 г. по делу № А40-153530/24.

[21] Постановление Арбитражного суда Уральского округа от 24 апреля 2023 г. по делу № А60-69768/2022.

При этом в российской практике на протяжении нескольких последних лет активно развивался подход о том, что российское лицо, выступая в качестве стороны разбирательства на территории иностранного недружественного государства, *a priori* поражено в правах: данный подход изначально применялся к подсанкционным компаниям[22]. В развитии подхода совсем недавно Верховный суд фактически позволил распространять данную логику на всех лиц из России в принципе, указав, что «[п]репятствие для стороны в доступе к правосудию имеет место не только в том случае, если лицо не имеет абсолютно никакой фактической возможности по ведению арбитражного разбирательства, но и тогда, когда условия, необходимые для рассмотрения спора, изменились существенным и непредвидимым образом»[23].

Однако российские компании регулярно обращаются за защитой своих прав в иностранные суды или арбитражные центры, даже несмотря на то, что рассмотрение спора предполагается в недружественной юрисдикции. Одна из причин такого поведения – низкая вероятность признания решения, вынесенного в России на основании ст. 248.1 АПК РФ – за почти пятилетнюю историю данной нормы такие прецеденты не появились. В то же время решения международного коммерческого арбитража на основании Нью-Йоркской конвенции могут быть признаны в более чем 170 государствах, большинство из которых не включено в перечень недружественных и не вводило санкций в отношении России. Потенциальная возможность получить решение арбитража, которое можно будет исполнить на территории иностранного государства, перевешивает любые недостатки, а опасения в предвзятости арбитров балансируются возможностью заявить отвод. Так, известно о примерах удовлетворения отводов арбитров по заявлениям российских лиц в связи с их антироссийскими высказываниями или публикациями[24].

Таким образом, российским компаниям необходим международный арбитраж в качестве способа защиты своих прав, и они им активно

[22] Определение Верховного суда Российской Федерации от 9 декабря 2021 г. № 309-ЭС21-6955 (1–3).

[23] Определение Верховного суда Российской Федерации от 28 ноября 2024 г. № 305-ЭС24-13398.

[24] См. подробнее кас. отвода арбитров за антироссийские действия и/или высказывания: Russia dislodges arbitrators from inter-state dispute. Global Arbitration Review. Доступ по ссылке: https://globalarbitrationreview.com/article/russia-dislodges-arbitrators-inter-state-dispute. US arbitrator disqualified from Russia case over LinkedIn post. Global Arbitration Review. Доступ по ссылке: https://globalarbitrationreview.com/article/us-arbitrator-disqualified-russia-case-over-linkedin-post.

пользуются даже в случае, если спор рассматривается на территории «недружественного» государства, делая ставку на признание и исполнение арбитражного решения в дружественных странах, в которых у должника либо аффилированных с ним лиц есть активы.

Однако практика российских судов по отказу в признании решений международных арбитражей приводит к тому, что российские компании сталкиваются с тем, что иностранные контрагенты заявляют требования об обеспечении расходов (security for costs) на том основании, что впоследствии на территории России не получится привести в исполнение арбитражное решение, в том числе в части распределения арбитражных расходов.

Большинство арбитражных регламентов не содержит подробного описания критериев, которыми должны руководствоваться арбитры при рассмотрении вопроса об обеспечении арбитражных расходов. Так, например, в арбитражных разбирательствах, регулируемых Регламентом ICC, специальные положения по данному вопросу отсутствуют в принципе. Однако арбитражный суд обладает общим правом (в соответствии со статьей 28(1) Арбитражного регламента 2021 года) выносить постановления о промежуточных или обеспечительных мерах, включая требование предоставить обеспечение. Тем не менее приказы об обеспечении расходов применяются в арбитражах ICC сравнительно редко и ограниченно.

Согласно Регламенту Лондонского международного арбитражного суда (LCIA) 2020 года, арбитражный суд обладает полномочиями требовать от стороны обеспечения покрытия судебных издержек путем: (i) внесения депозита, (ii) предоставления банковской гарантии или (iii) любым иным способом, который арбитражный суд сочтет подходящим в конкретных обстоятельствах (статья 25.2 Регламента LCIA 2020 года). Конкретные критерии, которыми должен руководствоваться арбитражный суд, в Регламенте не приводятся. В комментарии к Регламенту LCIA указывается, что решения по заявлениям об обеспечении расходов принимаются в каждом конкретном случае и «арбитрам предоставляется большая свобода действий», а в среднем за последние годы удовлетворено около 35% заявлений[25].

Более подробно вопрос о критериях для принятия обеспечительных мер анализируется в Руководстве Королевского института арбитров по рассмотрению заявлений об обеспечении расходов, принятом

[25] M. Scherer, L. Richman, *et al.*, Arbitrating under the 2020 LCIA Rules: A User's Guide (Kluwer Law International, 2021), p. 327–329.

в 2015 г. В руководстве указано, что арбитры должны «рассматривать заявление по существу с должным учетом всех соответствующих обстоятельств дела и без каких-либо предубеждений в пользу или против ходатайства». В качестве критериев для принятия решения об обеспечении расходов в руководстве отдельно выделяются: (1) перспективы успеха иска или позиции ответчика, (2) способность истца удовлетворить неблагоприятное решение по расходам и (3) является ли требование об обеспечении справедливым с учетом всех обстоятельств.

В отношении способности истца удовлетворить решение о взыскании расходов арбитры, как правило, учитывают финансовое положение стороны, от которой требуется обеспечение, степень финансирования участия этой стороны в арбитражном разбирательстве третьими сторонами и вероятные трудности с принудительным исполнением окончательного решения о возмещении расходов[26].

Таким образом, помимо субъективного критерия (наличие у стороны финансовых возможностей удовлетворить требование), играет роль и объективный критерий – возможность в последующем исполнить решения арбитража о распределении расходов против проигравшей стороны.

В доктрине допускается возможность вынесения решений об обеспечении арбитражных расходов в ситуациях, когда государство, где зарегистрирован ответчик, систематически отказывается исполнять иностранные арбитражные решения или придерживается протекционистского подхода. Также учитываются другие факторы, затрудняющие потенциальное исполнение итогового арбитражного решения. Например, профессор Университета Гонконга доктор Гу Вейския в своей работе, посвященной вопросам обеспечения арбитражных расходов, подчеркивает, что регулярное неисполнение арбитражных решений государством, в юрисдикции которого находится сторона спора, может служить убедительным основанием для вынесения такого решения в ситуации, «*когда до активов истца трудно добраться либо потому, что национальные суды проявляют протекционистские тенденции по отношению к отечественным компаниям и регулярно отказывают иностранным компаниям в принудительном исполнении, когда те испытывают финансовые трудности, но не находятся в процедуре банкротства...*»[27]

[26] Sai Anukaran. Security for Costs in International Commercial Arbitration: Mandate, Exercise of Mandate, Standards and Third Party Funding. Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management Volume 84, Issue 1 (2018). pp. 77–88.

[27] Weixia Gu. Security for Costs in International Commercial Arbitration. Journal of International Arbitration 22 (3), 2005. 167–206.

Применительно к отдельным регламентам, например, Венским арбитражным правилам, комментаторы прямо высказывались о допустимости принятия решения об обеспечении арбитражных расходов против российских компаний в связи с неисполнимостью международных арбитражных решений в России:

> *«Поскольку все возможные риски охватываются ст. 33(6) Венских правил, третейский суд может вынести решение об обеспечении расходов, если ответчик с достаточной степенью вероятности докажет, что государство, в котором находятся активы, не будет соблюдать* НЙК [прим: Нью-Йоркская конвенция 1958 г.].
>
> *Риск несоблюдения НЙК российскими судами может быть продемонстрирован решениями российских арбитражных судов с февраля 2022 года»*[28].

При этом в иностранной судебной практике известны случаи, когда негативная практика российских судов по вопросам исполнения решений иностранных судов и международных арбитражей в России учитывалась судом при принятии приказа об обеспечении судебных расходов против российской компании. В частности, именно на этом основании английский суд принял приказ об обеспечении расходов против ПАО «Татнефть» в споре с Г. Боголюбовым[29].

Применительно к международному арбитражу автору известно о нескольких случаях, когда сторона, заявляя требование об обеспечении арбитражных расходов против российской стороны, ссылалась в том числе на прецеденты отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в России.

Очевидная проблема, возникающая в случае последовательного применения данного подхода, заключается в том, что стороны из России, вне зависимости от их платежеспособности, практически в каждом арбитражном разбирательстве могут столкнуться с требованием об обеспечении арбитражных расходов, поскольку практика российских судов на данный момент продолжает складываться не в пользу признания и приведения в исполнение судебных

---

[28] Marija Dobrić, Ingeborg Edel. Security for Costs Against (Non-Sanctioned) Russian Claimants? – An Overview Under the Vienna Rules. Доступ по ссылке: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/01/03/security-for-costs-against-non-sanctioned-russian-claimants-an-overview-under-the-vienna-rules/

[29] PJSC Tatneft v Bogolyubov [2019] EWHC 1400 (Comm).

и арбитражных решений, вынесенных против российских компаний и граждан.

При этом если проблему со стандартной оплатой арбитражных сборов стороны из России научились преодолевать (к примеру, производя оплату через иностранные филиалы юридических фирм или посредством платежных агентов), то в отношении обеспечения арбитражных расходов ситуация иная: данная операция не является стандартной для банков и вызывает вопросы как в части назначения платежа, так и относительно последующей судьбы денежных средств. Так, например, даже если российская компания смогла предоставить обеспечение арбитражных расходов, в последующем, в случае выигрыша в разбирательстве, при разрешении вопроса о возврате денежной суммы возникнет вопрос о праве российской компании претендовать на данные средства и применимости к данной операции п. 11 Регламента ЕС No. 833/2014, запрещающего удовлетворение любых требований российских компаний[30].

Последствием же неисполнения постановления об обеспечении арбитражных расходов может являться прекращение разбирательства, что, очевидно, не является желаемым исходом для истца – российской компании.

Ниже приводится ряд аргументов, которые могут снизить вероятность удовлетворения заявления об обеспечении.

Отсутствие оснований для обеспечения расходов

Российская компания может обосновать свои возражения отсутствием доказательств, подтверждающих финансовую несостоятельность. При этом следует не просто утверждать о стабильности финансового положения, но и подкреплять это доказательствами, например:

- Предоставить финансовую отчетность, аудиторские заключения, данные о наличии ликвидных активов, которые могут быть использованы для исполнения возможного решения трибунала.
- Представить подтверждения о ранее исполненных обязательствах по аналогичным делам, что демонстрирует добросовестность компании.

Компания также может указать, что ее финансовое состояние остается стабильным с момента заключения арбитражного соглашения,

[30] Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine.

а отсутствие изменений свидетельствует о том, что оснований для сомнений в способности выполнить потенциальное решение нет.

Дополнительно российская компания может акцентировать внимание трибунала на том, что критерий финансовой состоятельности должен иметь первостепенное значение при рассмотрении ходатайства о security for costs. Так, например, в обзоре практики SCC применении security for costs за период с 2017 по 2022 г. отмечено, что в целом практика показывает, что арбитры применяли очень высокий стандарт для рассмотрения таких заявлений, особенно в отношении наличия «исключительных обстоятельств», свидетельствующих о необходимости обеспечения расходов. При этом в отчете отмечается, что примером таких исключительных обстоятельств является несостоятельность одной из сторон[31].

Недопустимость дискриминации на основании юрисдикции

Суть аргумента сводится к тому, что удовлетворение заявления в ситуации, когда иностранная сторона разбирательства не представляет доказательств финансовой несостоятельности российской компании и ссылается исключительно на «страновой риск», означает, что российская компания дискриминируется по признаку юрисдикции, что порождает основания ссылаться на международные принципы недопустимости страновой дискриминации, а также на доктринальные источники, в которых последовательно указывается на недопустимость дискриминации по национальному признаку при рассмотрении вопроса об обеспечении арбитражных расходов[32].

Недопустимость злоупотребления процессуальными правами

Заявление об обеспечении расходов может быть квалифицировано как злоупотребление процессуальными правами, если:

- Оппонент не предоставляет конкретных доказательств финансовых трудностей российской компании.
- Аргументация оппонента сводится исключительно к ссылкам на «страновой риск».

---

[31] SCC Arbitration Institute, *Practice Note: Security for Costs*, 2024. Доступ по ссылке: https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2024-04/practice-note-security-for-costs.pdf.

[32] См., например, Ajar Rab. Interim Measures in International Commercial Arbitration: A Comparative Review of the Indian Experience. Kluwer Law International, 2022.

В этом случае российская сторона может утверждать, что ходатайство направлено не на обеспечение исполнения возможного решения, а на создание финансовых или административных препятствий для ее участия в арбитраже. Это, в свою очередь, нарушает основополагающий принцип доступа к правосудию. Ходатайство же в действительности преследует цель воспрепятствовать рассмотрению спора, а не защитить интересы другой стороны, а обеспечение расходов в данном случае не будет являться необходимой и пропорциональной мерой.

Наличие активов в юрисдикциях, где возможно исполнение решения (помимо России)

Если у российской стороны имеются активы за рубежом, это может быть представлено в качестве аргумента против вынесения постановления об обеспечении расходов. Российская компания может акцентировать внимание трибунала на следующих аспектах:

Во-первых, на исполнимости арбитражного решения, показав, что оно может быть приведено в исполнение в юрисдикции, где расположены данные активы, что исключает риск невозможности его реализации.

Во-вторых, если иностранные активы компании заморожены в силу санкционных ограничений (например, доли в иностранных компаниях, денежные средства или ценные бумаги), компания может утверждать, что эти активы уже находятся вне ее распоряжения и могут быть использованы для исполнения арбитражного решения. Этот аргумент подчеркивает, что дополнительные меры обеспечения являются избыточными и неоправданными.

Для усиления позиции можно представить доказательства наличия активов (банковские выписки, документы о владении долями в компаниях или подтверждения места хранения ценных бумаг).

Доказательства соблюдения обязательств и исполнения иных арбитражных решений

Так, российская компания может продемонстрировать свою добросовестность, ссылаясь на успешное исполнение обязательств перед иными контрагентами либо на прецеденты добровольного исполнения предыдущих судебных или арбитражных решений. Такие примеры нейтрализуют аргументы противоположной стороны о риске неисполнения и укрепят доверие трибунала к платежеспособности компании, снизив тем самым опасения относительно потенциальной неисполнимости решения в части арбитражных расходов.

Предъявление встречного заявления об обеспечении арбитражных расходов

Если противоположная сторона ссылается на санкции, ограничивающие исполнение решений в России, российская компания может подать встречное заявление с аналогичной позицией:

- Санкционные ограничения на стороне оппонента. Компания может указать, что санкции государства по месту регистрации другой стороны (например, Регламент ЕС № 833/2014) также создают препятствия для исполнения арбитражных решений.
- Необходимость равного подхода. Аргумент о том, что арбитражный суд должен рассматривать оба случая с одинаковой степенью строгости, подчеркивает важность равноправного подхода. Если санкции в отношении одной стороны рассматриваются как препятствие, то аналогичные обстоятельства должны быть применимы и к другой стороне.

Данный аргумент не только сбалансирует позицию, но и продемонстрирует, что риски для обеих сторон симметричны, что может повлиять на решение трибунала в пользу отказа от обеспечительных мер.

Возражения против суммы и формы обеспечения

Зачастую противоположная сторона требует обеспечения расходов на сумму, не пропорциональную расходам, которые она фактически понесет. Разумеется, вознаграждение различных юридических фирм может отличаться, но как минимум не будет лишним истребовать у оппонентов доказательства того, что сумма обеспечения не превышает согласованную стоимость услуг их консультантов.

Помимо возражений по существу, российская компания может предложить **альтернативные способы исполнения постановления об обеспечении арбитражных расходов** на случай, если оно будет принято, которые помогут предотвратить заморозку разбирательства на срок исполнения постановления.

Перечисление денежных средств эскроу-агенту в дружественной юрисдикции

Российская компания может предложить депонировать денежные средства на счет эскроу-агента, согласованного с другой стороной и расположенного в юрисдикции, не подпадающей под санкционные

ограничения (например, Казахстан, Сербия, ОАЭ, КНР и т.д.). Данная опция нуждается в более детальном анализе, поскольку регулирование института эскроу может отличаться.

Использование российских арбитражных институтов с зарубежными офисами

Российская компания может предложить перечисление денежных средств на счет российского арбитражного института, который имеет представительство за границей и способен оказывать содействие в международных арбитражных разбирательствах. Так, например, Российский арбитражный центр (РАЦ) имеет офис в Дубайском международном финансовом центре (DIFC), что может позволить использовать его инфраструктуру для депонирования средств в нейтральной юрисдикции.

Депонирование средств через нотариуса

Еще одним вариантом может быть депонирование денежных средств через нотариуса. Однако использование этого механизма зависит от конкретной юрисдикции, поскольку в некоторых странах подобные функции не входят в полномочия нотариусов.

Замена депозита банковской/независимой гарантией

Российская компания может предложить вместо депонирования средств предоставить банковскую гарантию, что особенно актуально, если сторона спора располагает связанной иностранной компанией, которая может выступить гарантом. Гарантия может быть предоставлена международным банком или иностранной компанией, входящей в одну группу с российской стороной спора.

Заключение

Выступая в качестве истца или ответчика в иностранном арбитражном разбирательстве, российская компания рискует, что в ее отношении будет вынесено решение об обеспечении арбитражных расходов исключительно на том основании, что российские суды в последнее время склонны отказывать в признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений, вынесенных не в пользу российских компаний.

Однако если иностранная сторона спора ссылается на практику российских судов об отказе в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на территории России как на единственное либо главное основание для принятия постановления об обеспечении арбитражных расходов, существует как минимум несколько способов, позволяющих либо добиться отказа в удовлетворении заявления, либо хотя бы снизить риск неисполнимости постановления арбитража, что позволит продолжить разбирательство. Российская компания же должна учитывать данный риск и быть готова к нему еще на стадии инициирования спора, продумав наперед аргументацию против такого ходатайства, а также способы исполнения решения об обеспечении арбитражных расходов в случае, если оно будет вынесено.

НЕОТЪЕМЛЕМЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ АРБИТРОВ КАК ИНСТРУМЕНТ ЗАЩИТЫ ПОДСАНКЦИОННЫХ ЛИЦ

А.А. Лямпорт,
Юрист международно-правового департамента ВТБ ДЦ,
Аспирант юридического факультета МГУ
им. М.В. Ломоносова

Аннотация:
В условиях введения беспрецедентного количества иностранных санкций против российских лиц необходим механизм, который с большей вероятностью позволит обеспечить равенство сторон и соблюдение правовых гарантий при рассмотрении спора в международном арбитраже. Необходимость поиска некоего защитного механизма обусловлена, среди прочего, существенным изменением фактических обстоятельств, при которых подсанкционная сторона заключала арбитражные соглашения. Практическая реализуемость некоторых ходатайств подсанкционных сторон довольно низкая (например, изменение места арбитража). Тем самым исследование направлено на выявление ситуаций, при которых ходатайства подсанкционных сторон могут потенциально удовлетворяться с большим коэффициентом.

Ключевые слова: *неотъемлемые (дискреционные) полномочия, арбитр, подсанкционные лица.*

INHERENT POWERS OF ARBITRATORS AS A TOOL FOR THE PROTECTION OF SANCTION-DESIGNATED PARTIES

Alexander Lyamport,
Legal Counsel of the International Department of VTB DC
Ph. D. Student of the Lomonosov Moscow State University,
Law School

Abstract:

Following the imposition of an unprecedented number of foreign sanctions against Russian persons, there is a need for a mechanism that is more likely to ensure equality of parties and compliance with legal safeguards in international arbitration. The need to find some kind of protective mechanism is caused, inter alia, by a significant change in the factual circumstances under which the sanction-designated party entered into arbitration agreements. The practicability of some of the sanction-designated parties' requests is rather low (e.g. change of the seat of arbitration). Therefore, the study aims to identify situations in which the requests of sanctioned parties are likely to be granted.

Key words: *inherent powers, arbitrator, sanction-designated parties.*

1. Введение

Широкие дискреционные полномочия, предоставленные арбитражным трибуналам, а также соответствующие положения, наделяющие арбитров правом устранять процессуальные пробелы, обеспечивают арбитрам значительную степень процессуальной гибкости. Помимо прямых полномочий, предусмотренных в различных законах, регламентах и конвенциях об арбитраже, составы арбитража также сохраняют дополнительные дискреционные полномочия по контролю за арбитражной процедурой. Эти полномочия существуют независимо от положения арбитражных регламентов (арбитражных

соглашений) и вытекают из квазисудебной (юрисдикционной) роли арбитров[1].

К таким полномочиям относятся, в частности, полномочия арбитров определять место арбитража, применимое право, правила доказывания, выносить постановления о раскрытии лиц, финансирующих ведение арбитража, об обеспечении расходов, обязывать сторону представлять определенные доказательства, наказывать стороны за совершаемые ими процессуальные нарушения путем распределения расходов или принятия неблагоприятного вывода в пользу противоположной стороны, пересматривать процессуальные постановления при изменении фактических обстоятельств или появлении доказательств, которые ни одна из сторон спора, а также трибунал объективно не могли представить при первоначальном рассмотрении дела.

Соответственно, на практике возникает множество примеров, когда подобные полномочия используются арбитрами по самым различных спорам, в том числе по спорам с участием подсанкционных лиц.

Такие дискреционные полномочия арбитров имеют различные наименования в юридической доктрине и арбитражной практике – «неотъемлемые», «подразумеваемые», собственно «дискреционные»: подобная категоризация терминов, среди прочего, одобрена Комитетом по международному коммерческому арбитражу Ассоциации международного права, который выпустил доклад по этому вопросу («Доклад АМП») и резолюцию, содержащую рекомендации для сторон, арбитражных судов и национальных судов[2].

Согласно Докладу АМП, подразумеваемые (implied powers) полномочия можно определить из прямых положений законов и правил, регулирующих арбитраж. Так, если на арбитров прямо возложены определенные цели или обязанности, можно сделать вывод, что арбитры также имеют полномочия принимать меры для достижения этих целей и выполнения этих обязанностей. В Докладе АМП приводится следующий пример: если существует положение, требующее эффективного проведения арбитража, арбитры имеют подразумеваемые полномочия ограничивать объем производства документов[3].

---

[1] Gary B. Born, International arbitration: Law and Practice (1st ed. 2012). P. 148–49.

[2] Гребельский А.В. Комментарий к Рекомендациям о неотъемлемых и подразумеваемых полномочиях международных арбитражных трибуналов (утверждены Резолюцией Ассоциации международного права в г. Йоханнесбурге в 2016 г.) // Коммерческий арбитраж. 2021. № 2.

[3] Andrea Carlevaris Inherent Powers of Arbitrators and Interim Measures / Inherent Powers of Arbitrators, by ed. Franco Ferrari, Friedrich Rosenfeld. P. 61–62.

Понятие дискреционных полномочий относится к полномочиям арбитров принимать дискреционные решения. Считается, что эти полномочия включают в себя все полномочия, связанные с осуществлением некой дискреции арбитра и прямо предусмотренные многими арбитражными регламентами (например, проводить арбитражные разбирательства так, как он считает нужным: то есть такое полномочие включает в себя дискреционные полномочия по принятию любых процессуальных мер, которые арбитр считает уместными при условии, что к сторонам будет обеспечено равное отношение и что эти меры не будут противоречить соглашению сторон).

Третья категория, неотъемлемые полномочия, относится к очень ограниченным полномочиям, которые могут быть осуществлены в ситуациях, когда их неиспользование может подорвать процедуру арбитража. Например, когда трибунал должен учесть возможность противоречия решения публичному порядку, сверхимперативным нормам, due process[4].

Подразумеваемые полномочия (в отличие от неотъемлемых) характеризуются не столько природой, сколько формой их выражения. В итоге и подразумеваемые, и прямо выраженные полномочия могут являться неотъемлемыми, в то время как далеко не каждое неотъемлемое полномочие может быть установлено даже в качестве подразумеваемого.

Для целей настоящей статьи именно неотъемлемые полномочия будут взяты за основу исследования, поскольку именно данный тип полномочий характеризуется, по общему правилу, юрисдикционной природой функций арбитра, то есть применяется для обеспечения фундаментальных основ арбитража (например, проведение полноценного и справедливого процесса с равными правами сторон)[5].

Полагаем, что существуют также иные причины использовать категорию «неотъемлемые полномочия» для целей настоящей статьи. Во-первых, в ряде случаев «чисто» неотъемлемые полномочия могут пересекаться с подразумеваемыми, дискреционными полномочиями, то есть иногда невозможно провести четкое различие между всеми

[4] Stefano Castagna, 'Inherent and Implied Powers of International Arbitral Tribunals: Characteristics and Limits', in Michael O'Reilly (ed), Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management, (© Chartered Institute of Arbitrators (CIArb); Sweet & Maxwell 2016, Volume 82, Issue 4), pp. 409-414.

[5] Martins Paparinskis, Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Rightly So, in Vol. 5 (Laird&Weiler, eds., 2011); pp. 56–78.

видами полномочий. Во-вторых, как сказано далее, в настоящей статье приведены примеры именно тех полномочий, которые могут или должны реализовываться лишь в исключительных случаях (в случае невозможности использования арбитражных регламентов (толкования таких регламентов), для разрешения неординарных вопросов: данный признак характерен именно для «чисто» неотъемлемых полномочий. По указанным причинам предлагаем рассматривать все упомянутые в статье полномочия как неотъемлемые.

Возможность активного применения концепции «неотъемлемых полномочий» зависит от того, какая концепция арбитража выбрана исследователем – «юрисдикционная» или «консенсуальная».

Юрисдикционная концепция подразумевает, что арбитр выступает «квазисудьей» и может (и даже должен) предпринимать активные меры по проведению арбитража и обеспечению значительного количества гарантий.

Консенсуальная модель исходит в первую очередь из пределов полномочий арбитра в рамках достигнутого соглашения сторон, за пределы которого арбитр может выходить только в самых исключительных случаях (скорее осуществляя при этом толкование существующих условий арбитражного соглашения).

Однако следует отметить, что неотъемлемые полномочия или обязательства являются концепцией общего права, изначально применяемой судебными органами, и поэтому, по мнению ряда авторов, не могут быть использованы в арбитраже, априори представляющем собой консенсуальный (а не юрисдикционный) инструмент разрешения спора[6].

На наш взгляд, такая позиция является как минимум в некоторой степени спорной. Это объясняется, среди прочего, юрисдикционной природой арбитража, то есть необходимостью обеспечивать справедливое рассмотрение споров, исполнимость арбитражных решений. Общеизвестно, что государства-подписанты Нью-Йоркской конвенции 1958 года согласились на делегирование полномочий от судов

[6] Part I: Policy and Principles, Chapter 2: Powers, Rights and Duties of Arbitrators', in Jeffrey Maurice Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012), pp. 47–126.
Квазисудебный (юрисдикционный) характер арбитража сам по себе не исключает консенсуальную природу арбитража. В настоящей статье не исследуется вопрос правовой природы арбитража, поскольку автор исходит из допустимости применения юрисдикционного подхода как минимум для целей применения дискреционных (неотъемлемых) полномочий арбитра.

к арбитражам ровно в той мере, которая сохраняет за государствами право на отмену арбитражных решений / отказ в приведении в исполнение арбитражных решений.

Тем самым представляется отчасти спорным исследование арбитража и пределов полномочий арбитра (в том числе возможность применения доктрины неотъемлемых полномочий) исключительно с точки зрения консенсуальной природы. В обратном случае арбитраж будет представлен в довольно идеалистичной форме (как некий инструмент, с помощью которого стороны могут договориться о любых (даже самых порочных) условиях, а арбитр лишь констатирует волю сторон, даже если такое соглашение изначально является ничтожным/оспоримым).

Арбитраж развивается в сторону увеличения неотъемлемых полномочий, однако в то же время все чаще арбитражные регламенты и кодификации включают такие полномочия в свое содержание (например, принцип компетенции-компетенции)[7]. Тем самым пределы неотъемлемых полномочий, не названных прямо в регламентах (законах), и их содержание все больше концентрируются на разрешении нестандартных, исключительных ситуаций[8].

Ограничения на применение неотъемлемых полномочий должны быть четко обозначены, поскольку стандарт неотъемлемых полномочий должен основываться на разумной необходимости защиты «целостности» арбитража[9]. Однако в любом случае для установления пределов неотъемлемых полномочий необходимо изучить конкретные полномочия арбитров и конкретные фактические обстоятельства. По этой причине невозможно дать однозначный и точный ответ по пределам неотъемлемых полномочий арбитров.

Тем не менее в следующей главе будет предпринят анализ возможных ситуаций, когда такие неотъемлемые полномочия могут потенциально быть применены на практике в интересах лиц, находящихся под санкциями.

---

[7] Cremades Román (Jr) and Patricia Peterson (eds), ICC Dossier No. 20: Rethinking the Paradigms of International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 20 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2023), pp. 17–35.

[8] Margaret L. Moses Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Ethical Issues (Loyola University Chicago September 15, 2014), pp. 57–59.

[9] Margaret L. Moses Inherent Powers of Arbitrators to Deal with Ethical Issues (Loyola University Chicago September 15, 2014), pp, 59–60.

2. Практическое применение доктрины неотъемлемых полномочий

Как указано выше, первоначально концепция неотъемлемых полномочий не предназначалась исключительно для споров с участием подсанкционных лиц. По этой причине невозможно представить, что ранее разработанные инструменты могут идеально соответствовать тем проблемам, с которыми сталкиваются подсанкционные лица на практике.

В свою очередь, ниже обозначенные проблемы подсанкционных лиц решаются ситуативно, без привязки к общей концепции. По этой причине подсанкционные лица и сами арбитры не всегда в полной мере представляют, какие правовые инструменты могут комплексно разрешить стоящие перед ними вызовы.

При наличии определенных обстоятельств неотъемлемые полномочия могут обеспечить равенство подсанкционной стороны и стороны, не находящейся под санкциями (например, арбитраж может ex officio изменить место арбитража с «недружественного» государства на «дружественное», поскольку при сохранении текущего места арбитража решение может быть отменено из-за наличия санкционных ограничений против стороны спора).

Указанные ниже предложения по применению неотъемлемых полномочий могут потенциально расширить (или в ряде случаев ограничить) применение концепции неотъемлемых полномочий по делам с участием подсанкционных лиц.

2.1. Изменение места арбитража или применимого права

После введения масштабных персональных и секторальных санкций российские подсанкционные лица столкнулись одновременно с рядом проблем. Наиболее сложным правовым вопросом является применение санкционных ограничений по контрактам с российскими лицами, регулируемыми европейским, английском правом. Так, например, в случае если контракт предусматривает применение европейского права (права любой страны, которая входит в ЕС), то состав арбитража, по общему правилу, должен применить ст. 11 Регламента Совета ЕС № 833/2014.

Исходя из данной статьи[10], российские лица фактически не имеют права на защиту собственных прав по европейскому праву, посколь-

[10] М. Сондор. Статья 11 Регламента ЕС: без права на доступ к правосудию. Интернет-источник: https://iccwbo.ru/tpost/9udgsyhxx1-statya-11-reglamenta-es-bez-prava-na-dos

ку: (i) формулировки данной статьи являются предельно широкими и охватывают практически любые споры с участием российских лиц (в том числе даже тех, кто не находится под санкциями); (ii) исключения из Регламента в части доступа к правосудию, например, ст. 5c (возможность оплаты услуг консультантов для судебных и арбитражных споров), не исключают возможность применения ст. 11 Регламента Совета ЕС № 833/2014; (iii) в случае если трибунал не применит данную норму в ходе арбитража, то имеются серьезные основания для ее применения при исполнении (рассмотрении заявления об отмене) арбитражного решения на территории ЕС.

При этом нельзя однозначно ответить на вопрос, как данная норма применяется по спорам в арбитраже в силу конфиденциальности самой процедуры арбитража. Более того, на позицию в рамках процедуры арбитража может влиять не только местонахождение института, но и место арбитража, а также потенциально гражданство членов трибунала[11].

Более того, несмотря на отсутствие аналогичных норм в английском, американском законодательстве, данные правопорядки (в том числе право стран, входящих в ЕС) подразумевает сверхимперативность публичных норм (а именно санкционного регулирования). Как результат, при выборе европейского, английского, американского права арбитры, по общему правилу, обязаны применить сверхимперативные нормы данных правопорядков. Аналогичная ситуация может потенциально произойти, если стороны выбрали европейские, английские, американские места в качестве места арбитража.

Как результат, именно в таких случаях российские лица начали предпринимать попытки по изменению места арбитража и применимого права, чтобы избежать негативных последствий отмены арбитражного решения или отказа в удовлетворении исковых требований.

По общему правилу, если стороны предусмотрели условия арбитражного соглашения, то состав арбитража не может изменить данные условия без согласия обеих сторон на это. Более того, если состав арбитража нарушает условия арбитражного соглашения, то его действия, скорее всего, будут квалифицированы как превышение полномочий арбитров (ст. Нью-Йоркской конвенции), и арбитражное решение будет либо не исполнено, либо вовсе отменено.

[11] См. полное содержание данной статьи на русском языке, например: М. Сондор. Статья 11 Регламента ЕС: без права на доступ к правосудию. Интернет-источник: https://iccwbo.ru/tpost/9udgsyhxx1-statya-11-reglamenta-es-bez-prava-na-dos

Однако в любом случае перед применением неотъемлемых полномочий трибунал должен уточнить мнение сторон спора относительно реализации своих потенциальных полномочий. По общему правилу, трибунал должен неукоснительно соблюдать волю сторон, но в отдельных случаях при существенном изменении фактических обстоятельств трибунал может изменить волю сторон[12].

По этой причине составы арбитража в подавляющем большинстве случаев отказывают в удовлетворении заявлений сторон об изменении места арбитража (при наличии возражений одной из сторон спора). При этом данная арбитражная практика имеет отношение не только к российским подсанкционным лицам, но и иностранным лицам, ранее представлявшим аналогичные заявления по иным спорам (например, иранские, кубинские подсанкционные лица).

Тем не менее в арбитражной практике имеются обратные примеры.

1) Huntington Ingalls Inc. v. Ministry of Defense of the Bolivarian Republic of Venezuela (II) (Procedural Order No. 2 (Jurisdiction, Arbitrator Challenge, Place of Arbitration and Applicable Law) – 16 July 2013)[13] (место арбитража согласовано сторонами в арбитражном соглашении):

Фактические обстоятельства: (i) Стороны предусмотрели место арбитража в Венесуэле; (ii) Американский суд признал, что национальная система судов Венесуэлы является предвзятой и несправедливой, поскольку в стране произошли серьезные политические и экономические изменения, которые серьезно ухудшили финансовое и политическое положение дел в стране. Венесуэла косвенно признала наличие политических и экономических изменений. Кроме того, суд указал, что спор связан с секретными американскими разработками, поэтому выбор места арбитража в Венесуэле был бы небезопасным; (iii) После выводов американского суда стороны договорились о переносе места арбитража в США (Вашингтон); (iv) При ведении арбитража Венесуэла отказалась от договоренностей о переносе места арбитража в Вашингтон и потребовала вернуть его в Венесуэлу; (v) Арбитраж сослался на выводы суда и перенес арбитраж в нейтральный Рио-де-Жанейро.

[12] Cremades Román (Jr) and Patricia Peterson (eds), ICC Dossier No. 20: Rethinking the Paradigms of International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 20 (© Kluwer Law International; International Chamber of Commerce (ICC) 2023), pp. 17–35.

[13] Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-huntington-ingalls-inc-v-ministry-of-defense-of-the-bolivarian-republic-of-venezuela-procedural-order-no-2-jurisdiction-arbitrator-challenge-place-of-arbitration-and-applicable-law-tuesday-16th-july-2013

2) Photovoltaik Knopf Betriebs v. The Czech Republic; I.C.W. v. The Czech Republic; Voltaic Network v. The Czech Republic; Europa Nova v. The Czech Republic[14] (место арбитража согласовано сторонами в арбитражном соглашении):

Фактические обстоятельства: (i) Сторона инициировала смену места арбитража, поскольку законодательные органы ЕС приняли новый закон, который запрещал проведение инвестиционного арбитража между лицом из ЕС и государством-членом ЕС, и, как следствие, исключал возможность исполнения такого арбитражного решения на территории ЕС (в ряде случаев данный закон мог привести к возможности отмены таких арбитражных решений); (ii) Стороны в арбитраже предложили ряд вариантов места арбитража, арбитраж выбрал один из них; (iii) Арбитраж удовлетворил заявление об изменении места арбитража для целей исполнения арбитражного решения.

3) Heirs to the Sultanate of Sulu v. Malaysia[15] (место арбитража согласовано):

Фактические обстоятельства: (i) Испанский суд содействовал в назначении арбитра для спора, а спустя год этот же суд потребовал прекратить начатое арбитражное разбирательство в связи с уголовным преследованием, инициированным против данного арбитра на тер-

[14] Photovoltaik Knopf Betriebs-GmbH v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-21 – Award-15 May 2019 Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-photovoltaik-knopf-betriebs-gmbh-v-the-czech-republic-none-currently-available-tuesday-1st-january-2013#decision_4454
I.C.W. Europe Investments Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-22 – Award-15 May 2019 Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-i-c-w-europe-investments-limited-v-the-czech-republic-tuesday-1st-january-2013
Voltaic Network GmbH v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-20 – Award-15 May 2019
Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-voltaic-network-gmbh-v-the-czech-republic-none-currently-available-tuesday-1st-january-2013
WA Investments-Europa Nova Limited v. The Czech Republic, PCA Case No. 2014-19 – Award-15 May 2019
Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-wa-investments-europa-nova-limited-v-the-czech-republic-none-currently-available-tuesday-1st-january-2013

[15] Nurhima Kiram Fornan, Fuad A Kiram, Sheramar T Kiram, Permaisuli Kiram-Guerzon, Taj-Mahal Kiram-Tarsum Nuqui, Ahmad Narzad Kiram Sampang, Jenny KA Sampang and Widz-Raunda Kiram Sampang v. Malaysia – Final award – 28 Feb 2022.
Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-nurhima-kiram-fornan-fuad-a-kiram-sheramar-t-kiram-permaisuli-kiram-guerzon-taj-mahal-kiram-tarsum-nuqui-ahmad-narzad-kiram-sampang-jenny-ka-sampang-and-widz-raunda-kiram-sampang-v-malaysia-final-award-monday-28th-february-2022#decision_20674

ритории Испании; (ii) Арбитр расценил действия испанского суда как вмешательство в арбитраж и перенес место арбитража из Испании в нейтральную юрисдикцию (Франция); (iii) В 2023 году французский суд отменил арбитражное решение, т.к. арбитр превысил полномочия и нарушил соглашение сторон, изменив место арбитража.

4) Himpurna Cal. Energy Ltd v. PT (Persero) Perusahaan Listruik Negara, Procedural Order in Ad Hoc Case of 7 September 1999, XXV Y.B. Comm. Arb. 109 (2000)[16].

Фактические обстоятельства: (i) После начала арбитражного разбирательства национальная нефтяная компания Индонезии Pertamina (которая, хотя и являлась стороной первоначального спора, не была стороной настоящего арбитражного разбирательства) обратилась в Центральный суд Джакарты с просьбой приостановить арбитражное разбирательство; (ii) Pertamina утверждала, что арбитраж затронет ее права как третьей стороны. Суд Джакарты вынес приказ о приостановлении арбитражного разбирательства, который во многих отношениях был крайне необоснованным; (iii) Состав арбитража отказался приостановить арбитражное разбирательство и созвал слушания для допроса свидетелей (одновременно перенеся место фактических слушаний из Индонезии в Голландию); (iv) После неудачной попытки получить приказ на приостановление разбирательства представители Республики Индонезия (контролирующие компанию Pertamina) перехватили в аэропорту одного из трех арбитров (гражданина Индонезии) накануне слушаний в Гааге: арбитр был сопровожден обратно в Джакарту; (v) Накануне задержания индонезийского арбитра состав арбитража в усеченном виде вынес окончательное решение. Трибунал постановил, что приказ местного суда не является «достаточным основанием» для приостановления арбитража, а правовые основания для такого приказа «неясны».

Тем самым можно проследить ряд тенденций, которые свидетельствуют о возможности изменения места арбитража, согласованного сторонами.

Во-первых, серьезно изменились фактические обстоятельства, по сравнению с датой заключения арбитражного соглашения. Это предопределяет саму возможность поднять вопрос о том, насколько стороны могли предвидеть изменение политической, экономической и социальной ситуации на момент заключения арбитражного соглашения.

[16] Интернет-источник: https://treatyexaminer.com/arbitral-seat-hardship/

Во-вторых, фактические обстоятельства повлияли прежде всего на саму возможность обеспечить тот уровень правовых (процессуальных) гарантий сторон, что предусматривался ранее.

В-третьих, факультативными условиями для изменения места арбитража могут потенциально быть: косвенное согласие противоположной стороны на такое изменение места арбитража; дополнительные обстоятельства, свидетельствующие о высокой вероятности нарушения целостности арбитража (рисков последующей отмены решения, невозможности исполнения такого решения).

Как представляется, сторона должна доказать именно относительную необратимость наступления негативных последствий, если решение будет вынесено в соответствии с тем местом арбитража, что стороны выбрали ранее (при условии, что другая сторона возражает против изменения места арбитража).

В некоторых случаях экономические, политические условия в государстве могут претерпеть радикальные преобразования, коренным образом меняющие правовой и судебный режим международного арбитража в этой юрисдикции и ставящие под серьезное сомнение способность одной из сторон справедливо изложить свою позицию (вне зависимости, будь это арбитражное разбирательство или рассмотрение заявления об отмене арбитражного решения). В таких необычных обстоятельствах может быть допустимым отказ в признании и приведении в исполнение предварительного соглашения сторон об этом государстве в качестве места проведения арбитражного разбирательства[17].

2.2. Изменение применимого права

В сравнении с изменением места арбитража, доктрина и практика в принципе не определили каких-либо явных границ по возможности изменения применимого права.

Однако изменение применимого права и места арбитража роднит то, что ученые и практики не пришли к ответу на следующий вопрос: что приоритетнее – обеспечение вынесения исполнимого решения или применение императивных норм той юрисдикции, которой подчинен выбор применимого права (места арбитража).

[17] Chapter 14: Selection of Arbitral Seat in International Arbitration (Updated March 2024), in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021), pp. 756–757.

Это означает следующее. С одной стороны, если стороны договорились о том, что арбитры должны игнорировать императивные нормы или принципы публичного порядка, которые арбитры считают применимыми, арбитры не обязаны и, более того, не должны придерживаться этого соглашения. С другой стороны, арбитры не могут вынести решение с применением этих императивных правил, поскольку это равносильно превышению их мандата и вынесению решения, в котором стороны не нуждаются. Если стороны настаивают на своей позиции, то арбитры вправе отказаться от своего мандата[18]. Иначе обстоит дело, когда между сторонами нет договоренности о том, что арбитры не должны применять соответствующие правила. В этом случае если сторона требует применения императивных норм, то арбитры не могут быть обвинены в превышении своих полномочий, если у них есть веские основания считать, что эти правила применимы[19].

В данном контексте важен также следующий вопрос: может ли использование неотъемлемых полномочий (например, применение сверхимперативных норм, возможность установить неблагоприятные выводы против стороны, не предоставившей доказательства) быть ограничено соглашением сторон?

С одной стороны, в отчете МБА утверждается, что «поскольку такие полномочия являются ключевыми для обеспечения исполнимого и справедливого решения, то такое исключение полномочий подорвало бы саму сущность арбитража»[20]. Однако, с другой стороны, ряд ученых утверждает, что «трибунал не должен заявлять в качестве неотъемлемой власти то, что противоречит запрету, установленному в соответствующем соглашении»[21]. Как следствие, на практике также не имеется единства по данному вопросу[22].

Например, в деле ReliaStar Life Ins. Co. of New York v. EMC Nat'l Life Co стороны прямо предусмотрели, что каждая сторона несет самостоятельно расходы по ведению арбитража. Однако состав арбитража

[18] L.G. Radicati di Brozolo, Mandatory Rules and International Arbitration, in 23 AM. REV. INT'L ARB. 49 (2012) supra note 42, p. 71–72.

[19] Luca G. Radicati di Brozolo Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration What Role for Inherent Powers? pp. 290–291.

[20] Отчет МБА, примечание 7, at 17.

[21] Moses, supra note 6, at 11.

[22] ReliaStar Life Ins. Co. of New York v. EMC Nat'l Life Co., 564 F.3d 81, 86 (2d Cir. 2009). Интернет-источник: https://www.courtlistener.com/opinion/1192788/reliastar-life-ins-co-ny-v-emc-nat-life-co/

возложил на недобросовестную сторону оплату расходов другой стороны, что прямо противоречило воле сторон. Однако по мнению Второго округа суда штата Нью-Йорк, сторона может ограничить полномочия, присущие ей, если «они ясно и четко изложат это намерение в своем соглашении об арбитраже» (что, по мнению суда, сделано не было).

В то же время если речь идет о действительно неотъемлемых полномочиях, трудно представить себе, что стороны могут ограничить или исключить эти полномочия. Истинно неотъемлемые полномочия – это те полномочия, которые связаны с судебной функцией трибунала и, следовательно, необходимы ему для выполнения своих задач.

При этом иностранные авторы отмечают, что реализация арбитрами права на изменение применимого права (оценку положений соглашения сторон) не является реализацией неотъемлемых полномочий. Например, применение императивной нормы права, не выбранного сторонами, не является осуществлением неотъемлемых или даже дискреционных полномочий. По мнению ряда авторов, такой выбор применимого права – это просто часть судебной функции арбитра: обязательный и основополагающий компонент этой функции – толковать источники и осуществлять усмотрение, когда эти источники молчат или неясны. Иными словами, когда речь идет об определении того, следует ли придерживаться определенного курса в процессе принятия решения, арбитр не должен определять, обладает ли он неотъемлемыми полномочиями для этого[23].

Тем не менее, исходя из представленных выше аргументов, можно сделать несколько тенденций.

Во-первых, доктрина неотъемлемых полномочий с крайней осторожностью применяется на практике для целей изменения применимого права (в том числе при применении императивных норм иного права). Опытные арбитражные специалисты склонны интерпретировать любые действия с применимым правом в качестве толкования условий договора, закона, а не в качестве следствия применения доктрины неотъемлемых полномочий.

Во-вторых, стороны могут потенциально предусмотреть в соглашении сторон оговорку о недопустимости применения сверхимперативных норм. Однако на практике действие таких оговорок представляется маловероятным, особенно если таким образом стороны фактически обходят действие санкционного законодательства в какой-либо форме.

[23] Luca G. Radicati di Brozolo Applying the Rules Governing the Merits in International Commercial Arbitration What Role for Inherent Powers? P. 292.

В-третьих, в сравнении с местом арбитража, изменение применимого права представляется более сложной задачей. Однако если выбор применимого права (например, право стран, входящих в ЕС) представляет собой основание для безоговорочного отказа в защите подсанкционных прав, то теоретически возможно в отдельных случаях изменить применимое право на нейтральную юрисдикцию. В обратном случае сохранение применимого права может потенциально предопределить исход спора еще до начала арбитража, тем самым нивелировав целостность самого арбитража и те задачи, что стоят перед ним по обеспечению справедливого разбирательства (особенно в случае, если место арбитража установлено в нейтральном государстве и, как следствие, такое государство фактически предоставило трибуналу часть своих юрисдикционных полномочий по вынесению справедливых арбитражных решений).

2.3. Полномочия арбитров при совершении «партизанских» действий

После введения полномасштабных санкций в 2022 году российский бизнес в ряде случае был вынужден оставить собственные производственные мощности, предоплаченные товары (технику) в иностранных государствах: российские лица объективно не могли своевременно вывезти все эти вещи в Российскую Федерацию или в другие юрисдикции, на территории которых не применяются санкционные ограничения в отношении определенных российских лиц.

В результате отдельные российские лица инициировали споры против иностранных контрагентов (государств), в которых решили оспаривать незаконные действия (например, экспроприация инвестиций, удержание товаров, авансов).

Аналогичная ситуация сложилась и на противоположной стороне: в преддверии введения контрсанкций со стороны Российской Федерации иностранные лица (в основном из стран Западной Европы, США) стремились покинуть российский рынок, однако часть имущества иностранных компаний оказалась под временным «внешним управлением».

В таких спорах российские (как, впрочем, и иностранные[24]) лица не всегда имеют доступ ко всем необходимым доказательствам, нахо-

[24] Здесь и далее – если прямо не сказано иное, представленные выводы могут быть актуальны для иностранных компаний, имеющих «зеркальное» положение на территории Российской Федерации. По этой причине некоторые неотъемлемые пол-

дящимся на территории иностранного государства. В свою очередь, иностранные лица также могут быть не заинтересованы в предоставлении необходимых доказательств в арбитраж, поскольку такие доказательства могут в отдельных случаях привести к вынесению решения в пользу российской стороны.

Для арбитражных разбирательств довольно частой практикой является отказ одной из сторон спора содействовать другой стороне спора в предоставлении доказательств, находящихся под контролем первой стороны спора (в пределах ее полномочий). Такие и иные недобросовестные действия сторон называются «партизанские действия» (guerrilla tactics). Среди прочего, к партизанским действиям принято относить: действия по затягиванию процесса (например, заявление заведомо необоснованных ходатайств, при раскрытии доказательств – предоставление огромного количества документов, не имеющих какого-либо значения к существу спора); оказание психологического, физического давления на свидетелей, экспертов и иных лиц и т.д.

Однако если иностранные лица отказываются предоставлять доказательства, которые явно находятся у них (например, в случае если активы российской компании были фактически экспроприированы со стороны иностранной государственной компании), то имеется ряд процессуальных средств, которые могут потенциально защитить российскую сторону, например:

1) истребование доказательств у иностранной стороны[25]: по общему правилу, в отличие от судебного определения об истребовании дока-

номочия могут быть потенциально применены против недобросовестных действий российской компании, являющейся стороной конкретного спора.

[25] Среди прочего, отдельные арбитражные регламенты даже содержат право трибунала потребовать от сторон представить дополнительные доказательства по определенному вопросу, если трибунал считает отдельные обстоятельства недоказанными или действия одной из сторон по непредставлению доказательств недобросовестными (например, Регламент арбитражного разбирательства ЮНСИТРАЛ (ст. 24(3)) и Civil Procedure Rules of the United Kingdom (12.3)). Тем не менее следует учитывать, что согласно наилучшим практикам, трибунал должен учесть мнение сторон по возможности и необходимости представления дополнительных доказательств: если обе стороны не могут и (или) не желают представлять дополнительные доказательства, то трибунал не вправе выходить за пределы собственных полномочий. Однако если после проведения консультаций с трибуналом одна из сторона отказывается предоставлять доказательства, то вне зависимости от причин такого поведения такая сторона должна быть предупреждена о негативных последствиях своего процессуального поведения (в том числе о возможности вынесения решения против интересов данной стороны) (см. подробнее: Matti S. Kurkela, Santtu Turunen. Due process in international commercial arbitration. Oxford University Press. 2010. P. 177).

зательств, исполнение арбитражного приказа об истребовании носит добровольный характер.

Тем не менее состав арбитража может обратиться за содействием по истребованию доказательств к государственному суду или учесть факт отказа иностранной стороны от исполнения определения, вынесенного составом арбитража, при доказывании конкретного факта (например, если иностранная сторона не представит доказательства, свидетельствующие уважительные причины отказа в предоставлении данных доказательств, и (или) не сможет опровергнуть утверждения российской стороны по определенным фактам с помощью иных доказательств, то трибунал может признать доказанными те обстоятельства, на которые ссылается российская сторона).

Более того, в случае если состав арбитража отказывается от процедуры раскрытия (discovery) доказательств, а российская сторона представляет обоснованные аргументы, свидетельствующие о нахождении ключевого доказательства по делу под контролем иностранной стороны, то такие действия трибунала могут потенциально стать основанием для последующей отмены решения. Причина возможной отмены арбитражного решения – невозможность российской стороны представить свою позицию по делу[26].

2) принятие обеспечительных мер по сохранению доказательств: как и в предыдущем случае, трибунал может обратиться за содействием в государственный суд с целью принудительного исполнения данных мер; однако в отдельных юрисдикциях обеспечительные меры арбитража могут быть потенциально обязательными сами по себе, без обращения в государственный суд.

3) Как исключительная мера принятие составом арбитража неблагоприятных выводов для иностранной стороны в отношении обстоятельств дела (adverse inference): например, если иностранное лицо отказывается предоставлять доказательства в подтверждение некачественного выполнения строительных работ (которые, очевидно, должны быть у подрядчика, согласно условиям контракта), но при этом имеются косвенные доказательства, подтверждающие данный факт, то трибунал вправе признать доказанным факт некачественного выполнения строительных работ.

Данные средства обычно на практике инициируются по заявлению одной из сторон спора. Однако следует учитывать, что в ряде случаев

[26] Gabrielle Kaufmann-Kohler & Philippe Bartsch Discovery in international arbitration: How much is too much? German Arbitration Journal 2004, Part 1.

арбитры могут сами совершать указанные действия в силу юрисдикционной природы своих полномочий. Тем не менее в конкретном деле определенный арбитр может воздержаться от реализации данных полномочий по собственной инициативе.

2.4. Раскрытие неподсанкционного лица, финансирующего подсанкционную сторону при ведении дела в арбитраже или раскрытие подсанкционного лица, финансирующего неподсанкционную сторону при ведении дела в арбитраже

Для участия в дорогостоящем арбитражном разбирательстве стороны могут потенциально обращаться к третьим лицам, выступающим в качестве спонсора проводимого арбитражного разбирательства (third-party funding). Интерес такого спонсора может заключаться как в получении прибыли (если такое лицо является внешним по отношению к стороне спора), так и в финансовом содействии своей аффилированной компании (если компания выделяет денежные средства своей аффилированной организации).

По данным Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), обнародованным в связи с предложением о внесении поправок к правилам о финансировании споров, как минимум 20% дел финансируется с помощью подобной процедуры[27].

Однако на практике данный факт финансирования может иметь юридическое значение для сторон спора и самого трибунала. При этом полномочие трибунала по запросу дополнительной информации у сторон не закреплено в каких-либо арбитражных регламентах. Тем не менее на практике трибуналы реализуют такое неотъемлемое полномочие.

Помимо потенциального конфликта интересов арбитров и участников спора, обеспечения расходов (при неплатежеспособности стороны спора), другие основания, по которым арбитры требуют раскрытия информации, в основном сводятся к следующему:

(a) «прозрачность» и выявление «истинных заинтересованных сторон»,

(b) распределение расходов и

(c) конфиденциальность.

[27] URL: https://iaa-network.com/wp-content/uploads/2020/01/Amendment-ICSID-Arbitration-Rules.pdf

Однако каждое из этих потенциальных оснований для раскрытия информации либо не имеет никакого отношения к справедливому решению арбитрами дела, либо более легко достигается с помощью других процессуальных механизмов, либо является вопросом применимого права, либо, как в случае с «прозрачностью», не имеет никакого отношения к исходу дела и представляет собой всеобъемлющую цель.

Некоторые практикующие специалисты считают, что это имеет значение, поскольку, например, трибуналу необходимо знать, существует ли финансирующий орган, чтобы выяснить, не связаны ли средства, выделяемые на ведение арбитража, с коррупцией или связями с преступными организациями. Однако представляется, что такое расследование, по общему правилу, не требуется в арбитражных спорах. Одно дело – проводить расследование при наличии признаков коррупции; другое дело – предполагать, что финансирующее лицо может быть связано с коррупцией, и поэтому это лицо всегда должно быть раскрыто.

По общему правилу, раскрытие информации на регулярной основе не требуется, поскольку (а) вероятность обнаружения конфликта весьма мала, (б) трудно определить финансирующее лицо, и (в) большая опасность для арбитражного процесса, связанная с применением широкой трактовки международных актов мягкого права[28], в результате чего раскрытие информации может стать обременительным, запутанным, спорным и навязчивым процессом, в ходе которого придется проливать свет на любую организацию, имеющую «прямую экономическую заинтересованность» в арбитражном решении.

Тем не менее на практике имеется ряд прецедентов, в которых состав трибунала запрашивал данную информацию[29]. В большинстве случаев дело не доходило до раскрытия финансирующей стороны (в силу сложности доказывания исключительных обстоятельств для такого раскрытия), но в любом случае это создает риск для подсанкционных лиц: финансирующая сторона, не находящаяся под санкциями, может оказаться впоследствии в санкционном списке, если будет уста-

[28] Possible reform of investor-State dispute settlement (ISDS). Draft provisions on third party funding // URL: https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding. P. 2.
Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration. P. 50 // URL: https://www.arbitration-icca.org/projects/Third_Party_Funding.html

[29] EuroGas Inc. and Belmont Resources Inc. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/14/14, Award (Aug. 18, 2017) (“EuroGas II”). Интернет-источник: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9275_0.pdf
Muhammet Çap Sehil Inşaat Endustri ve Ticaret Ltd. Sti v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/12/6, Procedural Order No. 3 (June 12, 2015) (“Muhammet Cap III”). Интернет-источник: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw4350.pdf

новлена аффилированность между данными компаниями, и наоборот (подсанкционное лицо финансирует ведение спора, а стороной спора является неподсанкционное лицо).

Аналогичная проблема актуальна и для иностранных лиц, рискующих попасть под контрсанкции, принимаемые Российской Федерацией или другими государствами.

В деле Muhammet Cap III Трибунал постановил, что: «Истцы должны сообщить, финансируются ли их требования в настоящем арбитраже третьей стороной/сторонами, и если да, то имена и данные третьей стороны/сторон, финансирующих иск, и условия такого финансирования».

Трибунал обосновал свое решение несколькими факторами, включая, в частности, необходимость «обеспечить целостность разбирательства и определить, не влияет ли на кого-либо из арбитров наличие третьей стороны-финансиста». Важно подчеркнуть, что это решение последовало за предыдущим отказом вынести постановление о раскрытии информации, и Трибунал изменил свое предыдущее решение только на основании дальнейших заявлений государства. По мнению государства-участника спора, у одного из арбитров может возникнуть «конфликт с финансирующей стороной» после того, как истцы сменили своего адвоката.

Предположим, что степень раскрытия информации о финансирующей стороне также может зависеть от степени вовлеченности такой стороны в ведение арбитража. Если сторона активно влияет на выбор процессуальной стратегии, наем консультантов, участвует в слушаниях[30], то с большей вероятностью арбитры могут потребовать раскрытия информации, и наоборот.

2.5. Заявление об отводе арбитра со стороны другого арбитра по тому же спору

Решение по делу Sundra Rajoo v Mohammed Abd Majed and Persuatan Penapis Minyak Swait Malaysia (Poram)[31] продемонстрировало изменение

[30] Более подробно см. Scherer M., Goldsmith A., Flechet C. Third-party funding in international arbitration in Europe: Funders' Perspectives // International Business Law Journal. 2012. N 2. P. 211.
Симонова А. Финансирование споров третьей стороной в международном арбитраже: пассивная и активная модели // Законодательство. 2022. № 4. Стр. 71–77.

[31] Decision of High Court of Kuala-Lumpur № D-24NCC(ARB)-13 OF 2010 (см. в текст решения в работе: Tibor Várady's 'On Shifting Players and Roles in the Process of Chal-

роли арбитра, показав, что арбитр может заявить отвод своему коллеге-арбитру по тому же делу.

В данном деле один из арбитров подал заявление об отводе против другого арбитра (который был назначен компанией Virgoz Oil в качестве одного из трех арбитров) в рамках разбирательства с участием Virgoz Oil and Fats Pte Ltd. Заявление об отводе было подано в Высокий суд Куала-Лумпура.

Основанием для заявления об отводе послужило то, что отводимый арбитр участвовал в качестве представителя Virgoz Oil and Fats Pte Ltd (компании, назначившей его арбитром по настоящему делу) в других арбитражных делах. Предположительно заявитель посчитал, что это может помешать текущему арбитражному делу в результате конфликта интересов, и потребовал в данном деле, чтобы первый ответчик раскрыл все предыдущие назначения первого ответчика компанией Virgoz Oil and Fats Pte Ltd. В итоге Высокий суд Куала-Лумпура признал право арбитра на обращение с таким заявлением в суд и обязал отводимого арбитра предоставить информацию в течение семи дней с момента вынесения определения. В обратном случае такой арбитр будет отведен.

Указанные действия арбитра одной из сторон поднимают вопросы о том, когда и кем могут быть поданы заявления об отводе. Обычно правом заявлять отводы обладали только стороны арбитража, а арбитр, назначаемый одной из сторон, не рассматривался в качестве стороны того же арбитража.

В данном случае Высокий суд Куала-Лумпура признал право арбитра на заявление отвода в отношении другого арбитра, преодолев оговорку местного закона об арбитраже, который определяет «сторону» как сторону арбитражного соглашения.

В обоснование своего решения Высокий суд Куала-Лумпура сослался на два английских дела: во-первых, на слова судьи Хобхауса о том, что «все стороны арбитража связаны условиями арбитражного договора»[32], а во-вторых, на слова сэра Брауна-Уилкинсона в деле Norjarl v Hyunday, где «после назначения арбитр становится третьей

lenging Arbitrators: A Comment on Sundra Rajoo v Mohammed Abd Majed and Persuatan Penapis Minyak Swait Malaysia (Poram)'. The Practice of Arbitration: Malaysia Explore on GAR RETURN TO SUMMARY Essays in Honour of Hans Van Houtte. Edited by Patrick Wautelet, Thalia Kruger, and Govert Coppens (Oxford: Hart Publishing, 2012). pp. 37–44.

[32] Companie Européenne de Céreales SA v Tradax Export SA (1986) QB (Comm Ct) 301. Интернет-источник: https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=149008

стороной арбитражного соглашения, которое становится трехсторонним соглашением»[33].

Кроме того, Высокий суд Куала-Лумпура обосновал решение, исходя из принципов естественной справедливости, которые YA Datuk Dr Haji Hamid Sultan Bin Abu Backer объясняет следующим образом: требование беспристрастности является принципом естественной справедливости, и, следовательно, суд обладает неотъемлемой юрисдикцией для проверки нарушения или предполагаемого нарушения принципа беспристрастности в арбитраже, когда заявление об отводе исходит от любой заинтересованной стороны[34].

Обоснование «естественной справедливости» не лишено критики. Как считает один из комментаторов, полагаться на такое обоснование может быть несколько надуманно. В то же время высказывается мнение, что на принцип «естественной справедливости» можно полагаться в качестве сдержки и противовеса для обеспечения беспристрастности состава арбитража[35]. В этом смысле обоснование «естественной справедливости» довольно точно соответствует Общему стандарту 7, раздел (c) Руководства IBA по конфликтам интересов в международном арбитраже, где говорится, что арбитр обязан проводить разумные расследования для изучения потенциальных конфликтов интересов. Таким образом, исход данного дела не должен никого застать врасплох, поскольку одним из принципов арбитража является сохранение целостности арбитража (в том числе включая в данное понятие обеспечение беспристрастности состава арбитража).

В то же время данное судебное дело наводит на мысль, что мандат на рассмотрение конкретного спора обязывает арбитра безусловно обеспечивать собственную беспристрастность. В обратном случае арбитр подпадает под риск отвода: арбитр мог быть связан какими-либо отношениями с одной из сторон в прошлом, но с учетом обстоятельств конкретного дела арбитр должен продемонстрировать собственную беспристрастность и раскрыть запрашиваемые сведения.

Кроме того, при даче согласия на участие в деле арбитр должен осознавать, что его любые контакты (связи, общие взгляды) с другой

---

[33] K/S Norjarl A/S v Hyunday Heavy Industries Co Ltd [1992] Q.B. 863 at 885. Интернет-источник: https://www.i-law.com/ilaw/doc/view.htm?id=150182

[34] Decision of High Court of Kuala-Lumpur № D-24NCC(ARB)-13 OF 2010 at paragraph [8].

[35] T Várady, 'On Shifting Players and Roles in Process of Challenging Arbitrators'. The Practice of Arbitration: Essays in Honour of Hans van Houtte. Edited by Patrick Wautelet, Thalia Kruger, and Govert Coppens (Oxford: Hart Publishing, 2012). p.43.

стороной спора могут вызвать объективное подозрение в отношении его беспристрастности. По этой причине арбитр обязан контролировать собственное поведение: при несоблюдении такой обязанности другой арбитр по делу вправе реализовать свои неотъемлемые полномочия по обеспечению процессуальной справедливости и равенства в рамках конкретного спора (в том числе путем подачи заявления об отводе первого арбитра).

2.6. Пересмотр решения в связи с изменением фактических обстоятельств

По общему правилу, арбитражные решения не подлежат пересмотру в связи с изменением фактических обстоятельств. Более того, даже апелляция и отмена арбитражных решений значительно ограничены в большинстве юрисдикций. Такой подход объясняется, среди прочего, принципом res judicata (обязательность исполнения решения, вступившего в законную силу) и доктриной functus officio[36] (истечение срока действия мандата арбитра после вынесения решения, в том числе отсутствие права на пересмотр решения по существу после его вынесения).

По этим причинам арбитражное сообщество в целом довольно скептически относится к возможности пересмотра решения[37], в том числе в связи с изменением фактических обстоятельств. Тем не менее арбитражная практика свидетельствует об обратных примерах[38].

Наиболее ярким доказательством возможности пересмотра арбитражных решений является ст. 51 Вашингтонской конвенции 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (далее – Конвенция 1965 года). Конвенция 1965 года позволяет сторонам спора инициировать процедуру пересмотра арбитражного решения при наличии

[36] Jay E Grenig, 'After the Arbitration Award: Not Always Final and Binding' (2014) 25 Marq Sports L Rev 65, 72–73.

[37] Caron & Reed, Post Award Proceedings Under the UNCITRAL Arbitration Rules, 11 Arb. Int'l 429, 445 (1995), 86–91.

[38] T.Co Metals, LLC v. Dempsey Pipe & Supply, Inc., 592 F.3d 329, 342-46 (2d Cir. 2010). Интернет-источник: https://www.courtlistener.com/opinion/1356933/t-co-metals-llc-v-dempsey-pipe-supply-inc/
EIG Servs., Inc. v. One Call Medical, Inc., (Fla. Dist. Ct. App. 2022). Интернет-источник: https://caselaw.findlaw.com/court/fl-district-court-of-appeal/1951131.html
See also Glass, Molders, Pottery, Plastics & Allied Workers Int'l Union, 56 F.3d at 847.

ряда условий: 1) обнаружение после вынесения решения какого-либо факта такого характера, который решающим образом влияет на арбитражное решение; 2) на момент вынесения арбитражного решения этот факт был неизвестен трибуналу и заявителю; 3) на момент первоначального рассмотрения дела заявитель не располагал данной информацией вследствие объективных факторов, а не в связи с собственной небрежностью.

При этом данная статья Конвенции 1965 года не требует доказывания преступных действий, то есть главным условием пересмотра арбитражного решения является объективная невозможность сторон и состава арбитража воспользоваться доказательствами во время первоначального рассмотрения спора.

Практика применения ст. 51 Конвенции 1965 года свидетельствует о возможности пересмотра арбитражных решений, в том числе промежуточных решений (например, о юрисдикции арбитража по предмету спора, об ответственности ответчиков), вследствие изменения фактических обстоятельств и обнаружения новых доказательств[39]. Как представляется, возможность пересмотра промежуточных решений также имеет определенные предпосылки, поскольку на момент вынесения промежуточных решений мандат арбитров еще не прекратился. При условии, что такие промежуточные решения признаются не вступив-

[39] Standard Chartered Bank (Hong Kong) Ltd v Tanzania Electric Supply Company Ltd (TANESCO), ICSID Case No ARB/10/20, Award (12 September 2016): Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-standard-chartered-bank-hong-kong-limited-v-tanzania-electric-supply-company-limited-award-monday-12th-september-2016#decision_1077

В данном деле трибунал посчитал, что res judicata применяется только для третьих лиц (а не сторон спора), поэтому промежуточные решения в настоящем случае до момента вынесения финального решения лишь обладают характером обязательности только для сторон спора.

ConocoPhillips Petrozuata BV, ConocoPhillips Hamaca BV and ConocoPhillips Gulf of Paria BV v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB/07/30, Dissenting Opinion of Georges Abi-Saab on "Decision on Jurisdiction and the Merits" of 3 September 2013, para 67. Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/opinion/en-conocophillips-petrozuata-b-v-conocophillips-hamaca-b-v-and-conocophillips-gulf-of-paria-b-v-v-bolivarian-republic-of-venezuela-dissenting-opinion-of-georges-abi-saab-decision-on-jurisdiction-and-merits-tuesday-3rd-september-2013#opinion_58

Quiborax SA, Non Metallic Minerals SA and Allan Fosk Kaplún v Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No ARB/06/2, Award (16 September 2015) paras 129–130. Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-quiborax-s-a-non-metallic-minerals-s-a-v-plurinational-state-of-bolivia-award-wednesday-16th-september-2015#decision_510

шими в законную силу (res judicata), такие решения тоже могут быть пересмотрены арбитрами[40].

В литературе отмечается, что объем неотъемлемых полномочий в инвестиционном арбитраже больше, чем в коммерческом арбитраже. Это объясняется тем, что в инвестиционных спорах арбитры выступают де-факто судьями в сфере международного публичного права. Однако тем не менее это не предопределяет инквизиционный характер такого арбитража и точные пределы таких полномочий[41].

Однако решения международного коммерческого арбитража[42] и международных судов[43] также пересматриваются в связи с изменением фактических обстоятельств[44]. Как следует из позиций ученых

[40] Правда, есть прецедентное право МЦУИС, которое поддерживает утверждение о том, что стороны не могут возобновлять предыдущее разбирательство, даже если окончательное решение еще не вынесено. Так, соответствующие трибуналы МЦУИС высказали мнение, что согласно общему правилу res judicata трибунал не имеет права возобновлять рассмотрение юрисдикционных вопросов, решенных в нем, даже если окончательное решение не было вынесено
(Tokios Tokelės v Ukraine, ICSID Case No ARB/02/18, Award (26 July 2007, para 98. Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-tokios-tokeles-v-ukraine-award-thursday-26th-july-2007
CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/8, Award (12 May 2005) para 126. Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-cms-gas-transmission-company-v-the-argentine-republic-award-thursday-12th-may-2005

[41] Robert Wachter, 'Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure: On the Inherent Powers of Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitration', in Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration 2012, Austrian Yearbook on International Arbitration, Volume 2012, pp. 89–93.

[42] Award in ICC Case No. 6079, summarized in Hascher, L'Autoritéde la Chose Jugée des Sentences Arbitrales, Travaux du Comité Français du Droit International Privé 2000–2002 17, 27 (2004).
James Castello, 'UNCITRAL Rules' in Frank-Bernd Weigand (ed), Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration (OUP 2010) 1403, 1512, para 16.336. See also Eric Schwartz, 'Thoughts on the Finality of Arbitral Awards' in Laurent Lévy and Yves Derains (eds), Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff (Pedone 2011) 569–576.

[43] Waltraud Storck v Germany, Application No. 61603/00, European Court of Human Rights, Decision on Admissibility, dated October 26, 2004, pp. 13–14. Интернет-источник: https://base.garant.ru/55021472/?ysclid=m5zy51vwkt149067684

[44] В настоящей статье целенаправленно не представлены дела, в которых пересмотр арбитражных решений был связан с подлогом доказательств, преступными действиями сторон: практика по таким делам достаточно устойчива, и если обнаружившиеся сведения существенно влияют на существо спора, то такие решения подлежат пересмотру.

и арбитров, такой пересмотр возможен только в исключительных обстоятельствах, когда отказ в пересмотре решения приведет к серьезной несправедливости самого решения и арбитража в целом.

Среди прочего, одним из наиболее взвешенных подходов к вопросу допустимости пересмотра промежуточных арбитражных решений является позиция итальянского юриста Tobia Cantelmo. Так, он предлагает следующие условия для пересмотра арбитражных решений:

(i) были обнаружены новые факты или новые доказательства;

(ii) новые факты или доказательства были фактически недоступны заявителю на момент принятия промежуточного решения; это требование недоступности выполняется, если сторона, проявившая должную осмотрительность, скорее всего, не нашла бы соответствующие доказательства; и

(iii) новые факты или доказательства таковы, что они, вероятно, заставят Трибунал изменить значительную часть своего предыдущего промежуточного решения таким образом, что это повлияет на окончательный исход дела[45].

Эти строгие критерии фактически аналогичны тем, которые уже закреплены в статье 61(1) Статута Международного Суда, на основе которой была разработана статья 51 Конвенции 1965 года[46].

Более того, отдельные юрисдикции (например, Швейцария) прямо предусматривают возможность пересмотра арбитражных решений в связи с изменением фактических обстоятельств (появлением новых доказательств, которые ранее не были объективно доступны одной из сторон спора): по швейцарскому праву такое полномочие имеется как у местных судов, так и у состава арбитража, ранее рассматривавшего указанный спор[47].

---

[45] Tobia Cantelmo,The Inherent Power of Reconsideration in Recent ICSID Case Law. Journal of World Investment & Trade 18 (2017). pp. 232–270.
Friederike Stumpe & Heiko A. Haller, § 32 DIS-SchO, in ICC-SCHO/DIS-SCHO: PRAXISKOMMENTAR ZU DEN SCHIEDSGERICHTSORDNUNGEN, supra note 1.

[46] Christoph Schreuer and others, The ICSID Convention: A Commentary (2nd edn, CUP 2009) (n 146) 878.
Lisa M Bohmer, 'Finality in ICSID Arbitration Revisited' (2016) 31(1) ICSID Rev-FILJ, 236.
Эти условия похожи на те критерии, что упомянуты в вышеназванном деле TANESCO (paras 324–349).

[47] Poncet, Challenging Awards Under Swiss Law: The Power to "Revise" Arbitral Awards, 11(2) Int'l Arb. L. Rev. 88 (2008); Chapter 7: The Award', in Daniel Girsberger and Nathalie Voser, International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives (Fourth Edition), (Schulthess Juristische Medien AG 2021), pp. 423–520.

Дополнительно отметим, что в большинстве национальных законов пересмотр предусмотрен для решений государственных судов, но редко в отношении арбитражных решений (исключения составляют, например, ст. 1502 Гражданского процессуального кодекса Франции, ст. 1068 Гражданского процессуального кодекса Нидерландов и, начиная с пересмотра главы 12 SPILA в 2020 году, ст. 190a f. SPILA). Тем не менее даже если это прямо не предусмотрено законом, во многих юрисдикциях признается, что пересмотр должен быть возможен в международном арбитраже.

В некоторых юрисдикциях допускается, что состав арбитража сам аннулирует или пересматривает решение, полученное мошенническим путем, по возвращении дела на новое рассмотрение судом по просьбе стороны или по своей собственной инициативе[48].

В доктрине встречается мнение, что решение об основаниях для пересмотра арбитражных решений должен принимать государственный суд, а не арбитры (т.е. авторы решения), даже если такой орган должен затем передать дело арбитрам для вынесения нового решения в случае удовлетворения просьбы о пересмотре[49].

Например, в США любые действия по пересмотру окончательного арбитражного решения обычно возлагаются на судебные органы, с некоторыми узкими исключениями в отдельных случаях, допускающими внесение изменений арбитрами (за исключением случаев, когда стороны договорились об обратном)[50].

Однако (вне зависимости от юрисдикционного органа, рассматривающего такие вопросы) именитые арбитражные юристы (в том

See B. Berger & F. Kellerhals, International and Domestic Arbitration in Switzerland, 1498 (4th ed. 2021)

Schwartz, Thoughts on the Finality of Arbitral Awards, in L. Lévy & Y. Derains (eds.), Liber Amicorum Serge Lazareff 569, 576 (2011).

Claudia Pechstein & Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft e.V. (DESG) v. International Skating Union (ISU), CAS 2009/A/1912 & 1913: Judgment of 28 September 2010, DFT 4A_144/2010, ¶2.1.2 (Swiss Fed. Trib.). Интернет-источник:https://jusmundi.com/en/document/decision/en-claudia-pechstein-deutsche-eisschnelllauf-gemeinschaft-e-v-desg-v-international-skating-union-isu-decision-of-the-swiss-federal-tribunal-4a-144-2010-tuesday-28th-september-2010

[48] Born, 24.07. See also Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter, paras. 10.17–10.23, for further details on all the options discussed here for the revision of an award).

[49] (Jean-François Poudret, Sébastien Besson, Comparative Law of International Arbitration, paras. 845 and 847, with further references. (2294)).

[50] Born, 24.02[B][2]).

числе со ссылками на опыт других юрисдикций, например, Великобритании) отмечают, что неограниченное право пересмотра арбитражных решений вследствие приобщения дополнительных доказательств противоречит ограниченному по своему характеру мандату арбитров и будет способствовать увеличению недобросовестных попыток повторного рассмотрения споров. По их мнению, арбитражные соглашения, по общему правилу, также не наделяют арбитров подобными полномочиями[51].

При этом ни в доктрине, ни в практике явно не поднимается следующий вопрос: как отмена санкционных ограничений может повлиять на возможность пересмотра арбитражных решений в связи с изменением фактических обстоятельств и представлением новых доказательств.

Полагаем, что для решения данного вопроса необходимо обратиться к концепции неотъемлемых полномочий.

Как указано выше, в качестве предпосылок реализации неотъемлемых полномочий выделяются, например, обеспечение целостности арбитражного процесса, справедливое и равное обращение к сторонам.

Международный суд ООН также определяет, что арбитраж осуществляет свои неотъемлемые полномочия в рамках своей юрисдикционной деятельности, обеспечивая «процессуальную справедливость, соблюдение конфиденциальности, право сторон на получение юридической помощи и на свободное и беспрепятственное представление своего дела»[52].

В контексте международного арбитража неотъемлемые полномочия были описаны как «необходимое следствие основополагающего намерения сторон создать институт, имеющий судебный характер», и «логическое следствие судебного характера [трибуналов] и их обязанности обеспечивать надлежащее отправление правосудия»[53].

Возникает вопрос: можно ли на основании данных предпосылок реализации неотъемлемых полномочий сформулировать новые, прямо

---

[51] Chapter 24: Correction, Interpretation and Supplementation of International Arbitral Awards (Updated November 2023), in Gary B. Born, International Commercial Arbitration (Third Edition), (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2021, pp. 789–810.

[52] Libananco Holdings Co. Limited v Türkiye Cumhuriyeti, ICSID Dava No. ARB/06/8, Decision on Preliminary Issues, 23.06.2008, para 78. Интернет-источник: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-libananco-holdings-co-limited-v-republic-of-turkey-decision-on-preliminary-issues-monday-23rd-june-2008

[53] Paola Gaeta, Inherent Powers of International Courts and Tribunals, in MAN'S INHUMANITY TO MAN: ESSAYS ON INTERNATIONAL LAW IN HONOUR OF ANTONIO CASSESE pp. 353, 364–65 (Lal Chand Vohrah et al. eds., 2003).

не определенные в доктрине/практике неотъемлемые полномочия? Если можно, то как именно?

Возьмем для анализа, например, такие предпосылки реализации неотъемлемых полномочий как обеспечение целостности процесса, процессуальная справедливость.

Очевидно, что, вынося решение, арбитр руководствовался одними нормативными актами, в то время как при отмене санкций тот же самый арбитр с большей вероятностью будет вынужден применить совсем иные нормативные акты (при условии, что отменяемые санкции влияют на существо конкретного спора). В этом же контексте арбитр будет вынужден оценить действия сторон спора с точки зрения их законности, разумности и допустимости.

Тем не менее риск посягательства на принципы res judicata и functus officio, скорее всего, вызовет негативную реакцию на возможность пересмотра собственного арбитражного решения. По этой причине арбитры будут вынуждены, среди прочего, обратить внимание на несколько моментов:

1) как противоположная сторона спора реагирует на изменение фактических обстоятельств и правовых норм и готова ли она изменить свою позицию по делу (то есть имеется ли в настоящее время фактический спор по существу);

2) влияет ли сам факт отсутствия спора по существу на текущий момент времени на возможность пересмотра арбитражного решения? Или пересмотр решения объективно невозможен, если спор фактически разрешен между сторонами (например, стороны могут подписать мировое соглашение и договориться, что арбитражное решение не будет исполнимо; а если решение уже было исполнено, то стороны могут договориться о возврате уплаченного, переданного товара)?

3) в случае если стороны не смогли договориться по условиям мирового соглашения, то стороны вправе обратиться с новым спором в арбитраж / медиацию. Вправе ли арбитр по последующему делу пересмотреть результаты предыдущего решения, фактически нарушая принцип res judicata (при условии фактического совпадения сторон, предмета и основания иска), если правовые источники прямо не наделяют арбитра таким полномочием?

Эти и множество иных вопросов могут вызвать у арбитров, скорее, консервативное отношение к вопросу пересмотра арбитражных решений вследствие отмены санкций. Однако, как представляется, в доктрине и практике созданы определенные условия для возможности

пересмотра таких решений. Это подтверждается соответствующими примерами арбитражных решений.

В то же время, с учетом исключительности данного механизма пересмотра арбитражных решений, стандарт доказывания такого пересмотра должен быть действительно высоким. Более того, при формулировании такого стандарта доказывания возникают встречные вопросы, например: если подсанкционная сторона могла предвидеть свое исключение из санкций в ходе арбитражного разбирательства, то при каких условиях она может лишиться права на пересмотр арбитражного решения (например, подала заявку в OFAC в ходе арбитражного разбирательства или самонадеянно рассчитывала на изменение геополитической ситуации)? Или если сторона была лишь частично исключена из санкций, то вправе ли и в какой степени состав арбитража может поставить вопрос о значении отмененных санкций на возможность изменения решения по существу (до рассмотрения дела по существу)?

Эти и другие вопросы подлежат дальнейшему изучению, поэтому в настоящий момент предлагается дальнейшие обсуждение и анализ подобных аспектов.

3. Заключение

Таким образом, имеются основания полагать, что неотъемлемые полномочия арбитров могут в определенной мере обеспечивать реализацию основных задач и принципов арбитража, в том числе по спорам с участием подсанкционных лиц.

Как показывают теория и практика, доктрина неотъемлемых полномочий используется в исключительных обстоятельствах, когда арбитражные регламенты, национальные законы об арбитраже и арбитражные соглашения не могут в полной мере обеспечить интересы справедливости и целостности арбитражного разбирательства.

В определенных обстоятельствах неотъемлемые полномочия могут быть действительно использованы при изменении места арбитража (однако при сохранении «неудобного» применимого права либо при нахождении активов в «недружественном» государстве такие меры могут оказаться не в полной мере эффективными), а также при раскрытии лиц, финансирующих ведение арбитража.

Имеются некоторые теоретические основания для применения неотъемлемых полномочий при пересмотре арбитражного решения при отмене ранее введенных санкций против сторон спора (потенциально – как в случае отмены персональных санкций, так и при отмене

секторальных санкций). Однако следует учитывать, что до настоящего момента такие полномочия арбитра еще не были применены на практике, поэтому их использование сопряжено с риском последующей отмены пересмотренного арбитражного решения или отказа в его исполнении.

В некоторой мере данные риски могут быть снижены, если в арбитражном соглашении стороны исключат возможность отмены арбитражного решения: тем не менее такая оговорка может потенциально сократить способы защиты сторон спора в случае, если арбитражное решение было вынесено против одной из сторон спора. Следовательно, включение таких оговорок в арбитражные соглашения должно быть предельно осторожным и зависеть от фактических обстоятельств потенциального спора.

Кроме того, существует значительная вероятность, что такое полномочие арбитра, как подача заявления одного арбитра об отводе другого арбитра, может потенциально стать обоюдоострым инструментом процессуальной борьбы сторон, без четких правил его применения. По этой причине процедура арбитража в таких случаях может быть значительно затянута, а эффективность арбитража как способа разрешения споров серьезно снизится.

Предполагаем, что несмотря на наличие прецедентов заявления таких отводов, этот инструмент должен применяться только в исключительных обстоятельствах. Например, если арбитр умышленно скрывает явный конфликт интересов, относящийся к красному списку в соответствии с руководящими принципами Международной ассоциации юристов[54]. По общему правилу, именно истец и ответчик являются сторонами арбитража, поэтому, вопреки существующим взглядам в доктрине, было бы, на наш взгляд, чрезмерным приравнивать арбитров к сторонам спора.

Тем не менее неотъемлемые полномочия могут выполнять важную роль в развитии арбитража с участием подсанкционных лиц. Однако их применение должно носить ограниченный характер, обеспечивая реализацию лишь самых базовых, фундаментальных принципов арбитража.

[54] IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2024, утвержденные IBA Council 25 мая 2024 года. Интернет-источник: https://www.ibanet.org/document?id=Guidelines-on-Conflicts-of-Interest-in-International-Arbitration-2024

ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ ПРИНЦИПА *JURA NOVIT CURIA* В МЕЖДУНАРОДНОМ КОММЕРЧЕСКОМ АРБИТРАЖЕ

Р.Д.Н. Муксунова,
Аспирант кафедры Международного частного
и гражданского права им. С.Н. Лебедева
МГИМО МИД России

Аннотация:

Статья посвящена вопросу о применении принципа jura novit curia («суд знает право») в международном коммерческом арбитраже. Римская максима, которая изначально действовала в отношении государственных судов, рассматривается с точки зрения правового регулирования ее применения в международном коммерческом арбитраже и допустимых пределов ее реализации арбитрами. На основе исследования права и практики различных правовых систем, проведенного с помощью сравнительно-правового метода, автор приходит к выводу об отсутствии единообразного регулирования и наличии множества подходов, которые формируются в арбитражной и судебной практике. Особенности применения принципа можно обнаружить на макро- и микроуровнях (правовая семья и правовые системы в рамках одной правовой традиции). Более того, на степень реализации принципа может оказать влияние происхождение, правовая культура участников спора. В целях достижения предсказуемости и определенности в распоряжении сторон и арбитров находятся различные инструменты, позволяющие согласовать порядок применения принципа jura novit curia до (контроль ex ante) и после (контроль ex post) начала арбитражного разбирательства. Принимая во внимание особенность реализации арбитрами дискреционных полномочий в рамках принципа jura novit curia, автор предлагает 4 теории его применения в международном коммерческом арбитраже: традиционная, адаптивная, смешанная (sui generis) и автономная.

Ключевые слова: *принцип jura novit curia, jura novit arbiter, международный коммерческий арбитраж, дискреционные полномочия арбитра, фундаментальные принципы международного арбитража, принцип надлежащей процедуры, право быть услышанным.*

APPLICATION OF THE PRINCIPLE *JURA NOVIT CURIA* IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION

Rinchen Dasel N. Muksunova,
Postgraduate student at the Department of Private International and Civil Law named after S.N. Lebedev, MGIMO, Ministry of Foreign Affairs of Russia

Abstract:

The article deals with the question of application of the principle of jura novit curia ("the court knows the law") in international commercial arbitration. Latin legal maxim, which originally applied to state courts, is analyzed through the lens of legal regulation and the admissible limits of arbitrators' discretionary powers. Having studied law and practice of different legal systems on the basis of a comparative method, the author comes to the conclusion that there are many approaches to the issue formed in arbitration and judicial practice while laws and rules do not provide uniform regulation. The application of the principle differs on macro- and micro-levels (legal family and legal systems within one legal tradition). Moreover, the degree of implementation of the principle may be influenced by the origin, legal culture of the parties to the dispute. In order to achieve predictability and certainty, parties and arbitrators have various tools at their disposal to determine the limits of the application of the jura novit curia principle before (ex ante control) and after (ex post control) the commencement of the arbitration. Taking into account the peculiarity of the exercise of discretionary powers by arbitrators under the principle of jura novit curia, the author proposes 4 theories of its application in international commercial arbitration: traditional, adaptive, sui generis and autonomous theories.

Key words: *jura novit curia, jura novit arbiter, international commercial arbitration, discretionary powers of arbitrators, fundamental principles of international arbitration, due process, right to be heard.*

1. Введение

Древнеримская максима *jura novit curia* (суд знает право) находит свое отражение в современном международном коммерческом арбитраже. Принцип позволяет не связывать третейский суд исключительно правовыми аргументами, которые представляют спорящие стороны. Обратное не соответствовало бы миссии арбитров, для исполнения которой они были назначены: разрешение спора на основании принципа справедливости. В условиях, когда каждая из сторон преследует свои интересы и заключения экспертов по вопросам права могут противоречить друг другу, в задачу арбитра входит определение корректных правовых оснований для вынесения решения.

Однако при применении принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже он не может соответствовать своему оригинальному содержанию, поскольку изначально действовал в государственных судах. Поэтому при реализации арбитрами принципа *jura novit curia* возникают вопросы о его правовой природе, допустимости и особенностях его применения, соотношения с фундаментальными принципами международного арбитража, в частности:

1) вправе ли арбитры проявлять инициативу в поиске и исследовании правовых вопросов (при этом применяет ли арбитр иностранное для него право или нет – не имеет значения, поскольку ключевая проблема заключается в том, что проявление инициативы потенциально может стать основанием для отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, например, сторона заявит о нарушении ее права быть услышанной, принципа состязательности, независимости и беспристрастности и т.д.);

2) ведет ли это к нарушению принципов состязательности и равноправия сторон;

3) остается ли арбитр в названных обстоятельствах беспристрастным (например, новые правовые аргументы, найденные арбитром по собственной инициативе, могут поставить одну из сторон в более выгодное положение);

4) возможно ли отменить или не признать и не привести в исполнение арбитражное решение со ссылкой на международные и национальные источники права, если арбитры осуществляют указанные полномочия.

Применение принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже осложняется следующими обстоятельствами:

1) разнообразие подходов к применению принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже в различных правовых системах;

2) отсутствие специального регулирования на международном и – в значительном числе случаев – на национальном уровне (действующие правила, рекомендации и «лучшие практики» вносят существенный вклад в гармонизацию применения принципа в международном арбитраже[1]; но они относятся к «мягкому праву», поэтому достижение единообразия подходов затруднено с учетом, что существенное влияние в рассматриваемой области имеют государственные суды, которые рассматривают заявления об оспаривании или признании и приведении в исполнение арбитражных решений);

3) неопределенность в отношении того, в каких пределах международное и национальное регулирование оснований для отмены или признания и приведения в исполнение арбитражного решения охватывает вопрос применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже;

4) примечательно, что в юридической литературе нередко приводятся соображения о том, что значительное влияние на решение арбитров, сторон и их представителей, применять ли принцип *jura novit curia* или нет, оказывает в том числе правовая культура, например, арбитры из стран англо-американской правовой семьи могут быть склонны к пассивности в реализации своих дискреционных полномочий, в отличие от представителей континентальной правовой системы[2], по-

[1] Рекомендации в отношении порядка установления содержания применимого права в международном коммерческом арбитраже (Резолюция No 6/2008 на 73-й конференции Ассоциации международного права, Рио-де-Жанейро, 21 августа 2008 года; IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, Adopted by a resolution of the IBA Council 29 May 2010 International Bar Association; Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Пражские правила).

[2] *Öhlberger V., Pinkston J.* Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2016. P. 106; *Knuts G.* Jura novit curia and the right to be heard – an analysis of recent case law // Arbitration International. 2012. P. 670–671; *Gaffney J., Ndong A.*, Procedural

скольку, по общему правилу, английский суд не вправе самостоятельно исследовать правовые материалы, которые не предоставили стороны, для установления содержания иностранного права[3].

Во введении необходимо также отметить, что в сферу применения принципа *jura novit curia* входит: 1) определение релевантных источников применимого материального права; 2) установление содержания, толкование норм применимого материального права; 3) применение материального права к фактическим обстоятельствам дела.

2. Значение применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже

Вопрос о допустимости и границах реализации принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже возникает в связи с тем, что принцип изначально применялся в государственных судах. В доктрине представлены различные мнения: от необходимости распространить его применение на международный арбитраж до невозможности реализации арбитрами полномочий, вытекающих из принципа *jura novit curia*. Например, Ф. Мадсен объясняет, что в силу принципа автономии воли сторон арбитры не вправе выходить за пределы представленных сторонами правовых обоснований относительно содержания применимого права, самостоятельный поиск правового материала в данном случае будет рассматриваться в качестве выхода за пределы миссии арбитража[4].

Однако в практике международного коммерческого арбитража принцип *jura novit curia* находит свое применение, вопрос заключается в том, насколько широки пределы реализации арбитрами своих дискреционных полномочий, вытекающих из принципа. Необходимость его применения заключается в том, что это позволяет арбитру не быть связанным исключительно теми правовыми аргументами,

Approaches: Civil Law versus Common Law, Transnational Dispute Management, 6, 2015; *Bazeauand D., Spoorenberg F.* The Arbitrator's Initiative: When, Why, and How It Should Be Used. Juris, 2016; *Sussman E.* Chapter 46: Arbitrator Decision Making: Heuristics and Other Unconscious Influences, in *Stefan M. Kröll*, *Bjorklund A.K.*, et al. (eds). Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration // Cambridge University Press. 2023. P. 1425–1461.

[3] *Cheshire H., North P., Fawcett J.* Private International Law: Oxford University Press. 2008. P. 111.

[4] *Madsen F.* Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande // Juridisk Tidskrift. 2010–2011. No. 1. P. 485–503, 500–501.

которые предлагают стороны. Более того, предоставление арбитру права проявления инициативы выгодно для самих сторон. Данное утверждение может быть в некотором смысле неожиданным, поскольку стороны, по общему правилу, стремятся контролировать процесс и организовывать его по своему собственному усмотрению во избежание неопределенности и непредсказуемости его результатов. Обосновывая тезис, в первую очередь необходимо исходить из того, чего ожидают стороны, обращаясь в международный арбитраж: справедливое и эффективное разбирательство[5]. Принимая во внимание, что стороны в разгар споров защищают свои собственные интересы, именно на арбитров возлагается миссия по поиску истины и принятия справедливого решения.

Во-вторых, применение принципа *jura novit curia* в совокупности с предоставлением сторонам возможности прокомментировать правовые вопросы, поднятые арбитрами *sua sponte* (по собственной инициативе), позволит обеспечить предсказуемость результатов рассмотрения спора. Например, в тех случаях, когда арбитр самостоятельно исследует источники права и предлагает сторонам изложить их позицию относительно применения новых правовых положений, он, по сути, создает для них возможность ознакомиться с правовыми вопросами, поднятыми арбитрами по их собственной инициативе, и с их учетом представлять свою позицию. Напротив, предполагается, что пассивность арбитра будет иметь наиболее негативные последствия: когда стороны представляют свои правовые аргументы, которые могут быть противоположны друг другу, пассивный арбитр вынужден выбирать координаты своего решения на прямой, позиции сторон на которой далеко отстоят друг от друга. Соответственно, в таком случае арбитражное решение может оказаться в значительной степени неожиданным для сторон, что несет в себе риск отмены или отказа в признании и приведении в исполнение. Более того, существенное количество времени может быть затрачено на обсуждение вопросов, которые, с точки зрения арбитра, оказались нерелевантными для вынесения решения.

В связи с вышеназванными обстоятельствами в литературе высказывается мнение, что добровольный отказ сторон от определенной доли контроля над реализацией арбитрами дискреционных полномочий и предоставление им более активной роли в совокупности

[5] *Madsen F.* Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande // Juridisk Tidskrift. 2010–2011. No. 1. P. 115.

с выстраиванием активного диалога со спорящими сторонами имеет более положительный эффект, чем потеря контроля уже в момент, когда арбитр приступает к вынесению решения[6]. Полномочия арбитра развивать собственные правовые аргументы *proprio motu* повышают доверие к арбитражу как способу разрешения споров.

3. Теории применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже

В литературе, посвященной рассматриваемой проблеме, часто можно встретить обращение именно к максиме *jura novit curia*, нередко используется также термин *jura novit arbiter/tribunus*. Однако как в отечественной, так и в зарубежной литературе не было уделено внимание вопросу о том, можно ли использовать данные категории в качестве взаимозаменяемых, какое из них наиболее корректно использовать с точки зрения права. Вместе с тем термин *jura novit curia* используется в источниках «мягкого права» (например, ст. 7 Пражских правил), судебных актах, научных работах. Какова правовая природа принципа, не изменяется ли она в результате его применения за рамками процесса в государственных судах? Если да, то возможно ли в таком случае вообще говорить именно о максиме *jura novit curia* в первоначальном его смысле?

Данные вопросы остаются открытыми. Вместе с тем ответ определяет особенности применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже. Ниже представлены теории применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже, раскрывающие его правовую природу.

1. Традиционная теория

Традиционная теория подразумевает, что максима «суд знает право» применяется в арбитраже в том виде, в каком она реализуется в государственных судах, то есть остается неизменной по своему содержанию.

Теория может быть применима только в отношении внутренних арбитражных разбирательств. Например, Д. Хоуп и Е. Холлберг указывают, что «*по крайней мере во внутреннем арбитраже на третейский*

[6] *Madsen F.* Om principen jura novit curia vid skiljeförfarande // Juridisk Tidskrift. 2010–2011. No. 1. P. 116.

суд не возлагается обязанность приглашать стороны представить их позиции по таким вопросам [правовые вопросы, исследованные арбитрами sua sponte]»[7]. Данное правило неприменимо в отношении незаявленных сторонами вопросов, которые имеют существенное значение для результатов разбирательства и могут оказаться неожиданными для сторон[8]. Однако Л. Хойман полагает, что теория не соответствует реалиям международного арбитража и не может быть применима на тех же условиях, как в государственных судах и во внутренних третейских разбирательствах[9]. Федеральный суд Швейцарии указал, что несмотря на то, что во внутренних арбитражных разбирательствах у третейского суда отсутствует общая обязанность заслушивать стороны по вопросам права, которые не были подняты самими сторонами, применение принципа *jura novit curia* в международном арбитраже является «*спорным*»[10]. Традиционная теория не может быть полностью реализована в международном коммерческом арбитраже, поскольку представляет собой «кальку» *jura novit curia* с точки зрения процесса в государственных судах.

2. Адаптивная теория

Адаптивная теория предусматривает применение принципа *jura novit curia* с учетом особенностей международного коммерческого арбитража. Данной позиции придерживается М. Куркела, он считает, что на арбитров возлагается обязанность применять материальное право и устанавливать его содержание *ex officio* только в том случае, если отсутствуют представления сторон по соответствующим вопросам или они являются некорректными[11].

Хотя в доктрине приводятся аргументы в пользу данной теории, она представляется труднореализуемой. В соответствии с законодательством стран, которые закрепили специальное регулирование

---

[7] *Hope J., Hallberg E.* Jura novit arbiter in Swedish arbitration law in Ferrari F., Cordero-Moss G. Jura novit curia in international arbitration // Central for transnational litigation, arbitration and commercial law. JurisNet 2018. P. 371.

[8] Ibid.

[9] *Heuman L.* Skiljemannarätt. Stockholm: Norstedts Juridik, 1999. P. 395–396.

[10] Swiss Federal Court, 26 Septembre 2007, 26 ASA Bulletin 1/2008. P. 162.

[11] *Kurkela M.* "Jura Novit Curia" and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective // ASA Bulletin. Vol. 21. 2003. No. 3. P. 486–500, 496.

применения принципа *jura novit curia* в международном арбитраже[12], и правилами или регламентами арбитражных институтов[13], на арбитра не возлагается обязанность по установлению содержания применимого материального права, если стороны не согласовали иное. Представляется, что императивное возложение соответствующего бремени на арбитра оставлено на усмотрение сторон, в том числе по причине того, что это непосредственно затрагивает вопросы времени арбитражного разбирательства и расходов. Поэтому адаптивная теория находит свое применение только в случае, если стороны прямо предусмотрят обязательность применения принципа *jura novit curia*.

3. Смешанная теория (sui generis)

Третья теория заключается в провозглашении принципа *jura novit curia*, применимого в международном арбитраже, институтом *sui generis*, сформировавшимся в результате конвергенции правопорядков[14].

Смешанная теория обосновывается через призму возможности применения принципа *jura novit curia* в отношении иностранного права в государственных судах стран романо-германской и англо-американской правовых систем.

Страны романо-германской правовой системы рассматривают иностранное право как вопрос права, то есть суд *ex officio* (в силу возложенных законом обязанностей) применяет иностранные нормы права. Например, в Швейцарии иностранное право рассматривается в качестве вопроса права с 1989 г.[15], также шведские суды обязаны контролировать правильность применения иностранного права[16].

---

[12] П. 1 и пп. «g», п. 2 ст. 34 Закона Англии и Уэльса «Об арбитраже» 1996 года; п. 7, пара. 56 Ордонанса Гонконга «Об арбитраже» 2010 года, п. 3, ст. 12 Закона Сингапура «О международном арбитраже» 1994 года.

[13] П. 3, ст. 22.1 LCIA Rules.

[14] *Comair-Obeid N., Brekoulakis S.* The plurality and synergies of legal traditions in international arbitration: looking beyond the common and civil law divide: Kluwer Law International, 2023. P. 239–254.

[15] *Hartley T. C.* Pleading and Proof of Foreign Law: The Major European Systems Compared // The International and Comparative Law Quarterly. Vol. 45. 1996. No. 2. P. 271–292, 277.

[16] *Bogdan M.* Svensk internationell privatoch processrätt. 7th ed. Stockholm: Norstedts Juridik, 2008. P. 54; Jänterä-Jareborg M. Svensk domstol och utländsk rätt: en internationellt privatoch processrättslig studie. Uppsala: Iustus, 1997. P. 236.

Во Франции окончательно сформировался соответствующий подход во второй половине XX века[17].

Для англо-американской правовой семьи иностранное право – это вопрос факта (например, Англия и Уэльс, Сингапур, Гонконг). Бремя доказывания содержания иностранного права ложится на стороны. Суд не вправе самостоятельно исследовать правовые материалы, которые не предоставили стороны, для установления содержания иностранного права[18].

Исключением являются США[19]. Результатом реформы порядка установления содержания иностранного права 1966 г. в США является отход от позиции, что иностранное право – это вопрос факта, путем введения ст. 44.1 в Федеральные правила гражданского судопроизводства (далее – ПГС США). В ней закреплен более сбалансированный подход к применению принципа *jura novit curia*, согласно которому «*при определении содержания применимого иностранного права суд вправе принять во внимание любые относящиеся к существу спора материалы и источники, включая показания в суде, вне зависимости от того, предоставлены ли они сторонами и предусмотрены ли они в Федеральных правилах о доказательствах*». Исходя из положений статьи 44.1 ПГС США, приходим к выводу, что, во-первых, иностранное право – это вопрос права, во-вторых, суд обладает широкими полномочиями в определении его содержания (однако у него отсутствует соответствующая обязанность, в чем и заключается особенность американского подхода).

В Англии и Уэльсе иностранное право – это факт «особого рода» (*fact of a peculiar kind*)[20], поэтому принцип *jura novit curia* не применяется. В частности, А. Дайси указывает, что суд не вправе обращаться к источникам иностранного права за исключением тех, которые были представлены в заключении экспертов[21]. Более того, исследование

---

[17] French Court of Cassation (Chambre civile 1). Case no. 01–17.730. Judgment of 28 June 2005.

[18] *Cheshire H., North P., Fawcett J.* Private International Law: Oxford University Press. 2008. P. 111.

[19] Давыденко Д., Муксунова Р. Д. Принцип jura novit curia в международном коммерческом арбитраже: взгляд зарубежных правопорядков // Международное правосудие. 2023. No 3 (47). См. *Pazcoguin v. Radcliffe* (United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Case No. 00-70595).

[20] Ibid. *Collins L.* Morris and Collins on the conflict of laws: Sweet and Maxwell. 2006. P. 255–258.

[21] *Dicey A.V.* The Conflict of Laws: Sweet & Maxwell. 1993. P. 226.

правовых положений закона, на которые ссылался эксперт, возможно только в рамках указанных конкретных статьей, положений и т.д., но не источника в целом[22]. Из данного правила есть исключение, если заключение эксперта будет явно ошибочным, абсурдным или когда имеет место противоречие между заключениями экспертов, суд вправе изучить указанные источники в полном объеме[23].

Таким образом, применимый в международном арбитраже принцип *jura novit curia* не соответствует полностью ни одному из традиционных подходов, воспринятых в романо-германской или англо-американской правовых системах. Смешанная правовая природа выражается в том, что от континентальной правовой семьи заимствовано право на инициативу и проактивность в исследовании представленных правовых аргументов, а от англо-американской – отсутствие соответствующей обязанности. Именно в этом заключается конвергенция правопорядков в части применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже[24]. При этом данное утверждение представляется справедливым независимо от места арбитража, поскольку право на инициативу по правовым вопросам является неотъемлемым полномочием арбитров, миссия которых заключается в справедливом разрешении спора, также соответствующая обязанность не предусмотрена ни в арбитражном законодательстве, ни в правилах и регламентах арбитражных центров.

Представляется, что данная теория наиболее верно отражает сущность и особенности применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже.

4. Автономная теория

Автономная теория исходит из того, что в свете международного коммерческого арбитража неприемлемо говорить о применении принципа *jura novit curia*. Наиболее верным наименованием данного института будет *jura novit arbiter/tribunus*, который сформировался

[22] *Dicey A.V.* The Conflict of Laws: Sweet & Maxwell. 1993. P. 226.

[23] *Grupo Torras v. Sheikh Fahad* (Court of Appeal (Civil Division). Case No. A3/2000/6426).

[24] *Mohamed S. Abdel Wahab*, Chapter 20: Ascertaining the Content of the Applicable Law in International Arbitration: Converging Civil and Common Law Approaches, in *Nayla Comair-Obeid and Stavros Brekoulakis* (eds), The Plurality and Synergies of Legal Traditions in International Arbitration: Looking Beyond the Common and Civil Law Divide // Kluwer Law International. 2023. P. 242.

автономно в результате поиска универсальных процессуальных гарантий и правил, которые в доктрине получили наименование *lex mercatoria arbitralis*[25].

В частности, основным аргументом сторонников данной теории выступает утверждение, что полномочия арбитров на проявление инициативы в вопросах права не могут быть выведены из принципа *jura novit curia*, поскольку он применяется только как составная часть гражданского процесса, регулирующего поведения судьи в государственных судах[26]. Нормы гражданского процесса неприменимы в отношении международного арбитража, который регулируется *lex arbitri*.

Таким образом, в соответствии с автономной теорией, *jura novit arbiter* выражается в присущих арбитрам полномочиях (*inherent powers*), необходимых для исполнения возложенной на них миссии, то есть они автономны и независимы по отношению к принципу *jura novit curia*, который применим только в государственных судах.

Однако, по мнению автора, недостатком данной теории является абсолютная обособленность от принципа *jura novit curia*, что не соответствует действительности. Во-первых, в отдельных юрисдикциях принцип *jura novit curia* распространяется также на арбитражные разбирательства. Например, А. Бономи и Д. Бочатай указывают, что «*несмотря на отсутствие прямо выраженных положений, jura novit curia определенно является частью арбитражного законодательства Швейцарии*»[27]. Во-вторых, арбитры, стороны и их представители часто связывают реализацию третейским судом дискреционных полномочий по вопросам права с принципом *jura novit curia* и могут оценивать возможность и границы его применения с точки зрения своей правовой традиции[28].

---

[25] *Ly F.* Conflicts of Law in International Arbitration – An Overview: European Law Publishers. 2011. 16 p.

[26] *Landolt P.* Arbitrators' initiatives to obtain factual and legal evidence, in William W. Park (ed), Arbitration International: Oxford University Press. 2012, Volume 28, Issue 2, p. 184.

[27] *Bonomi A., Bochatay D.* Jura novit arbiter in Swiss arbitration law in Ferrari F., Cordero-Moss G. Jura novit curia in international arbitration // Central for transnational litigation, arbitration and commercial law. JurisNet 2018. P. 380.

[28] *Öhlberger V., Pinkston J.* Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2016. P. 106; *Knuts G.* Jura novit curia and the right to be heard – an analysis of recent case law // Arbitration International. 2012. P. 670–671; *Gaffney J., Ndong A.*, Procedural Approaches: Civil Law versus Common Law, Transnational Dispute Management, 6, 2015;

4. Подходы к применению принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже

Исследование регулирования и практики применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже позволяет прийти к выводу о том, что сегодня не существует единого подхода к допустимости и границам его реализации арбитрами. При этом различия в подходах выявляются не только между романо-германской и англо-американской правовыми семьями (макроуровень), но и в рамках одной правовой традиции (микроуровень).

4.1. Макроуровень

На данном уровне отличительной характеристикой является правовое регулирование, касающееся применения принципа *jura novit curia*. В частности, в странах романо-германской правовой семьи отсутствуют какие-либо специальные нормы в национальном арбитражном законодательстве или положения в правилах и регламентах арбитражных институтов относительно порядка применения принципа *jura novit curia* в арбитраже. В то же время в странах англо-американской правовой семьи законодателями или соответствующими арбитражными институтами предусмотрено специальное регулирование. Например, ст. 34 (2) (g) английского Закона «Об арбитраже» 1996 г., которая в литературе получила наименование «хамелеон», поскольку, по сути, закрепляет право сторон или арбитров применять любой подход (от состязательного до инквизиционного): «*Арбитражный трибунал вправе принимать решения по всем процессуальным и доказательственным вопросам с учетом права сторон их согласовать. Процессуальные и доказательственные вопросы включают в себя вопросы о том... должен ли и в каком объеме арбитражный трибунал проявлять инициативу в установлении фактов и права*». Специальные нормы встречаются также в п. 7 параграфа 56 гонконгского Ордонанса «Об арбитраже», п. 3 ст. 12 сингапурского Закона «О международном арбитраже». В качестве примера из правил арбитражных институтов можно привести п. 3 ст. 22.1 *LCIA Rules*.

Bazeauand D., Spoorenberg F. The Arbitrator's Initiative: When, Why, and How It Should Be Used. Juris, 2016; *Sussman E.* Chapter 46: Arbitrator Decision Making: Heuristics and Other Unconscious Influences, in *Stefan M. Kröll*, *Bjorklund A.K.*, et al. (eds). Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration // Cambridge University Press. 2023. P. 1425–1461.

Второй особенностью макроуровня является влияние правовой культуры на стороны, их представителей и, конечно, арбитров. Лица, получившие квалификацию в странах общего права, могут быть склонными к более пассивной позиции, полагаясь на представления сторон и экспертов, в то время как представители континентальной правовой семьи могут более активно использовать свои дискреционные полномочия в рамках реализации принципа *jura novit curia*[29], иногда они могут даже чувствовать на себе соответствующую обязанность[30].

4.2. Микроуровень

На микроуровне можно выделить следующие отличительные характеристики отдельных стран романо-германской правовой семьи[31].

В качестве первой юрисдикции рассмотрим Швейцарию, поскольку в соответствии с судебной практикой принцип *jura novit curia* реализуется в международном коммерческом арбитраже почти в полном объеме. Однако существует запрет на вынесение арбитражного решения, которое противоречит ожиданиям сторон. В частности, Федеральный суд указал, что у арбитров, по общему правилу, отсутствует обязанность заслушивать стороны, только «*в исключительных случаях приглашение сторон представить их комментарии является надлежащим, когда судья или арбитражный трибунал рассматривает возможность вынесения своего решения на правовых положениях,* ***на которые стороны не ссылались и применение которых стороны не могли предвидеть*** *(авт. – Д.М.)*»[32].

Более того, Федеральный суд Швейцарии, по сути, возлагает на арбитров обязанность поднимать и исследовать правовые вопросы *ex officio*: «*арбитр не обязан в большей степени, чем национальный судья, выносить на обсуждение сторон правовые принципы, на которых он будет*

[29] *Knuts G.* Jura novit curia and the right to be heard – an analysis of recent case law // Arbitration International. 2012. P. 670–671.

[30] *Bazeauand D., Spoorenberg F.* the arbitrator's initiative: when, why, and how it should be used: Juris. 2016. P. 145.

[31] Страны, представленные в данном разделе, отнесены к романо-германской правовой семье в соответствии с классификацией, представленной в работе А.Х. Саидова «Сравнительное правоведение» под редакцией В.А. Туманова.

[32] Swiss Federal Court, 26 Septembre 2007, 26 ASA Bulletin 1/2008, p.152. Swiss Federal Court, 19 December 2001, 4P.114/2001, 20 ASA Bulletin 3/2002, p. 493; 30 September 2003, 22 ASA Bulletin 2/2004, p. 574; 19 February 2007, 27 ASA Bulletin 3/2009, p. 501.

основывать свое решение. В силу принципа jura novit curia он не связан правовыми аргументами сторон, за исключением случаев достижения ими соглашения об ограничении миссии арбитражного трибунала теми правовыми аргументами, на которые они будут ссылаться. Таким образом, судья может по собственной инициативе, без необходимости предварительно привлекать внимание сторон к существованию того или иного правового вопроса, применить иное положение материального права для вынесения решения...»[33]

Во Франции применяется более строгий подход. Ст. 16 Нового гражданского процессуального кодекса (далее – НГПК Франции), применимая также в отношении международного арбитража[34], предусматривает, что в соответствии с институтом *principe de la contradiction* каждая сторона должна быть заслушана в состязательном процессе по всем вопросам, включая новые правовые положения, которые были подняты арбитрами *proprio motu* (по своей инициативе) и легли в основу арбитражного решения. Нарушение *principe de la contradiction* прямо названо в качестве основания отмены арбитражного решения в п. 4 ст. 1520 НГПК Франции[35]. Например, Кассационный суд Франции отменил арбитражное решение, поскольку арбитр положил в основу своего решения статьи Гражданского Кодекса Франции, на которые ни одна из сторон не ссылалась, не предоставив им возможности быть услышанными относительно применения указанных положений[36]. В другом деле Апелляционный суд Франции отказал в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного по разбирательству администрированному Каирским региональным центром международного коммерческого арбитража со ссылкой на то, что арбитр привел в решении новые неизвестные сторонам правовые аргументы, исследовав нормы Гражданского Кодекса Египта *sua sponte*[37].

---

[33] 30 September 2003, 4P.100/2003, 22 ASA Bull. 3/2004, p. 575; 26 September 2007, 4P.4/2007, 26 ASA Bull. 1/2008, p. 152.

[34] Dimolitsa A. The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law, ASA Bulletin (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2009, Volume 27, Issue 3), pp. 426-440.

[35] Code de procédure civile. Version en vigueur au 14 mai 2005. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_ lc/LEGITEXT000006070716/2005-05-14.

[36] French Supreme Court, 14 Mars 2006, Rev. arb. 2006, p. 653.

[37] *Dimolitsa A.* The equivocal power of the arbitrators to introduce ex officio new issues of law // ASA Bulletin, Volume 27, Issue 3, 2009. P. 434.

Лояльным к допустимости принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже является подход, которому следуют суды в Финляндии. В деле *Werfen Austria v. Polar Electro*[38] Верховный суд Финляндии рассматривал заявление об отмене арбитражного решения, вынесенного по спору между австрийской и швейцарской компаниями, вытекающему из дистрибьюторского соглашения. В соответствии с его положениями, дистрибьютор лишается права на компенсацию за гудвилл в случае расторжения договора с уведомлением. Тем не менее дистрибьютор предъявил требование о выплате компенсации, ссылаясь на недействительность данного условия по праву Австрии и Финляндии. Арбитражный трибунал пришел к выводу, что условие соглашения является неразумным и что истец просит об изменении соответствующего положения договора. На основании ст. 36 Акта о договорах в дистрибьюторское соглашение были внесены изменения.

Проигравшая сторона оспаривала арбитражное решение со ссылкой на то, что ни одна из сторон не ссылалась на применение ст. 36 Акта о договорах, поэтому состав третейского суда превысил свои полномочия и лишил стороны возможности представить их позицию.

Верховный суд Финляндии подчеркнул, что арбитры не связаны правовыми аргументами сторон и что арбитражный трибунал не вышел за пределы требований сторон, и отказал в удовлетворении заявления.

В странах англо-американской правовой семьи интересным является регулирование в Англии и Уэльсе, которые являются проарбитражной юрисдикцией. Ее отличительной чертой является явное стремление к сохранению действительности и исполнимости арбитражных соглашений и решений. В частности, если арбитражный трибунал поднял новые правовые вопросы *proprio motu* и не предоставил сторонам возможности выразить их правовую позицию по данному вопросу, то в соответствии со ст. 68 английского Закона «Об арбитраже», будет иметь место грубое нарушение (*serious irregularity*)[39]. Однако одного грубого нарушения будет недостаточно, для того чтобы английский суд отменил или отказал в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Последнее требует кумулятивного применения сразу трех условий: 1) грубое нарушение; 2) существен-

[38] Supreme Court of Finland: Werfen Austria GmbH v. Polar Electro Europe B.V. Case No. S2006/716. Majority decision. July 2, 2008.

[39] Arbitration Act 1996. URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents

ная несправедливость (*substantial injustice*)[40]; 3) причинно-следственная связь между ними[41].

Например, в деле *OAO Northern Shipping v Remolcadores de Marin SL* заявитель указывал, что у него не было возможности представить свою позицию по правовому вопросу, который впоследствии стал краеугольным камнем арбитражного решения. Судья Д. Глостер удовлетворила требование об отмене арбитражного решения, поскольку пришла к выводу, что это является «*грубым нарушением*», повлекшим за собой «*существенную несправедливость*», а также привела цитату лорда Д. Бингхэма о том, что «*неверной*» является точка зрения, что арбитражное решение «*должно быть основано на ... основаниях, которые у сторон никогда не было возможности обсудить, ... о которых стороны впервые узнали из неблагоприятных для нее правовых аргументов в решении, вынесенном* ***против*** *(авт. – Д.М.) этой стороны*»[42].

Рассматривая подход в США, следует отметить, что ни арбитражное законодательство (Федеральный закон «Об арбитраже» от 12 февраля 1925 года), ни Правила Американской Арбитражной Ассоциации (*AAA Rules*) или Международного центра по урегулированию споров (*ICDR Rules*) не содержат специальных положений относительно порядка применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже, что отличает правовое регулирование США от других стран англо-американской правовой системы.

Г. Кауфманн-Колер отмечает, что в условиях отсутствия положений, раскрывающих данный вопрос, нормы статьи 44.1 ПГС США «могут служить ценным руководством» для арбитров. В ней закреплен смешанный подход, который соответствует особенностям третейского разбирательства: статья допускает применение принципа *jura novit curia*, но не возлагает на суд соответствующую обязанность[43]. Напри-

---

[40] Существенная несправедливость возникает в случае, когда следствием грубого нарушения является вынесение арбитражного решения против стороны, право которой было нарушено: «*Таким образом, в случае нарушения процедуры достаточно продемонстрировать, что [грубое нарушение] повлекло принятие арбитром решения, которое было не в пользу заявителя и которое не было бы вынесено, если его право было соблюдено*». См.: *England and Wales High Court. Groundshire v. VHE Construction*. Judgment of 15 February 2001. [2001] EWHC 8 (TCC).

[41] High Court of Justice Queen's Bench Division (Commercial Court). *Sanghi Polyesters Ltd. (India) v. The International Investor*. Judgment of 28 January 2000. [2000] 1 Lloyd's Rep. 480. P. 485.

[42] *OAO Northern Shipping Company v. Remolcadores de Marin*. Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2007] EWHC 1821 – 27 juil. 2007.

[43] *Kaufmann-Kohler G.* (2005) The arbitration and the law: does he/she know it? Apply it? How? And a few more questions // Arbitration International, vol. 21, no. 4. P. 634.

мер, в деле *Iran v. Cubic*[44] окружной суд США указал, что арбитражный трибунал не выходит за пределы своих полномочий, если в основу арбитражного решения полагает нормы права, исследованные *sua sponte*.

5. Установление допустимых пределов применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже

Несмотря на все преимущества применения принципа *jura novit curia,* его необходимо ограничивать в силу особенностей международного арбитража[45].

Как правило, в юридической литературе и в практике арбитража и государственных судов, рассматривающих дела об оспаривании или признании и приведении в исполнение арбитражных решений, принимаются во внимание ограничители применения принципа *jura novit curia*, которые создают риски для действительности и исполнимости арбитражных решений (I группа, см. Таблицу ниже). При этом не менее важными с точки зрения принципа справедливости и необходимости исполнения арбитражным трибуналом своей миссии являются ограничители, не влекущие соответствующие риски (II группа, см. Таблицу ниже).

Несмотря на то что цель ограничения применения принципа *jura novit curia* заключается в защите интересов спорящих сторон, иногда оно порождает правовую неопределенность.

Например, решение о том, было ли нарушено право стороны быть услышанной, зависит от того, могла ли она, действуя разумно, предвидеть результат реализации арбитром дискреционных полномочий (*the foreseeability test*)[46]. Однако предсказуемость – это оценочная категория[47]. Например, французские суды следуют узкому толкованию критерия предвидимости, то есть сторонам необходимо предоставлять возможность представить их позицию по всем вопросам, которые не были надлежащим образом обсуждены в ходе арбитражного разбирательства или

[44] United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Islamic Republic of Iran v. Cubic Defense Systems Inc. Cases nos. 99-56380 and 99-56444. Opinion of 15 December 2011.

[45] *Alberti C.P.* Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration – How much justice do you want? – International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution. The Hague: Kluwer Law International. 2011. P. 10.

[46] Federal Supreme Court of Switzerland: *X SA. (Belgium) v. Y SA. (Spain)*. Case No. 4A-254/2010. August 3, 2010. P. 809–811.

[47] *Alberti C.P.* Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration – How much justice do you want? – International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution. The Hague: Kluwer Law International. 2011. P. 19.

которые стороны прямо не использовали в качестве обоснования своих требований в процессуальных документах[48]. В то же время Верховный суд земли Франкфурт-на-Майне не усмотрел нарушения в том, что арбитр в решении сослался на информацию, которую, как указали стороны, не рассматривали в качестве значимой и не ожидали увидеть в решении, поскольку посчитал, что для сторон это не может быть удивительным: они сами направляли арбитражному трибуналу документы, в которых содержалась ссылка на сайт. Следует отметить, что ссылка находилась не в основном тексте, а в сносках документа[49].

Таблица 1. «Ограничители применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже»

I группа	II группа
1. Надлежащая процедура (*due process*). Право быть услышанным (*right to be heard*)[50]. 2. Запрет выхода за пределы запрошенных сторонами средств правовой защиты (*ne ultra petita*)[51]. 3. Независимость и беспристрастность арбитров (*independence and impartiality*)[52]. 4. Явное пренебрежение правом (*manifest disregard of the law*)[53].	1. Скорость и эффективность арбитражного разбирательства (*expediency and efficiency*)[54]. 2. Корректное применение материального права[55].

[48] *De la Hosseraye J., de Giovanni S., Huard-Bourgois J.* Arbitration in France, 2012. P. 348.

[49] OLG Frankfurt, 25.03.2021 – 26 Sch 18/20.

[50] См., например, ст. 34.2(a)(ii) Типового закона ЮНСИТРАЛ; ст. IX(1)(b) Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. ст. 5(1)(b) Межамериканской (Панамериканской) конвенции о международном коммерческом арбитраже 1975 г.

[51] См., например, ст. 34 (1), (2)(a)(iii) Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г.; ст. V (1) (c) Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.

[52] *Americo Life, Inc. v. Robert L. Myer and Strider Marketing Group, Inc.,* AAA Case No. 71-195-Y-00072-05.

[53] *Duferco Intl. Steel Trading v. T. Klaveness Shipping* A/S, 333 F.3d 383, 388 (2d Cir. 2003); *Goldman v. Architectural Iron Co.*, 306 F.3d 1214, 1216 (2d Cir. 2002).

[54] *Давыденко Д.Л., Муксунова Р.Д.Н.* 2023. Границы применения принципа *jura novit arbiter* в международном арбитраже: некоторые вопросы теории и практики. – Московский журнал международного права. No 2. С. 59–60.

[55] Ibid. *Öhlberger V., Pinkston J. Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality* // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2016. P. 116.

6. Возможные пути решения проблемы многообразия подходов к применению принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже

В целях достижения предсказуемости арбитражного разбирательства и его результатов в распоряжении сторон и арбитров находятся различные инструменты, позволяющие согласовать порядок применения принципа *jura novit curia* до (контроль *ex ante*) и после (контроль *ex post*) начала арбитражного разбирательства.

6.1. Контроль ex ante

Во-первых, возможность применения принципа *jura novit curia* может быть предусмотрена непосредственно в национальном законодательстве об арбитраже (см. ст. 34 (2) (g) Акта об арбитраже 1996 г.) или арбитражных правилах или регламентах арбитражных институтов (см. ст. 22 (1) *LCIA Rule*). Данные положения имеют особую ценность, поскольку могут снизить пассивность третейского суда из-за потенциальных рисков отмены арбитражного решения или отказа в его признании и приведении в исполнение.

Во-вторых, положения об объеме дискреционных полномочий состава третейского суда могут быть включены непосредственно в арбитражную оговорку. Однако раздел договора о порядке разрешения споров, как правило, формулируется в последнюю очередь, благодаря чему получил наименование *champagne clause*, поэтому на практике изложение порядка применения принципа *jura novit curia* не находит отражения в договоре.

В-третьих, соответствующие положения могут быть включены в *Terms of reference*, например: «*Стороны признают и соглашаются, что арбитр вправе в любое время по собственной инициативе поднимать перед сторонами вопросы права и факта, и последнее не будет являться основанием для утверждения одной из сторон о том, что арбитр не действовал беспристрастно...*»[56] После подписания сторонами *Terms of reference* приобретает статус договора.

В-четвертых, определить границы применения принципа *jura novit curia* возможно в «Процессуальном приказе № 1» (*Procedural Order*

[56] *Öhlberger V., Pinkston J.* Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality // Austrian Yearbook on International Arbitration. 2016. P. 113.

No. 1). В конце ноября 2024 года египетский арбитр Абдель Вахаб представил свой протокол относительно порядка и границ применения принципа *jura novit curia*. В нем он предлагает детальное описание форм проявления инициативы арбитрами по вопросам права, которую стороны могут по своему усмотрению предоставить, ограничить или исключить[57]. В любом случае арбитр обязан проявлять «*разумную осторожность при осуществлении своих полномочий*», «*соблюдать принцип надлежащей процедуры и независимости и беспристрастности арбитров*», «*избегать исследования новых правовых аргументов в пользу одной из сторон*», «*исключать лишние расходы, связанные с установлением содержания применимого права*».

Достаточно детально прописанные процессуальные приказы стали обычной практикой в международном арбитраже и являются полезным инструментом для повышения эффективности[58]. Несмотря на то что стороны могут и должны быть приглашены прокомментировать проект данного документа, он, как правило, не должен подписываться сторонами. Это может связать руки арбитру и поставить под угрозу вынесение решения, если арбитр незначительно отклонится от такого соглашения.

6.2. Контроль ex post

После начала арбитражного разбирательства одним из эффективных инструментов, которые находятся в распоряжении сторон и состава третейского суда и которые обеспечивают действительность и исполнимость арбитражного решения, является предоставление возможности сторонам прокомментировать правовые вопросы, поднятые арбитрами по собственной инициативе (на основе принципа «право быть услышанным»).

7. Заключение

1. Применение принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже имеет существенное значение, поскольку предо-

[57] Abdel Waab proposes “iura novit arbiter” protocol in Freshfields lecture // Global Arbitration Review. URL: https://globalarbitrationreview.com/article/abdel-wahab-proposes-iura-novit-arbiter-protocol-in-freshfields-lecture.

[58] *Redfern A., Hunter M.* International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2009. Paras. 6.06–6.07.

ставляет арбитрам возможность самостоятельно исследовать правовые вопросы, влияющие на результат арбитражного разбирательства и вынесение решения на корректных правовых основаниях.

2. В связи с изменением содержания принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже можно сделать вывод об изменении правовой природы принципа и выделить четыре теории: традиционная, адаптивная, смешанная (*sui generis*) и автономная. С учетом исследования их особенностей, автор приходит к выводу, что смешанная теория, выражающаяся в конвергенции правопорядков, наиболее верно отражает действительную практику применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже.

3. Арбитражная практика и практика государственных судов демонстрируют как широкое применение принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже, так и значительные риски на стадии оспаривания и признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Риски обусловлены рядом факторов, в том числе возникновением правовой неопределенности и непредсказуемости для спорящих сторон в условиях отсутствия специального регулирования применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже в международно-правовых источниках, не относящихся к «мягкому праву», и в национальном арбитражном законодательстве значительного числа стран в совокупности с многообразием подходов к допустимым пределам его реализации, которые формируются в практике третейских и государственных судов, рассматривающих заявления о признании и приведении в исполнение арбитражных решений.

4. Особенности регулирования и применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже можно наблюдать на макро- (романо-германская и англо-американская правовые семьи) и микроуровнях (разные подходы в рамках одной правовой традиции). В первом случае речь идет об особенностях правового регулирования применения принципа *jura novit curia* в международном коммерческом арбитраже: ряд стран англо-американской правовой семьи (например, Англия и Уэльс, Гонконг, Сингапур) предусматривают в национальном арбитражном законодательстве специальные положения, в отличие от стран континентальной правовой системы. Основными параметрами разграничения подходов на микроуровне являются степень ограничения принципа *jura novit curia*. Например, в континентальной правовой системе допустимые пределы применения принципа варьируются от освобождения от «*необходимости предварительно привлекать*

внимание сторон к существованию того или иного правового вопроса» в Швейцарии до отмены или отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения в случае исследования новых неизвестных сторонам правовых вопросов во Франции.

6. В целях достижения предсказуемости арбитражного разбирательства и его результатов в распоряжении сторон и арбитров находятся различные инструменты, позволяющие согласовать порядок применения принципа *jura novit curia* до (контроль *ex ante*: порядок предусмотрен в законе, арбитражном соглашении, *Terms of reference*, процессуальном приказе № 1) и после (контроль *ex post*: предоставление возможности сторонам прокомментировать правовые вопросы, поднятые арбитрами по собственной инициативе) начала арбитражного разбирательства.

THE BATTLE FOR JURISDICTION: NAVIGATING THE IRRECONCILABLE DIVIDE BETWEEN UK AND RUSSIAN COURTS IN DISPUTES INVOLVING SANCTIONS AND ARBITRATION AGREEMENTS

Sebastiano Nessi,
Partner at Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP
(Geneva/London/Dubai)
International Arbitration & Global Litigation
MLaw University of Geneva / LL.M. Columbia University
(New York)
Fellow of the Chartered Institute of Arbitrators (London)
Lecturer in Law (Geneva/London/Paris)

Abstract:

The escalating judicial discord between the United Kingdom and the Russian Federation has markedly intensified in recent years, driven by a proliferation of anti-suit injunctions (ASIs), anti-anti-suit injunctions (AASIs), and anti-enforcement injunctions (AEIs). This judicial entanglement has been exacerbated by the enactment of Russia's Federal Law No. 171-FZ in 2020, which introduced sweeping amendments to the Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code (Articles 248.1 and 248.2), conferring upon Russian courts an expansive jurisdictional mandate over disputes involving sanctioned Russian parties.

This article undertakes a critical examination of the jurisdictional schism caused by these legislative developments, the divergent adjudicatory responses of English and Russian courts, and the enforcement dilemmas that have consequently arisen. It first discusses the increasing proclivity of Russian courts to assert exclusive jurisdiction over disputes involving sanctioned Russian parties, notwithstanding the presence of arbitration clauses. Thereafter, it analyses the UK judiciary's countervailing measures, particularly its resolute commitment to upholding arbitration agreements through the issuance of ASIs, AASIs, and AEIs.

The doctrinal and procedural divergence between these two legal orders has precipitated acute juridical uncertainty, resulting in a multiplication of parallel proceedings and conflicting determinations that jeopardise the fundamental prin-

ciples of legal predictability and access to justice in cross-border disputes. In this context, this article ultimately interrogates whether the deepening judicial cleavage between the UK and Russian legal systems has culminated in an intractable legal impasse, wherein each jurisdiction operates within its own insular legal paradigm, rendering the prospect of reconciliation ever more remote.

Key words: *sanctions; Anti-Suit Injunction (ASI); Anti-anti-suit Injunction (AASI); Anti-Enforcement Injunction (AEI); jurisdiction; arbitration; Russian courts; English courts.*

Аннотация:

Разногласия между судами Соединенного Королевства и Российской Федерацией заметно обострились в последние годы. Этому способствовал рост числа антиисковых запретов (Anti-Suit Injunctions, AASI), анти-антиисковых запретов (Anti-Anti-Suit Injunctions, AASI), а также запретов на принудительное исполнение (Anti-Enforcement Injunctions, AEI). Эта судебная путаница усугубилась после принятия в 2020 году Федерального закона № 171-ФЗ, который внес масштабные поправки в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (статьи 248.1 и 248.2), наделив российские суды расширенной юрисдикцией в отношении споров с участием российских сторон, находящихся под санкциями.

В данной статье проводится критический анализ юрисдикционного раскола, вызванного данными изменениями законодательства, несовпадающих реакций английских и российских судов, а также возникших в связи с этим дилемм правоприменения. В первую очередь в статье рассматривается растущая тенденция, в рамках которой российские суды признают исключительную юрисдикцию в отношении споров с участием российских сторон, находящихся под санкциями, несмотря на наличие арбитражных оговорок. Далее в статье анализируются ответные меры судебной системы Великобритании, в частности ее решительная приверженность соблюдению арбитражных соглашений путем вынесения антиисковых запретов, анти-антиисковых запретов, а также запретов на принудительное исполнение.

Расхождения в доктрине и процессуальных нормах между этими двумя правовыми системами породили острую юридическую неопределенность, что привело к многочисленным параллельным процессам и конфликтующим между собой решениям. Это ставит под угрозу основополагающие

принципы правовой определенности и доступа к правосудию в трансграничных спорах. В связи с этим в данной статье рассматривается вопрос о том, не привела ли углубляющаяся правовая напряженность между британской и российской правовыми системами к неразрешимому юридическому тупику, когда каждая юрисдикция действует в рамках своей собственной изолированной правовой парадигмы, делая перспективу выработки общего решения все более отдаленной.

Ключевые слова: *санкции; Антиисковый запрет; Анти-антиисковый запрет; Запрет на принудительное исполнение; юрисдикция; арбитраж; Российские суды; Английские суды.*

I. Introduction

The judicial interplay between the United Kingdom (**UK**) and the Russian Federation has become increasingly fraught, marked by a rising tide of anti-suit injunctions (**ASI**) issued by courts in both jurisdictions.

This legal standoff has escalated dramatically in the wake of Russia's Federal Law No. 171-FZ, enacted on 8 June 2020, and amending the Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code. Ostensibly designed to protect Russian entities from foreign judicial interference, this law grants Russian courts sweeping powers to assume jurisdiction over disputes involving Russian sanctioned parties, and restrict parties from pursuing arbitration (or litigation) abroad.

The result has been a cascade of jurisdictional conflicts, ASIs, anti-anti-suit injunctions (**AASIs**), and anti-enforcement injunctions (**AEIs**). This situation has created a quagmire for Russian and international litigants, undermining predictability, efficiency, and the very concept of legal finality in cross-border disputes.

This article explores the escalating tensions between UK and Russian courts, focusing on the implications of the amendments to the Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code and the strategic deployment of ASIs, AASIs, and AEIs. More generally, this article aims to shed light on the challenges of cross-jurisdictional disputes and the far-reaching consequences for dispute resolution in an era of geopolitical and legal uncertainty.

More specifically, while **Section II** addresses the issue of the Russian courts acknowledging exclusive jurisdiction over disputes involving sanctioned

Russian parties, despite the existence of arbitration agreements, **Section III** explores and analyses the responses given by UK courts to this situation. **Section IV**, for its part, discusses what has presumably become an irreconcilable divide between UK and Russian courts, while **Section V** focuses on enforcement issues. **Section VI** briefly addresses the impact of the 14th European Union (**EU**) package of sanctions on disputes involving Russian sanctioned parties. Finally, **Section VII** sets out some concluding remarks.

Although some references have been made to disputes involving exclusive jurisdiction clauses, the focus of this article is mainly on disputes involving arbitration clauses and the commencement of court proceedings in Russia in alleged disregard of such clauses.

II. Act I: Russian Courts have Exclusive Jurisdiction over Disputes Involving Russian Sanctioned Parties

In 2020, amendments to the Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code (**APC**), also known as Lugovoy law, were introduced,[1] allowing Russian parties to "*transfer*" the resolution of their disputes to Russian courts. These amendments were stated to be justified by the need to ensure the protection of Russian individuals and companies affected by sanctions, and who were "*in effect, deprived of the opportunity to defend their rights in courts in foreign jurisdictions, international organisations or arbitration seated not in Russia*."[2]

[1] Federal Law dated 08.06.2020 No. 171-FZ "On introducing changes to the Arbitrazh (Commercial) Procedure Code of the Russian Federation for the purpose of protection of rights of individuals and legal entities in relation to restrictive measures imposed by a foreign state, a state association and (or) a union and (or) a state (inter-state) institution of a foreign state or state association and (or) a union". [Федеральный закон от 8 июня 2020 года № 171-ФЗ «О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации в целях защиты прав физических и юридических лиц в связи с мерами ограничительного характера, введенными иностранным государством, государственным объединением и (или) союзом и (или) государственным (межгосударственным) учреждением иностранного государства или государственного объединения и (или) союза»].

[2] Explanatory note to the Draft Federal Law No. 754380-7 "On the amendment of certain legislative acts of the Russian Federation to protect the rights of individual categories of individuals and entities in relation to the hostile actions of the United States of America and other foreign States" [Пояснительная записка к Проекту Федерального закона N 754380-7 "О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях защиты прав отдельных категорий физических и юридических лиц в связи с недружественными действиями Соединенных Штатов Америки и иных иностранных государств"].

Two key provisions were introduced in the APC. First, Article 248.1 APC which establishes the exclusive jurisdiction of Russian state arbitrazh courts over disputes involving Russian parties which are subject to sanctions. Article 248.1 is stated as being applicable in two circumstances, namely when sanctions affect a party, or when sanctions are the subject matter of the dispute. This provision is applicable only if the parties have not agreed to resolve their dispute in a foreign court or before an arbitral tribunal.[3] However, as an exception to that last point, Article 248.1 will nevertheless apply where such a prior agreement of the parties cannot be effectively enforced because one of the parties is subject to sanctions that "*obstruct such party's access to justice*."[4]

The second provision – Article 248.2 – was introduced to address cases where a party faces proceedings in a foreign court or arbitration. Under this provision, a party may request a Russian court to prevent the other party from initiating or continuing proceedings in a foreign court or in arbitration (ASIs).[5] In case of non-compliance with the injunction, the court is also empowered to collect damages for breach of the injunction. The amount of damages is capped at the level of any sums claimed by the non-complying party in the corresponding foreign court or international arbitration proceedings.[6]

In sum, Article 248.1 empowers the sanctioned entity to submit the relevant dispute to be resolved in the Russian arbitrazh court and to petition the court, in accordance with Article 248.2, to issue an injunction prohibiting the initiation or continuation of proceedings in foreign courts or international arbitration.

The concept of ASIs, rooted in the English legal tradition, was initially regarded as a novel addition to Russian law, even though such injunctions were not entirely unfamiliar to Russian courts prior to 2020.[7]

---

[3] Russian Arbitrazh (Commercial) Procedure Code ("APC"), para. 1 of Article 248.1

[4] APC, para. 4 of Article 248.1.

[5] APC, Article 248.2.

[6] APC, para. 10 of Article 248.2.

[7] See *S. Glandin*. The law enabling sanctioned persons to move litigations to Russia: background and reasons // Mezhdunarodnoe pravosudie, vol.11, no.1, p.134-135 [С. Гландин. Закон о праве подсанкционных лиц переносить судебные споры в Россию: причины и предпосылки, стр 134-135]; *V.S. Vunukainen.* Exclusive jurisdiction of Russian courts regarding the disputes affected by sanctions: "that which is falling should also be pushed?" // New Horizons of International Arbitration, issue 7: collection of articles, Editor-in-Chief: Y. N. Mullina. – 2022, p. 112 [В.С. Вунукайнен «Исключительная компетенция российских судов по санкционным спорам: падающего толкни?», Новые горизонты международного арбитража. – Вып. 7: сборник статей / отв. ред. Ю. Н. Муллина. – 2022. – стр. 112].

Although these provisions were formally introduced in 2020, their application was relatively infrequent. However, since 2022, there has been a marked increase in the use of Articles 248.1 and 248.2.[8] As of August 2024, over 400 disputes have involved Article 248.1, while requests for ASIs under Article 248.2 have been filed in 74 cases.[9]

a. Russian Sanctioned Parties Initiate Legal Actions in Russian Courts Despite the Existence of an Arbitration Clause

i. Redefining Jurisdiction: Towards an Expansive Application of Article 248.1

A Russian party may seek to bypass a previously agreed arbitration clause and submit its claim to a Russian court in reliance of Article 248.1, which allows for claims to be heard domestically on the grounds of impediments to access to justice in an arbitration seated outside of Russia (or in a foreign jurisdiction).

The amendments to the APC do not particularise the kind of obstacles to access to justice or the degree to which they must impede the Russian party's access to justice to constitute sufficient grounds for an applicable arbitration agreement or more generally a choice of forum agreement to be deemed inoperable.

However, following the Russian Supreme Court's 2022 landmark decision in the *Uraltransmash* case (discussed in greater detail below) – which held in essence that (i) the imposition of restrictive measures *ipso facto* prejudices the sanctioned party's rights, and (ii) it is therefore not necessary for the petitioning party to demonstrate how the restrictive measures have impacted, or may impact, its access to justice – a trend was set towards a broad interpretation of Articles 248.1 and 248.2.[10] Therefore, and even if some lack of consistent

[8] See, e.g., *M.L. Galperin*. Living and dead water of Russian jurisdiction. On the application of Art. 248.1 Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation // Bulletin of economic justice of the Russian Federation. 2023. [Гальперин М. Л. Живая и мертвая вода российской юрисдикции. О применении ст. 248.1 АПК РФ. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023].

[9] See p. 3 of the Annex at *S. Sultanov and A. Ryabova*. Anti-suit Injunctions and Russian Courts' Exclusive Jurisdiction under Lugovoy Law (Articles 248.1 and 248.2 APC)', Review of the Judicial Practice // KIAP Law, 2024.

[10] *M.L. Galperin*. Living and dead water of Russian jurisdiction. On the application of Art. 248.1 Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation // Bulletin of economic justice of the Russian Federation. 2023. [Гальперин М. Л. Живая и мертвая вода российской юрисдикции. О применении ст. 248.1 АПК РФ. // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023]; See statistics as described in the Annex, *S. Sultanov and*

case law still exists on the issue of exclusive jurisdiction in sanctions-related disputes, an expansive reading of Articles 248.1 and 248.2 has now become clearly dominant.[11]

In adopting this expansive approach, several Russian courts have adopted the presumption that sanctions *automatically* create obstacles to justice, rendering the performance of an arbitration agreement impossible,[12] without any further substantive analysis. As one court observed, the imposition of sanctions against Russia is a fact that requires no additional proof.[13] Moreover, Russian companies are not required to demonstrate the existence of circumstances that impede their access to justice.[14]

While it is true that some international arbitration centres have adopted "sanctions policies" to ensure fair and impartial resolution of disputes involving sanctioned companies[15] and others, for instance the Stockholm Chamber of Commerce ("**SCC**"),[16] have gone as far as to state explicitly that Russian companies will be on an equal footing with any other foreign company, yet

A. Ryabova. Anti-suit Injunctions and Russian Courts' Exclusive Jurisdiction under Lugovoy Law (Articles 248.1 and 248.2 APC)', Review of the Judicial Practice // KIAP Law, 2024.

[11] *O.F. Zasemkova*. Application of para. 4 of Article 248.1 of the Arbitrazh Procedural Code of the Russian Federation: issues raised by the court practice // Courier of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)). 2023, p. 79. [Засемкова О. Ф. Особенности применения ч. 4 ст. 248.1 АПК РФ в спорах с участием подсанкционных лиц: вопросы, поставленные практикой, стр. 79].

[12] See, e.g. the dispute between *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz*, Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated 09.12.2021 No. 309-ЭС21-6955 (1-3) in case No. A A60-36897/2020 [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 09.12.2021 № 309-ЭС21-6955 (1-3) по делу № А60-36897/2020].

[13] See the dispute between OOO Asia Les v. Prodesa medioambiente SL (Spain). Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of the Far East District dated 26.12.2022 in case No. A73-15265/2022 [Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26.12.2022 по делу N A73-15265/2022].

[14] *Ibid*; see also *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz*, Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated 09.12.2021 No 309-ЭС21-6955 (1-3) in case No. A A60-36897/2020 [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 09.12.2021 № 309-ЭС21-6955 (1-3) по делу № А60-36897/2020].

[15] See e.g. HKIAC Sanctions Policy, https://www.hkiac.org/arbitration/sanctions-policy; See question "a. How is my arbitration at VIAC affected by sanctions?", VIAC Note on Sanctions, https://www.viac.eu/en/arbitration/sanctions-an-overwiew.

[16] See SCC Q&A on the EU sanctions against Russia, https://sccarbitrationinstitute.se/en/resource-library/eu-sanctions/.

such policies are deemed insufficient by Russian courts. According to Russian courts, the unilateral desire of a Russian company to "transfer" a dispute to Russian jurisdictions is often enough to override an arbitration agreement.[17] This interpretation is grounded in both the literal wording of Articles 248.1 and 248.2 as well as the overarching purpose of these provisions: to protect Russian companies from the adverse effects of sanctions.[18]

Since the *Uraltransmash* ruling, out of 480 cases brought under the Lugovoy Law, at least 109 resulted in court decisions recognising exclusive jurisdiction or issuing ASIs, even in cases where sanctions did not apply directly to claimant parties.[19] However, in only a very few percent of these cases did the courts conduct an analysis of whether actual obstacles to access to justice existed.[20]

ii. Illustrative Case Examples: Russian Courts' Application of Article 248.1 in Disputes Involving Sanctions and Arbitration Agreements

As previously indicated, Article 248.1 applies when sanctions either target a party or constitute the subject matter of the dispute. However, Russian courts have varied in their approach to applying this provision, ranging from a strict, to a much broader and lenient approach for assuming jurisdiction.

1. Broad Approach: Presumption of Jurisdiction because of the Existence of Sanctions

In some cases, Russian courts have assumed jurisdiction under Article 248.1 with minimal requirements for Russian claimants to demonstrate obstacles to justice abroad.

For instance, various Russian media organisations pursued legal actions pursuant to Article 248.1 against Google and its Russian subsidiary in re-

[17] Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of Far East District dated 26.12.2022 in case No. A73-15265/2022 [Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26.12.2022 по делу N A73-15265/2022]; see also Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of Far East District dated 26.12.2022 in case No. A73-15265/2022 [Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26.12.2022 по делу N A73-15265/2022].

[18] Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of the Far East District dated 26.12.2022 in case No. A73-15265/2022 [Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26.12.2022 по делу N A73-15265/2022].

[19] *S. Sultanov and A. Ryabova*. Anti-suit Injunctions and Russian Courts' Exclusive Jurisdiction under Lugovoy Law (Articles 248.1 and 248.2 APC)', Review of the Judicial Practice // KIAP Law, 2024, Annex, p. 3.

[20] *Ibid*.

sponse to the unlawful blocking of their YouTube channels. Russian courts assumed jurisdiction and ruled in favour of the claimants.[21]

For instance, in *"Public Television of Russia" v Google LLC (USA)*, the Court held that the mere existence of sanctions deprived Russian companies of access to justice, thereby warranting exclusive jurisdiction of the Russian courts over such disputes.[22]

In *Moscow Media v. Google LLC and OOO Google*, related to the blocking of YouTube channel "Moscow 24", the Arbitrazh Court of Moscow further held that sanctions imposed on the mayor of Moscow (the controlling entity) prevented effective recourse to foreign arbitration or litigation because, by being the target of sanctions, the Russian claimant company would most certainly not be able to pay the registration fee to submit a claim to arbitration or to a foreign court, engage foreign counsel, or even travel to the UK and the United States of America (**US**) for a hearing. [23]

The Court, relying on the *Uraltransmash* decision, did not require the claimant to substantiate these alleged obstacles, instead deeming Google's actions politically motivated and affirming jurisdiction. Therefore, the Court upheld its jurisdiction over the dispute. The total amount of legal claims submitted against Google in Russia is reported to be around USD 20 decillion.[24] In total, the amount of fines with the compounding interest is allegedly worth USD 1.8 octillion.[25] While the Russian subsidiary of Google is already

[21] *NAO Tsargrad Media v Google Ireland Limited*, *Google LLC and OOO Google*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 20.04.2021 in case A40-155367/2020 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 20.04.2021 по делу № А40-155367/2020]; *Moscow Media v. Google LLC and OOO Google*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 24.10.2022 in case A40-97559/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.10.2022 по делу № А40-97559/2022].

[22] *Public Television of Russia v Google LLC,* Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 31.10.2022 in case A40-99493/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 31.10.2022 по делу № А40-99493/2022]. As in many other cases, the Court noted "*it follows that the very fact of introducing restrictive measures in relation to a Russian person participating in a dispute in international commercial arbitration located outside the territory of the Russian Federation is considered sufficient to conclude that such person's access to justice is restricted.*"

[23] *Moscow Media v. Google LLC and OOO Google*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 24.10.2022 in case A40-97559/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.10.2022 по делу № А40-97559/2022].

[24] Google gets UK injunctions over octillion-dollar Russian fines, Global Arbitration Review, 21 November 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/google-gets-uk-injunctions-over-octillion-dollar-russian-fines.

[25] *Ibid*.

undergoing insolvency procedure,[26] according to the media, the Russian media channels have applied to enforce the judgments of Russian courts against Google in Turkey, Serbia, Kyrgyzstan and South Africa.[27] In June 2024, a court in South Africa had already frozen Google's assets, but the enforcement proceedings are still pending at the time of writing this article.[28]

Another prominent example of a broad approach to Articles 248.1 and 248.2 is the RusChemAlliance (**RusChem**) – a joint venture between Gazprom and RusGasDobycha – saga.

RusChem entered into an EPC contract with Linde Engineering for an LNG plant in the port of Ust-Luga. Linde suspended work following the Russian invasion of Ukraine and the imposition of sanctions by the EU. This led RusChem to terminate the contract and demand payment by several banks under various on demand bonds and guarantees. In each case, the banks argued that they were prohibited from making payment by the sanctions.

RusChem successfully initiated proceedings against Linde in Russian courts, notwithstanding an arbitration clause designating Hong Kong International Arbitration Centre (**HKIAC**) arbitration with a seat in Hong Kong in the bonds and guarantees (with the governing law of these financial instruments being English law). Further, RusChem succeeded in freezing certain assets of Linde subsidiaries in Russia.[29] Although, this will not be discussed in the context of this article, Linde obtained an ASI from the

[26] Google's Russian subsidiary recognised as bankrupt by court, Reuters, 19 October 2023, https://www.reuters.com/markets/deals/googles-russian-subsidiary-recognised-bankrupt-by-court-ria-2023-10-18/.

[27] *Google LLC and Google Ireland Limited v. ANO TV-Novosti, NAO Tsargrad Media and NO Fond Pravoslavnogo Televideniya*, Judgment of the High Court of Justice of England and Wales [2024] EWHC 2212, 19 August 2024, para. 6; Google gets UK injunctions over octillion-dollar Russian fines, Global Arbitration Review, 21 November 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/google-gets-uk-injunctions-over-octillion-dollar-russian-fines.

[28] High court gives go-ahead for attachment of Google SA assets, MoneyWeb, 10 June 2024, https://www.moneyweb.co.za/moneyweb-radio/safm-market-update/high-court-gives-go-ahead-for-attachment-of-google-sa-assets/; Суд в ЮАР арестовал активы Google на основе решения АСГМ, Pravo.ru, 11 June 2024, https://pravo.ru/news/253511/.

[29] *RusChemAlliance v Linde GmbH, Linde Plc, Linde Uk Holdings No. 2 Limited, Linde Holdings Netherlands No. 3 B.V., Linde Russia Uk Limited*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 28.10.2024 in case A56-26171/2024 [Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28.10.2024 по делу № А56-26171/2024].

Hong Kong court restraining Russian court proceedings brought in breach of the agreement providing for HKIAC arbitration in Hong Kong.[30]

In addition, RusChem targeted several banks amongst which were UniCredit,[31] Deutsche Bank,[32] and Commerzbank,[33] which had issued bonds and guarantees in relation to the project with Linde, governed by English law and providing for ICC arbitration with a seat of the arbitration in Paris.

The Russian courts eventually assumed jurisdiction under Article 248.1 on the ground that the EU sanctions restrained RusChem's ability to defend its rights and interests, and, in addition, the subject of the dispute was related to sanctions since the banks refused to comply with its obligations because of EU sanctions.[34] In the case against Commerzbank, the Court observed that RusChem is a company subject to sanctions and that any claims made by RusChem are highly likely to be unenforceable within the EU under Article

[30] *Linde v. RusChemAlliance* [2023] HKCFI 2409. The primary and central concern was the owner's allegation that it would be denied access to justice and would not receive a fair trial in a Hong Kong arbitration, due to the allegedly "*significant influence*" which the United Kingdom (which the owner characterised as an unfriendly jurisdiction hostile to Russia) was alleged to still exert on Hong Kong. The owner argued that, as a result, the dispute was subject to the exclusive jurisdiction of the Russian court as a matter of Russian law. The Court rejected the access to justice argument in strong terms, describing it as "*highly fanciful*", "*grossly exaggerated, if not totally based on false premises*", and an "*unsubstantiated assertion*". The judge noted that the sanctions had no legal effect in Hong Kong and the owner had been able to obtain effective legal representation in Hong Kong from the outset of the injunction proceedings. Moreover, the owner had successfully arranged for the appointment of the former Chief Justice of Hong Kong, Geoffrey Ma, as its chosen arbitrator. Finally, there was no indication that the owner had faced any difficulties with the HKIAC, its representation or the arbitration process.

[31] *RusChemAlliance v. UniCredit Bank AG,* Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 12.07.2024 in case A56-74595/2023 [Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 12.07.2024 по делу № A56-74595/2023]. The court decision is not yet published. See «Русхимальянс» взыскал с Unicredit Bank 45,6 млрд руб, Pravo.ru, 26 June 2024, https://pravo.ru/news/253775/.

[32] *RusChemAlliance v. Deutsche Bank AG,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 23.10.2024 in case A56-90971/2024 [Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23.10.2024 по делу № A56-90971/2024].

[33] *RusChemAlliance v. Commerzbank AG and Commerzbank (Eurasia)*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 11.07.2024 in case A56-61398/2023 [Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 11.07.2024 по делу № A56-61398/2023].

[34] This reasoning was applied in the decisions against Deutsche Bank and Commerzbank. For its part, the decision in the UniCredit case was not published.

11 of EU Regulation 833.[35] Commerzbank contended that RusChem faced no impediments in accessing justice, citing its active participation in various legal proceedings, including ICC arbitration and cases before the High Court of England and Wales. The bank also highlighted RusChem's submission of multiple expert reports addressing the impact of EU and US sanctions on Russian companies' access to justice. However, the Russian court disregarded these arguments. Eventually, the Russian courts upheld all claims,[36] and further authorised the seizure of the banks' assets in Russia.[37] Additionally, RusChem obtained ASIs under Article 248.2 to prevent the banks from proceeding with ICC arbitration in Paris.[38] The Russian courts granted these ASIs on the same grounds, namely that RusChem's ability to defend itself was constrained by EU sanctions.

A final example involves the Russian bank VEB and the British multinational bank Barclays. Barclays concluded an International Swaps and Derivatives Association Master Agreement with VEB in June 2005 (the "**ISDA Agreement**"). The ISDA Agreement was subject to English law and contained a dispute resolution clause providing for LCIA arbitration as the default resolution mechanism. It also contained an asymmetric power which enabled Barclays to refer any claim commenced by VEB to the English courts rather than to arbitration.

---

[35] *Ibid.*

[36] See the decision concerning *Deutsche Bank,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 23.10.2024 in case A56-90971/2024 [Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23.10.2024 по делу № А56-90971/2024]; see the decision concerning *Commerzbank*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad dated 11.07.2024 in case A56-61398/2023 [Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 11.07.2024 по делу № А56-61398/2023].

[37] Russian court seizes assets of European banks, Global Arbitration Review, 20 May 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/russian-court-seizes-assets-of-european-banks.

[38] See the decision concerning *Commezbank*, Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 05.12.2024 in case A56-90947/2024 [Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 05.12.2024 по делу № А56-90947/2024] (the full version of the court decision is not available); the decision concerning *Deutsche Bank,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 23.10.2024 in case A56-90971/2024 [Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23.10.2024 по делу A56-90971/2024]; the decision concerning *Unicredit,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 28.12.2024 in case A56-90977/2024 [Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28.12.2024 по делу № А56-90977/2024].

The parties amended the ISDA Agreement three times between 2013 and 2019. The last amendment was agreed in 2019 and addressed the possibility that VEB might become subject to sanctions by the UK, US or EU. Consequently, the effect of the amendment was to add that the imposition of sanctions against VEB would trigger a termination event. The dispute resolution clause was, for its part, not amended.

In 2022, VEB was designated as a sanctioned entity under UK, EU, and US law. This led Barclays to terminate transactions entered into pursuant to the ISDA Agreement with VEB. The termination created a payment obligation from Barclays to VEB, and this was not disputed between the parties, and VEB proposed various methods to Barclays by which the final payment might be made notwithstanding the sanctions. However, Barclays' view was that none of the proposed payment methods were permitted under the sanctions and that it was not able to make payment until UK sanctions were removed or a special license was obtained.

VEB then commenced proceedings in the Arbitrazh Court for the City of Moscow on 19 May 2023, claiming the final payment amount plus default interest. VEB argued that whilst English law was applicable to the ISDA Agreement, that governing law may be overridden where the consequences of its application would contravene basic principles of Russian law and that the sanctions against VEB did so. Further, VEB contended that the Russian court had jurisdiction despite the dispute resolution clause because it was overridden by Articles 247 and 248 APC.

Although Barclays filed an application challenging the jurisdiction of the Russian courts based on the agreed dispute resolution provision, on 5 December 2023 the Russian court gave directions by scheduling a hearing for the resolution of both the jurisdictional and merits issues. Barclays then successfully applied to the English court for an ASI and AEI restraining VEB from pursuing the Russian proceedings. In September 2024, VEB caused the Russian proceedings to be discontinued by filing a motion to suspend the Russian proceedings until an LCIA arbitral tribunal would decide on the dispute. The Russian court proceedings were then eventually suspended and VEB commenced an LCIA arbitration.[39] Barclays then exercised the option to litigate, serving notice which required VEB to withdraw the arbitration proceedings and pursue any claims through the English courts. VEB disputed the validity of the notice but English courts confirmed that the LCIA arbitral tribunal lacked jurisdiction. Whether VEB will decide to resurrect

[39] АСГМ приостановил производство по иску ВЭБ.РФ к Barclays, Pravo.ru, 9 July 2024, https://pravo.ru/news/254030/.

the proceedings in Russia is information unknown to the author at the time of writing this article.

In *AO European Medical Centre v. OOO "Cisco Solutions"* (a subsidiary of the US-based Cisco Systems, Inc.), the Court clarified that a Russian party is deemed to be affected by sanctions if, for instance, prohibitions on goods or services prevent such party from operating its business.[40] In that case, the licensing agreement stipulated that any disputes would be resolved by the English courts.

Similarly, in *A1 Capital Limited (Cyprus) v. Credit Suisse AG*, the Court noted that Article 248.1 need not target the claimant directly (e.g., blocking sanctions). In this case, the Russian claimant, though incorporated in Cyprus, was controlled by sanctioned individuals and this was considered to be sufficient for Article 248.1 to apply.[41] The contract in that case stipulated that any disputes arising under its terms shall be resolved by the Swiss courts. In that regard, the reasoning adopted by the Court was similar to the one adopted in *Moscow Media v. Google LLC and OOO Google*, where the claimant was stated to be controlled by the mayor of Moscow who was sanctioned by UK.[42]

In other cases, Russian courts relied on foreign government statements to justify the application of Article 248.1. For instance, in the dispute between the media channel *NTV v. Google,*[43] even though Google's terms of services provided for the jurisdiction of the English courts in case of dispute, the Arbitrazh Court of Moscow cited a UK government press release stating

[40] *AO European Medical Centre v. OOO "Cisco Solutions"*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 02.06.2023 in case A40-294471/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 02.06.2023 по делу № А40-294471/2022]. Similarly, in *OOO Axios v C.&J. Clark International Limited* the Court noted that the claimant ordered shoes, however certain countries, including the UK, prohibited export of luxury goods, including shoes, from the EU to Russia. The Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 17.03.2023 in case A40-193824/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 17.03.2023 по делу № А40-193824/2022].

[41] *A1 Capital Limited (Cyprus) v. Credit Suisse AG*, Resolution of Ninth Arbitrazh (Commercial) Court of Appeal dated 31.01.2023 in case A40-191489/2022 [Постановление девятого арбитражного апелляционного суда от 31.01.2023 по делу № А40-191489/2022].

[42] *Moscow Media v. Google LLC and OOO Google*, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 24.10.2022 in case A40-97559/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 24.10.2022 по делу № А40-97559/2022].

[43] *AO TV NTV v. Google Ireland Limited, Google LLC (США), OOO Google,* Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 22.11.2022 in case A40-74085/2022 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 22.11.2022 по делу № А40-74085/2022].

that sanctions introduced in September 2022[44] restricted Russia's access to legal services, thereby limiting the ability of Russian companies to resort to foreign courts. This was deemed sufficient by the Court to assume jurisdiction over the dispute.

The Russian Railways (JSC) case provides another illustrative example of the expansive approach adopted by Russian courts when interpreting Articles 248.1 and 248.2. Despite VIAC arbitration clauses in the contracts at the heart of the dispute, Russian Railways commenced proceedings in the Russian courts against Siemens Mobility GmbH[45] and Siemens AG[46] in relation to the unilateral termination of contracts by these two companies because of the imposition of EU sanctions. In addition to assuming jurisdiction over the dispute under Article 248.1, the Russian Court granted ASIs under Article 248.2, prohibiting Siemens from pursuing arbitration, citing the claimant's alleged inability to defend its rights in foreign fora.[47]

Finally, in *OOO Power Machines (Russia) v DTEK (Ukraine)*,[48] the Court made clear that difficulties in paying registration fees to an arbitration institution constituted an obstacle to access to justice. In the context of that dispute, when DTEK failed to make a payment under the contract, OOO Power Machines sought to initiate arbitration proceedings under SCC rules and made three attempts to transfer the registration fee to the SCC. However, all these attempts were declined by foreign and Russian banks. As the SCC did not receive the registration fee within the required timeframe, the case was dismissed. Ultimately, OOO Power Machines brought a claim before a Rus-

[44] It seems that the Court referred to this press release – Sanctions in response to Putin's illegal annexation of some Ukrainian regions, 30 September 2022, https://www.gov.uk/government/news/sanctions-in-response-to-putins-illegal-annexation-of-ukrainian-regions.

[45] *RZD (Russian Railways) v. Siemens Mobility GmbH,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 08.11.2022 in case A40-98870/2022 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 08.11.2022 по делу № А40-98870/2022].

[46] *RZD (Russian Railways) v. Der Siemens Aktiengesellschaft,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 24.08.2022 in case A40-98907/2022 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 24.08.2022 по делу А40-98907/2022].

[47] The decision of the first instance is not available, but see Resolution of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow District dated 03.02.2023 in case A40-98865/2022 [Постановление Арбитражного суда Московского округа от 03.02.2023 по делу № А40-98865/2022.

[48] *OOO Power Machines (Russia) v DTEK (Ukraine),* Resolution of Thirteenth Arbitrazh (Commercial) Court of Appeal dated 30.12.2021 in case № А56-57238/2020 [Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.12.2021 по делу А56-57238/2020]; Resolution of Arbitrazh (Commercial) Court of North-West District dated 23.03.2022 in case A56-57238/2020 [Постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 23.03.2022 по делу № А56-57238/2020].

sian court under Article 248.1. The Court accepted the claimant's argument, noting that the respondent itself had relied on the blocking of international payments to justify its non-payment under the contract. It is however important to note that while the claimant in this case provided evidence of failed payment attempts, the Court also cited the *Uraltransmash* decision, asserting that the mere imposition of sanctions on a Russian company would inherently create barriers to accessing justice, thereby justifying the application of Article 248.1.

2. Stricter Approach: Requiring Some Concrete Evidence of Impediments

However, not all Russian courts have adopted such a broad and lenient approach when interpretating Article 248.1. Some—albeit a few—courts have required Russian parties to demonstrate that sanctions concretely obstructed access to justice.[49]

For instance, in *OOO Atlant v. ARCO S.N.C.* (Sweden), the Court concluded that sanctions, while indeed disruptive, did not preclude arbitration, emphasising that neither EU sanctions nor Russian countersanctions aimed to sever EU-Russia relations entirely.[50] The Court also referenced the SCC's declaration of impartiality in its administration of disputes (where the SCC declared that it was "*an impartial and independent venue for international commercial dispute resolution")*.[51] In such circumstances, as the Court concluded, a fair resolution of the dispute would be guaranteed.[52]

Similarly, in *OOO European Biological Technologies v Cabinplant A/S (Denmark)*, the Russian party argued that it would most likely not be able to pay the registration fee to the SCC and also suggested that pretty much any arbitrator would likely have an anti-Russian bias. The Russian party also

[49] See case *TRUST-EAST LTD (Russia) VS MASTERCARD LLC*, Resolution of Ninth Arbitrazh (Commercial) Court of Appeal dated 30.01.2023 in case A40-141959/22 [Постановление девятого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2023 по делу № А40-141959/22]; Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 01.03.2023 in case A56-13589/2023 [Определение арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от по делу № А56-13589/2023].

[50] *OOO Atlant v. ARCO S.N.C.,* Resolution of Fourth Arbitrazh (Commercial) Court of Appeal dated 26.04.2023 in case A19-10204/2022 [Постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 26.04.2023 по делу N A19-10204/2022].

[51] SCC Q&A on the EU sanctions against Russia, https://sccarbitrationinstitute.se/en/resource-library/eu-sanctions.

[52] See the cassation instance decision, Resolution of Arbitrazh (Commercial) Court of the East Siberian District dated 19.07.2023 in case A19-10204/2022 [Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 19.07.2023 по делу N A19-10204/2022].

referred to the status of Denmark (the respondent's country of incorporation) and Sweden (as a seat of arbitration) as "*unfriendly jurisdictions*"[53] and implementing anti-Russian policy in the EU. However, the Arbitrazh Court of Samara dismissed the claimant's assertions of bias and financial obstacles, ruling that these were unsubstantiated. It required tangible evidence of impediments to access justice, rejecting claims based solely on presumptions of anti-Russian sentiment.[54]

b. Russian Sanctioned Parties Seek ASIs from Russian Courts

If a dispute has already been initiated against a Russian company in an international arbitration seated outside of Russia (or in a foreign court), seeking an ASI from a Russian court can serve as an effective strategy for such a Russian company to avoid participation in the foreign proceedings. In practice, however, ASIs appear to be a less frequently employed tool by Russian companies compared to the "*transferring*" of disputes to Russian jurisdictions. Notably, only 74 cases in Russian courts have involved ASIs, a stark contrast to the 400+ cases filed under Article 248.1.

When asked to order ASIs, Russian courts essentially apply the same approach and test as the one regarding the establishment of the exclusive jurisdiction of Russian courts over a dispute. In fact, when interpreting the law, some courts refer to both Article 248.1 and Article 248.2.

The landmark case in Russian case law is the *JSC Uraltransmash (Russia) v PESA Bydgoszcz (Poland)* ruling. In 2018, PESA commenced SCC arbitration proceedings against Uraltransmash following Uraltransmash's failure to pay for the supply of tramway cars.[55] In 2020, Uraltransmash requested Russian courts to issue an ASI to prevent its Polish counterparty – PESA Bydgoszcz – from proceeding with the SCC arbitration.[56]

---

[53] Russia has designated certain countries as "*unfriendly jurisdictions*". This list includes countries which imposed sanctions against Russia and now refers to 22 countries and all EU Member states. See Decree of the Russian Government dated 05.03.2022 N 430-r.

[54] Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of Samara region dated 24.08.2022 in case A55-24707/2022 [Постановление Арбитражного суда Самарской области от 24.08.2022 по делу № А55-24707/2022].

[55] *Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz SA v. UralTransMash*, SCC Case No. V2018/114.

[56] *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz*, Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated 09.12.2021 No 309-ЭС21-6955 (1-3) in case No. A A60-36897/2020 [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 9 декабря 2021 г. № 309-ЭС21-6955 (1-3) по делу № А60-36897/2020]; see in more detail about the case *Uraltransmash v.*

In support of its application, Uraltransmash relied on EU sectoral sanctions and US blocking sanctions (SDN list) imposed on its parent company. Initially, the Russian lower court rejected the request, determining that despite the sanctions, Uraltransmash had effectively and fully exercised its right to judicial protection, by actively participating in the arbitration for two years, appointing an arbitrator, making numerous submissions, and engaging experts on Polish law. The Court concluded that EU sanctions did not prevent Uraltransmash from fulfilling the contract or making payments, and that Uraltransmash had failed to demonstrate that the sanctions rendered the arbitration agreement impossible to perform.

However, in December 2021, the Judicial Panel on Economic Disputes of the Russian Supreme Court overturned that ruling in a landmark decision after adopting a much broader interpretation of Articles 248.1 and 248.2. In its decision, the Judicial Panel emphasised that the mere imposition of sanctions creates an inherent obstacle to access to justice for Russian companies, thus allowing a Russian company to transfer unilaterally a dispute to the jurisdiction of the Russian Arbitrazh Courts.[57] The Panel further noted that, based on the language of the provisions, there was no requirement for a Russian company to prove the existence of specific obstacles impeding its access to justice.[58]

Interestingly, the Judicial Panel acknowledged that the imposition of sanctions (broadly defined to include both personal blocking sanctions and trade restrictions) would affect the rights of Russian companies, particularly in terms of their reputation, thereby placing them at a disadvantage compared to their non-Russian counterparties.[59] The Judicial Panel also expressed scepticism regarding the possibility to resolve disputes impartially and in

PESA at *E. Rubinina,* Russian Sanctions Law Bares Its Teeth: The Russian Supreme Court Allows Sanctioned Russian Parties To Walk Away From Arbitration Agreements, Kluwer Arbitration Blog, 22 January 2022, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/01/22/russian-sanctions-law-bares-its-teeth-the-russian-supreme-court-allows-sanctioned-russian-parties-to-walk-away-from-arbitration-agreements/; Existence of sanctions justifies anti-arbitration injunctions in Russia, Global Arbitration Review, 13 January 2022, https://globalarbitrationreview.com/sanctions-se-justify-anti-arbitration-injunctions-in-russia.

[57] *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz*, Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated 09.12.2021 No 309-ЭС21-6955 (1-3) in case No. A A60-36897/2020 [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 9 декабря 2021 г. № 309-ЭС21-6955 (1-3) по делу № А60-36897/2020].

[58] *Ibid*.

[59] *Ibid*.

accordance with due process when such disputes (i) involve a company from a country that has imposed sanctions, and (ii) are adjudicated by an arbitral tribunal or a court seated in another country that has likewise imposed sanctions.[60]

From this ruling, there is therefore a presumption that an arbitration agreement cannot be enforced due to sanctions. This decision laid the foundation for subsequent sanctions-related claims in Russian courts, providing clear guidance on the interpretation of the Lugovoy Law as enshrined in Articles 248.1 and 248.2 APC. Most Russian courts have since aligned with the Supreme Court's approach.[61]

Shortly after the *Uraltransmash* decision, the Arbitrazh Court of the City of Moscow granted an ASI prohibiting the UK company Prosperity Estates LTD from initiating proceedings in the UK courts against the Russian company JSC Sovfracht.[62] JSC Sovfracht had failed to pay Prosperity Estates LTD for certain repair works in London and had received a pre-action letter from Prosperity Estates LTD.

In court, JSC Sovfracht argued that its inclusion on the US SDN list restricted its ability to protect its rights and interests. For example, as JSC Sovfracht contended, a sanctioned entity faces difficulties in hiring legal counsel due to the lengthy and complicated process of obtaining an OFAC license. Furthermore, many foreign companies refuse to engage with SDN-listed Russian entities. JSC Sovfracht also cited foreign case law involving Russian companies to argue that the protection of their rights and interests can only be effectively pursued in Russian courts. In response, Prosperity Estates argued that there was no evidence to suggest that Sovfracht's access to justice in the UK was obstructed. Eventually, the Court accepted the claimant's position and issued an ASI.

---

[60] *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz*, Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation dated 09.12.2021 No 309-ЭС21-6955 (1-3) in case No. A A60-36897/2020 [Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации от 9 декабря 2021 г. № 309-ЭС21-6955 (1-3) по делу № А60-36897/2020].

[61] See e.g., *OOO Power Machines (Russia) v DTEK (Ukraine),* Resolution of Thirteenth Arbitrazh (Commercial) Court of Appeal dated 30.12.2021 in case № A56-57238/2020 [Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 30.12.2021 по делу А56-57238/2020]; *S. Sultanov and A. Ryabova*. Anti-suit Injunctions and Russian Courts' Exclusive Jurisdiction under Lugovoy Law (Articles 248.1 and 248.2 APC)', Review of the Judicial Practice // KIAP Law, 2024, Annex.

[62] *JSC Sovfracht v Prosperity Estate Ltd,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 08.10.2021 in case A40-156736/2020 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 08.10.2021 по делу № А40-156736/2020].

A similar rationale vis-à-vis sanctions was applied by the Court in the Rosneft's case. In 2019, Rosneft and BP Oil International Limited ("**BP**") entered into a contract for the supply of petroleum products, which included an arbitration clause stipulating that disputes would be resolved under the SIAC arbitration rules. According to Rosneft, BP had failed to pay demurrage. Consequently, Rosneft started proceedings in the Arbitrazh Court of Moscow in February 2023, arguing that the arbitration agreement, which called for SIAC arbitration in the event of a dispute, could not be enforced because of sanctions.[63]

While the Russian court waited in the attempt to notify BP about the hearing, BP commenced SIAC arbitration proceedings, demanding, inter alia, that Rosneft comply with the arbitration agreement. In turn, in September 2023, Rosneft filed an application with the Russian courts seeking an injunction to prevent BP Oil International Limited from continuing the SIAC arbitration.[64]

Three months later, the Russian court granted an ASI and a few months thereafter, rendered a decision in favour of Rosneft.

In both decisions, the Court noted that "*unprecedented sanctions*" were introduced against Rosneft by the EU and US, which demonstrate "*the existence of sanctions policy against Rosneft, which excludes the possibility of objective and impartial resolution of the dispute in arbitration in Singapore*".[65] However, it remains unclear why the EU and US sanctions would create obstacles for Rosneft to access justice in Singapore.

In the reasoning sections of both decisions, the Court also explicitly referred to the *Uraltransmash* case. As such, the Court concluded that it had jurisdiction over the matter under Article 248.1 and that it was also entitled to issue an ASI against BP under Article 248.2. BP Oil International Limited did not attend the hearing and did not appeal the ASI.

---

[63] *NK Rosneft v BP Oil International Limited,* Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 31.01.2024 in case A40-23295/2023 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 31.01.2024 по делу № А40-23295/2023].

[64] Ruling of the Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 13.12.2023 in case A40-197598/2023 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 13.12.2023 по делу № А40-197598/2023]; See in more detail - Russian court restrains BP's arbitration against Rosneft, Global Arbitration Review, 8 December 2023, https://globalarbitrationreview.com/article/russian-court-restrains-bps-arbitration-against-rosneft.

[65] Ruling of the Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 13.12.2023 in case A40-197598/2023 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 13.12.2023 по делу № А40-197598/2023]. Similar reasoning is given in the decision to grant anti-suit injunction request, Judgment of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 31.01.2024 in case A40-23295/2023 [Решение Арбитражного суда г. Москвы от 31.01.2024 по делу № А40-23295/2023].

In *AO BM-Bank (a subsidiary of VTB) and Rizzani de Eccher S.p.A. (Italy),* an Italian company nearly succeeded in resisting a request for the issuance of an ASI.[66] BM-Bank requested that a Russian court grant an ASI to prevent the continuation of ICC arbitration, citing, among other reasons, Clifford Chance LLC's refusal to represent its interests despite a previously concluded agreement, the inability to engage alternative counsel, the prohibition on SWIFT transactions preventing payment of arbitration fees, and the inability to attend hearings due to bans on air travel for Russian citizens to and from the EU.

However, the Court refused to grant the injunction, after carefully considering the following points. For the Court, the ICC is recognised as a permanent arbitration institution under Russian law, which ensures its international reputation and adherence to the criteria that guarantee fairness and impartiality in the proceedings. The fairness and impartiality of the arbitration process are also assured by the parties' ability to appoint arbitrators and select the venue for arbitration. Furthermore, the Court noted that the ICC had publicly stated its position on sanctions, declaring its commitment to treating all parties equally, irrespective of their country of origin. The Court also emphasised that while EU and UK sanctions do not prohibit the engagement of law firms, AO BM-Bank could have hired the Russian firm Better Chance (formerly Clifford Chance) to represent its interests in arbitration. Additionally, for the Court, AO BM-Bank could very well participate in hearings remotely.[67]

The ruling of the first-instance court was eventually overturned, on the basis of the Supreme court decision in *Uraltransmash v PESA Bydgoszcz,* and the district court granted the ASI to halt the ICC arbitration.[68]

A final example of ASIs being granted by Russian courts relates to the disputes involving Gazprom and some of its subsidiaries. In 2022, affiliates of Uniper—Uniper Global Commodities and Metha-Methanhandel—initiated an ad hoc arbitration seated in Stockholm against Gazprom Export due to Gazprom Export's failure to supply gas. On 15 March 2024, the Arbitrazh

[66] See in more detail, Арбитражное окно в Европу. БМ-банк не смог избежать зарубежного разбирательства с итальянским контрагентом, KIAP, 22 August 2022, https://kiaplaw.ru/press-centr/public/2268.html.

[67] *AO BM-Bank (a subsidiary of VTB) and Rizzani de Eccher S.p.A. (Italy),* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 18.08.2022 in case A40-50169/2022 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 18.08.2022 по делу № A40-50169/2022].

[68] Resolution of the Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow District dated 26.09.2022 in case No. A40-50169/2022 [Постановление Арбитражного суда Дальневосточного округа от 26.09.2022 по делу N A40-50169/2022].

Court of St. Petersburg and Leningrad Region granted a request for an ASI to prohibit Uniper's affiliates from proceeding with the arbitration.[69]

Similarly, Gazprom Export obtained an ASI to prevent OMV Exploration & Production GmbH from continuing its ICC arbitration proceedings.[70] At Gazprom Export's request, the Arbitrazh Court of Saint Petersburg and Leningrad Region also issued an ASI to prevent BBL Company V.O.F. from pursuing arbitration in the Netherlands.[71] In total Gazprom Export adopted a similar strategy against almost ten European counterparties.[72]

III. Act II: The English Court Response – More ASIs, More AASIs, and More AEIs

There have been numerous applications with the English courts for ASIs, AASIs and anti-enforcement injunctions ("**AEI**") in recent years, largely relating to proceedings commenced in the Russian courts under Article 248 APC in alleged breach of arbitration agreements (or exclusive jurisdiction clauses).

One such application culminated in the UK Supreme Court's judgment in *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC*,[73] in which the Supreme Court dismissed RusChem's appeal and maintained the final ASI in respect of proceedings brought by the same RusChem in Russia in breach of an arbitration agreement. The judgment is notable in its robust defence of the Supreme Court's prior decision in *Enka v Chubb* relating to the law governing arbitration agreements. This decision will be explored further below in greater detail.

---

[69] *OOO Gazprom Export v. Uniper Global Commodities SE and Methanhandel Gmbh,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad region dated 15.03.2024 in case A56-16212/2024 [Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 15.03.2024 по делу № А56-16212/2024]. See in more detail *V. Grebenkova, L. Kanametova and O. Louise Kaye*, Search for Justice in an Imperfect World: Gazprom Export v Uniper Global Commodities SE and Methanhandel Gmbh, Kluwer Arbitration blog, 1 October 2024, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/10/01/search-for-justice-in-an-imperfect-world-gazprom-export-v-uniper-global-commodities-se-and-methanhandel-gmbh/.

[70] *OOO Gazprom Export v. OMV Exploration & Production GmbH,* case A56-26933/2024. The proceedings were confidential.

[71] *OOO Gazprom Export v. BBL Company V.O.F,* case A56-33194/2024. The proceedings were confidential.

[72] Суд запретил французской Engie судиться с «дочкой» «Газпрома» за рубежом, Pravo.ru, 19 June 2024, https://pravo.ru/news/253617/.

[73] *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC* [2024] UKSC 30.

a. The Underlying Principles for the Grant of ASIs, AASIs and AEIs in the UK

The authority to grant an ASI, an AASI, or an AEI to restrain foreign proceedings or the enforcement of a foreign decision in breach of an arbitration agreement derives from Section 37(1) of the Senior Courts Act 1981[74] and does not require the arbitration to be afoot or even contemplated. On that last point, the UK Supreme Court confirmed in *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* that an English court indeed has jurisdiction to injunct the continuation or commencement of foreign proceedings brought in breach of an arbitration agreement, even in the absence of an actual, proposed or intended arbitration.[75] These injunctions are not directed at foreign courts but rather at parties over whom the English court has jurisdiction to ensure compliance with their contractual obligations.

An ASI is a discretionary remedy, that may be granted on an interim or final basis, and the English court will issue one if the claimant demonstrates with a high degree of probability the existence of an arbitration clause binding the defendant and covering the dispute, provided there are no exceptional circumstances against granting such relief.[76] If the respondent is not domiciled in England, it is necessary to establish the jurisdiction of the English court over that party.

This power is available even where the seat is not England. In the case of *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* (**The Spilada**),[77] the Court explained that the task of deciding whether England is the proper forum means to "*identify the forum in which the case can be suitably tried for the interests of all the parties and for the ends of justice*". This power was further discussed by the Supreme Court in the *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC* case[78] where the Supreme Court confirmed that English courts can grant ASIs in support of foreign arbitrations.

The purpose of an AASI is to prevent measures taken by an applicant to protect and enforce its contractual rights (such as through an ASI) from be-

[74] UK Senior Courts Act 1981.

[75] *Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant JSC (Appellant) v AES Ust-Kamenogorsk Hydropower Plant LLP* (*Respondent*) [2013] UKSC 35).

[76] *The Angelic Grace (Aggeliki Charis Compania Maritima SA v Pagnan SpA* [1995] 1 Ll Rep 87.

[77] *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd* [1987] AC 460 (The Spilada).

[78] *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC* [2024] UKSC 30.

ing rendered "*nugatory and futile*" by pre-emptive or retaliatory actions by the respondent.

The principles governing the grant of an AASI are closely aligned with those applicable to ASIs. English courts have been prepared to issue AASIs when foreign ASIs are obtained vexatiously or oppressively, such as in breach of exclusive jurisdiction or arbitration clauses, including orders that the respondent take steps to discontinue the foreign proceedings.[79]

Finally, English courts can also restrain enforcement by issuing AEIs after becoming aware of the foreign proceedings (or the issuance of a foreign judgment where it is not possible in practice to bring an application for an anti-suit or anti-enforcement injunction before the judgment is given), notably if an ASI may have no effect on the relevant court or tribunal outside the UK jurisdiction.[80]

The following section discusses some of the most recent and notable cases where English courts have issued ASIs, AASIs, and/or AEIs to restrain proceedings brought in Russian courts in alleged breach of arbitration agreements.

b. English Courts Grant ASIs, AASIs, and AEIs to Restrain Russian Proceedings Brought by Russian Sanctioned Parties

i. Barclays Bank v VEB: sanctions don't frustrate arbitration agreements

As explained earlier, in 2022, VEB was designated as a sanctioned entity under UK, EU, and US law. This led Barclays to terminate transactions entered into pursuant to the ISDA Agreement with VEB.

The ISDA Agreement was stated to be governed by English law and provided for LCIA arbitration as the default dispute resolution mechanism. It also contained an asymmetric power which enabled Barclays to refer any claim commenced by VEB to the English courts rather than to arbitration.

As explained earlier, VEB commenced proceedings against Barclays in Russia. Although Barclays challenged the jurisdiction of the Russian court based on the agreed dispute resolution provision, the Russian court gave directions by scheduling a hearing for the resolution of both the jurisdictional and merits issues. Barclays therefore applied to the English court for an ASI to prevent VEB from taking any steps to further its claim before the Russian court.

---

[79] *Ecom Agroindustrial Corp Ltd v Mosharaf Composite Textile Mill Ltd* [2013] EWHC 1276 (Comm).

[80] *Ecobank Transnational Inc v Tanoh* [2015] EWHC 1874 (Comm).

The English Court determined, on an interim application,[81] that the arbitration agreement was governed by English law, aligning with the principle that the law of an arbitration agreement generally mirrors the governing law of the substantive contract. The Court dismissed VEB's argument that the asymmetric dispute resolution provision invalidated the arbitration agreement, affirming its enforceability under English law and it also rejected VEB's contention that sanctions precluded access to justice, finding no substantive barriers to VEB securing legal representation, paying arbitration fees, or participating in hearings, even remotely. Consequently, the Court granted an ASI on an interim basis.

Barclays also applied for an AEI to prevent VEB from enforcing any substantive order made by the Russian courts in relation to VEB's claims. The Court held that there could be no sensible objection to an AEI in light of the terms of the agreement and the terms of the ASI that it proposed to grant.

On the return date,[82] VEB argued that the arbitration agreement had become inoperative or frustrated due to sanctions, claiming these created insurmountable obstacles to accessing justice and radically altered the agreement's performance. VEB cited difficulties in securing legal representation, paying legal and LCIA fees, and enabling witnesses to attend hearings. The Court rejected these arguments and upheld the interim order, making it permanent.

The Court found that while sanctions limited VEB's pool of legal representatives, it successfully engaged qualified counsel, and international payments, including LCIA fees, remained possible. Remote hearings were deemed effective and fair, particularly as the disputes were primarily legal. The Court concluded that VEB's challenges did not amount to frustration or a denial of justice. It also emphasised that sanctions risks were foreseeable and accounted for in prior amendments to the agreement. The ASI was therefore confirmed.

Further, and after VEB suspended proceedings in Russia to initiate LCIA arbitration proceedings, Barclays exercised the option to litigate, serving notice which required VEB to withdraw the arbitration proceedings and pursue any claims through the English courts. VEB disputed the validity of the notice. However, the Commercial Court held that the LCIA arbitral tribunal lacked jurisdiction over the dispute.[83]

[81] *Barclays Bank PLC v VEB.RF* [2024] EWHC 225 (Comm).

[82] *Barclays Bank PLC v VEB.RF* [2024] EWHC 1074 (Comm).

[83] *Barclays Bank Plc v VEB.RF* [2024] EWHC 3088 (Comm).

ii. Renaissance Securities v Chlodwig & Others: English courts can grant ASIs and AASIs but arbitration agreements do not extend to claims against third parties

In *Renaissance Securities (Cyprus) Ltd v Chlodwig Enterprises Ltd & Others*, the High Court also granted an ASI restraining Russian court proceedings brought by Russian sanctioned parties.[84]

In that case, Renaissance Securities (Cyprus) Limited (**RenSec**) entered into Investment Services Agreements governed by English law and providing for LCIA arbitration with defendants linked to sanctioned Russian individuals and entities. The defendants requested the transfer of blocked assets held by RenSec to Russian bank accounts, but RenSec refused, citing compliance with US, EU, and UK sanctions. Subsequently, the defendants commenced proceedings in the Russian courts seeking damages equivalent to the blocked assets.

RenSec applied for an ASI and an AASI in the English courts to prevent the defendants from pursuing claims in Russia.

The Court determined that RenSec had shown, with a high degree of probability, that the dispute in the Russian proceedings fell within the scope of the arbitration agreements in the Investment Services Agreements, which were governed by English law. The arbitration clause's London seat affirmed the English courts' exclusive supervisory jurisdiction, and RenSec was not required to initiate arbitration to seek the ASI. The Court found that the Russian proceedings were brought in deliberate breach of the arbitration agreements, allowing the defendants potentially to bypass the sanctions regime. Granting the ASI was therefore deemed just and convenient, as damages were an inadequate remedy, and the sanctions regime would unfairly burden RenSec. The Court also granted an AASI, concluding that there was a significant risk that the defendants would seek ASIs in the Russian courts to undermine the English court's jurisdiction.

That being said, in November 2024, the English Commercial Court rejected an application to extend an ASI to cover claims against third parties.[85] In other words, and to put things back into their context, after the English courts issued an ASI, one of the Defendants sought to join the RREs (Russian-incorporated companies that were part of Renaissance's corporate group but not party to the investment service agreements) as co-defendants to

[84] *Renaissance Securities (Cyprus) Ltd v Chlodwig Enterprises Ltd & Others* [2023] EWHC 2816 (Comm).

[85] *Renaissance Securities (Cyprus) Ltd v Chlodwig Enterprises Ltd & Others* [2024] EWHC 2843 (Comm).

its Russian court claims; and another Defendant instituted new proceedings against the RREs. In response, Renaissance applied to the English courts, obtaining an ASI which required the Defendants to discontinue the new court claims and the joinder of claims.

The Court held that the arbitration agreements were not intended to, and did not apply to, claims against third parties. In doing so, the Court considered that, while the wording of the clause ("*...any dispute...in relation to...*") could be read, in isolation, to apply to claims against third parties, the following factors indicated that it did not:

– the clause required negotiation "between the parties" pre-arbitration and did not expressly address that a party negotiating on behalf of a third party would need authorisation;

– the clause expressly referred to an arbitral award being binding between the parties, without addressing the finality and enforcement of the award on a third party;

– third party rights under Contracts (Rights of Third Parties) Act were excluded in the main contract, indicating that third-party involvement had been addressed where relevant;

– part of the clause specified the immunities available to the Defendants only, and not to any affiliates; and

– part of the clause used the word "your" which referred exclusively to the Defendants.

iii. The RusChemAlliance saga: ASIs in support of foreign-seated arbitration are allowed under certain circumstances

As discussed earlier in this article, there has been a trilogy of applications for ASIs in the English courts brought by three banks (Deutsche Bank, Commerzbank and UniCredit) against RusChem.[86]

All of the ASI applications related to substantive proceedings brought by RusChem in Russia, ignoring the contractually agreed forum, i.e. ICC arbitration agreements with their seat in Paris. In each case, the English courts considered whether England was the proper forum to grant anti-suit relief given that it was not the seat of the arbitration, but that the bonds and guarantees were governed by English law.

In the *Deutsche Bank* case, Mr Justice Bright first declined to grant an ASI in an *ex parte* decision, on the basis that French law had a philosophical

[86] A fourth ASI against RusChem was also sought in Hong Kong by the German contractor, Linde, and granted by a local court.

objection to ASIs.[87] The judge held that for the English court to grant an ASI would be inconsistent with the approach of the courts of the seat of arbitration and could give rise to a perceived conflict or clash. In this case, English law was found to be the law of the arbitration agreement.

However, the Court of Appeal overturned the decision. Referring to *The Spilada* case, the Court summarised the task as to "*identify the forum in which the case can be suitably tried for the interests of all the parties and for the ends of justice*".[88] Here, "*the ends of justice*" involved upholding and enforcing the parties' arbitration agreement. The relief sought could only be obtained in England and not in France. Accordingly, for the Court of Appeal, the forum in which the claim for an interim ASI could be suitably tried in the interests of all the parties and for the ends of justice was the English court. The English court saw no good reason not to grant to the ASI. It also granted an AEI. The reason for granting the AEI was that even if RusChem filed a motion in the Russian proceedings to discontinue them, the Russian courts may not approve that application and judgment could still be entered. The AEI would then prevent the enforcement of the Russian judgment in England.

In the *Commerzbank* case,[89] Mr Justice Bryan determined that there was a high likelihood of a breach of the arbitration agreement and that Commerzbank had acted promptly in seeking an ASI. He determined that the arbitration agreement was governed by English law. Mr Justice Bryan found no exceptional circumstances to prevent an ASI, despite the arbitration being seated in Paris. He ruled that England was the proper venue due to the arbitration agreement and bonds being governed by English law, which offers the juridical advantage of an ASI. He also distinguished his decision from the *Deutsche Bank* case, noting that expert evidence showed French law had no philosophical objection to ASIs, and a French court would likely recognise such an injunction. Consequently, he granted the ASI.

The *UniCredit* case led to a judicial battle which found its way up to the UK Supreme Court. In the first instance, the Court held that it did not have jurisdiction to grant an ASI to restrain proceedings in Russia, after finding that (i) following the Supreme Court's decision in *Enka v Chubb*,[90] the arbitration agreements were governed by the French substantive rules applicable to

[87] *SQD v QYP* [2023] EWHC 2145 (Comm).

[88] *Deutsche Bank AG v RusChemAlliance LLC* [2023] EWCA Civ 1144.

[89] *Commerzbank AG v RusChemAlliance LLC* [2023] EWHC 2510 (Comm).

[90] *Enka Insaat Ve Sanayi AS v OOO "Insurance Company Chubb" & Ors* [2020] UKSC 38 (Enka).

international arbitration as developed by the French courts; and (ii) England was not the appropriate forum, and UniCredit could obtain substantial justice through damages obtained in an arbitration in France.[91]

Reversing the Court's decision in the first instance, the Court of Appeal granted a final ASI in favour of UniCredit, requiring RusChem to terminate the Russian proceedings.[92] Specifically, the Court held that the "*general rule*" from the Supreme Court's decision in *Enka v Chubb* is that where there is an express choice of governing law of the "*main*" contract (here English law), the parties will usually be taken to have chosen that same law to govern the arbitration agreement, despite the choice of a foreign seat. However, there were exceptions, including when the law of the chosen seat provides that the arbitration agreement itself will be governed by the law of the seat. However, the Court of Appeal found that there was no such clear provision of French law to this effect: the principle of French law relied upon by RusChem was merely that "*the law governing the arbitration agreement depends on the parties' common intention*". This fell short of what the Supreme Court contemplated would be sufficient for the exception to apply.

The Court of Appeal further held that the English court was the proper forum to bring the claim. Obtaining an ASI from an emergency arbitrator or arbitral tribunal was possible but could take time and was unlikely to be enforceable in Russia. RusChem would likely seek an anti-arbitration injunction from the Russian courts and UniCredit, which has assets in Russia, would have to comply with that injunction. Further, it was highly likely that, in the absence of an ASI, the Russian courts would proceed to give judgment in favour of RusChem. The Court found the suggestion that substantial justice could be obtained by UniCredit in France, whether in court or in arbitration, was an "*illusion*". The Court further found that it was "*abusive*" for RusChem to argue before the English Court that justice could be obtained in an arbitration in France while arguing before the Russian courts that the arbitration agreement was unenforceable.

This decision was upheld by the Supreme Court.[93] Notably, the Supreme Court held that the French courts would not have jurisdiction to determine a claim of breach of the arbitration agreement and even if they did, they would have no power to grant ASIs. Even were the choice of a French seat a reason for the English court not to intervene, it was clear to the Supreme Court that the French courts were not an available forum to bring the claim.

[91] *G v R* [2023] EWHC 2365 (Comm).

[92] *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC* [2024] EWCA Civ 64.

[93] *UniCredit Bank GmbH v RusChemAlliance LLC* [2024] UKSC 30.

The Supreme Court also dismissed RusChem's alternative argument that Paris-seated arbitration could deliver substantial justice, noting that an arbitrator's award or order lacks the coercive power of a court-ordered ASI and cannot impose contempt sanctions. In addition, for the Supreme Court, the French courts would not have the power to enforce any such order made by an arbitral tribunal and the order would not be enforceable in Russia.

iv. The Google saga: when undecillion of rubbles in penalties lead to AEIs

In *Google LLC & Google Ireland Limited v. NAO Tsargrad Media & others*,[94] Mr Justice Henshaw upheld Google's claims for final AEI and ancillary AASI injunctive relief against three Russian defendants.

The case stemmed from civil judgments by the Arbitrazh Court of Moscow, ordering the reinstatement of services such as Gmail and YouTube and imposing enormous penalties for non-compliance. Google disputes the legitimacy of these judgments.

The dispute arose after enforcement actions began outside Russia, as discussed earlier in the article, prompting Google to seek injunctive relief in London and California. Interim relief was granted in August 2024. The primary claim was based on preventing enforcement of judgments obtained in violation of exclusive forum or arbitration agreements governed by English law.

In his judgment, Mr Justice Henshaw held that the English courts had exclusive jurisdiction under the YouTube Terms of Service, rejecting the defendants' arguments that Google had waived jurisdictional rights. Justice Henshaw also rejected claims of delay and comity, noting Google acted promptly. He expressed willingness to grant further protective AASI relief to safeguard the court's process and coercive powers.

v. Can the decision on the allocation of costs of an anti-suit application in England be reserved for the arbitral tribunal?

In *Airbus Canada Limited Partnership v Joint Stock Company Ilyushin Finance* Co[95] ("**Airbus**" and "**Ilyushin Finance**"), the High Court reserved a decision on the costs of an anti-suit application for the arbitral tribunal.

The defendant Russian entity, Ilyushin Finance, sought to recover a partial payment made to Airbus. Airbus declined the payment, asserting that Ilyushin

---

[94] *Google LLC & Google Ireland Limited v. NAO Tsargrad Media & others* [2025] EWHC 94 (Comm).

[95] *Airbus Canada Limited Partnership v Joint Stock Company Ilyushin Finance Co* [2024] EWHC 789 (Comm).

Finance was now a designated entity under Canadian sanctions regulations. Allegedly in violation of the express contractual provision mandating resolution of the dispute through LCIA arbitration, Ilyushin Finance commenced proceedings before the Russian Arbitrazh Court under Article 248 APC. Airbus sought several ASIs, including a mandatory injunction requiring the defendant to halt the Arbitrazh Court proceedings and any anti-anti-suit relief obtained in Russia.

After successfully obtaining a final ASI, Airbus sought an order from the English courts to reserve the costs associated with these various interlocutory applications, pending the resolution of any future LCIA arbitration between the parties. Airbus argued that the costs sought as part of damages awarded by the arbitral tribunal might be more substantial than what could be obtained from the English courts, even on an indemnity basis. Furthermore, Airbus contended that if the costs were awarded by the arbitral tribunal as part of damages for breaching the arbitration agreement, the entire amount could be enforced internationally under the New York Convention, which would be easier than enforcing an English costs order.

The High Court granted the order, although Judge Pelling KC was sceptical as to the first point, "*since to permit any greater recovery would by definition be to permit the recovery of costs in excess of those that were reasonably incurred*".[96] Nevertheless, he accepted that if costs were to be awarded as part of damages for breach of the arbitration agreement, the resulting award would be more easily and effectively enforced around the world than an English court judgment. For this reason alone, the order was granted.

This case is significant because the judge was open to deferring the determination of costs to the arbitral tribunal as damages, thereby aiding in the enforcement of a costs decision. It highlights the possibility of pursuing the costs of an ASI application in arbitration as part of the damages for breaching an arbitration agreement, rather than seeking them from the court.

IV. Act III: The Irreconcilable Divide between UK and Russian Courts

The amendments made to the APC in 2020 aimed at shielding Russian companies from the impact of international sanctions have reshaped the legal landscape for Russian companies and constitute a major jurisdictional shift. Further, the combination of these amendments and their broad interpretation

[96] *Airbus Canada Limited Partnership v Joint Stock Company Ilyushin Finance Co* [2024] EWHC 789 (Comm).

by the Russian Supreme Court has led to a number of Russian companies subject to sanctions submitting their disputes to be resolved in Russian courts and not before the contractually agreed forum.

More specifically, for the Russian Supreme Court and several other Russian lower courts, the mere fact that sanctions have been imposed is deemed sufficient to create a perception that the sanctioned entity would not have access to justice abroad. For example, that it would not be treated equally, fairly, or impartially in arbitration proceedings seated in a country which had imposed sanctions, or that it would face major difficulties in hiring foreign counsel or experts, or in making payments to such foreign counsel or experts or even to arbitration centres because of sanctions or international financial institutions' refusal to process transactions involving Russian parties.

The rationale underpinning the position of Russian courts is that international arbitration (and foreign litigation) are premised on the notion that all parties should have equal ability to present their case, engage legal representation, and fulfil procedural requirements, including making payments to their lawyers, experts, barristers (as the case may be), and arbitral institutions.

However, the imposition of sanctions has disrupted this balance, placing Russian parties at a distinct disadvantage. By restricting drastically financial transactions, imposing travel bans, imposing visa restrictions, imposing that foreign counsel obtain licenses to act or be paid to represent Russian parties as the case may be, imposing banking and currency restrictions (in other words, even if a Russian party wishes to retain a foreign law firm, it may find itself unable to transfer funds for legal services), sanctions and other restrictions imposed by financial institutions or even arbitration centres (such as the requirement that only the parties to the arbitration can pay the advance on costs and not their counsel on record), create practical and legal barriers that severely hinder Russian sanctioned parties' ability to participate meaningfully in dispute resolution mechanisms agreed upon in commercial contracts.

Strikingly, the position adopted by UK courts is the exact opposite. UK courts have been resolute in enforcing arbitration agreements, despite claims by Russian sanctioned entities that they face insurmountable barriers to accessing justice.

The English courts have repeatedly granted ASIs, AASIs, and AEIs to restrain proceedings brought in Russia despite the existence of an arbitration agreement. These cases illustrate the stark divergence between UK and Russian judicial approaches, particularly concerning the impact of sanctions on arbitration. From a legal perspective, the ASIs that have been granted will require Russian sanctioned parties to apply to discontinue the

Russian proceedings or else face contempt of court in England, with all the financial and procedural sanctions that follow from a party being in contempt of courts.

It is also clear from these cases that, while the English courts are, in theory, ready and willing to grant ASIs for breach of arbitration agreements, they need to be satisfied that England is the proper forum for seeking such relief. This means looking in the round at the interests of the parties and the ends of justice, and, importantly, the parties' choice of seat.

The RusChem saga confirms that parties can obtain ASI relief from the English courts even without an English seat, particularly if they can demonstrate a connection to England and Wales, such as English governing law. These decisions may lead to more applications for ASIs from the English courts where Russian proceedings have been commenced, particularly where there is an English governing law. It is however presently unclear whether the Court would grant an ASI if ASIs are available at the seat of the arbitration. However, English Courts have indicated that they are prepared to take on a role in upholding arbitration agreements, even when they are not the curial court.

Interestingly, UK courts take just as blunt an approach as Russian courts when addressing the barriers to accessing justice for Russian-sanctioned parties, yet they reach entirely different outcomes. The decision in the *VEB* case is a striking example of that approach, where the Court eventually concluded that whilst the pool of lawyers potentially available to represent VEB in both Moscow and England had indeed shrunk significantly following the imposition of sanctions, VEB was still able to find both specialist solicitors and leading counsel to represent it at the hearing. As for paying legal and LCIA fees, the evidence was that it was still possible for international payments to be made by VEB, and the LCIA had confirmed that it has a general licence to accept payments in respect of arbitrations. In summary, although performance may have been more onerous, there was no practical impediment of such a nature or degree as to amount to a denial of access to justice or frustration.

Conversely, and this is one of the very few instances where a UK court has adopted a more lenient approach, Mr Justice Bright, in the *Magomedov & others v PJSC Transneft & others* case,[97] acknowledged the "*very real difficulties*" that sanctioned parties encounter when attempting to litigate within

[97] *Magomedov & others v PJSC Transneft & others* [2024] EWHC 1176 (Comm). This case involved the rendering of an AASI in the UK following the issuance of an ASI in Russia and concerned a state court case in the UK and not arbitration proceedings.

the jurisdiction of England and Wales. Mr Justice Bright also recognised the uncertainty surrounding whether a sanctioned party would be able to "*pay for and retain the services of its chosen legal representatives*", highlighting a tangible restriction on access to legal recourse. Moreover, the judge addressed concerns about the implications of Article 248.2 APC on the principles of international comity and opined that, in certain circumstances, this article could be applied in a manner that aligns with international customary law and does not necessarily result in manifest injustice. Despite these considerations, Mr Justice Bright nonetheless proceeded to grant an AASI after Russian courts had issued an ASI.

Determining whether a UK court would refuse to grant an ASI, AASI, or AEI in circumstances where a Russian-sanctioned party can convincingly show that it has no meaningful access to arbitration, such as being effectively severed from the global financial system and unable to process payments beyond Russia's borders, is a question fraught with complexity and nuance. The potential imposition of further sanctions by the US, UK or EU could actually influence the analysis.

In the meantime, as discussed immediately below, the risk of complex parallel, multi-jurisdictional proceedings, raises clear enforceability issues both in and outside Russia.

V. Enforcement Challenges and Jurisdictional Tensions

English courts will not enforce or recognise a judgment given by a foreign court, such as a Russian court, if the proceedings in question were brought in alleged breach of a valid arbitration agreement.[98] In that context, AEIs granted by English courts are specifically intended to *ensure* that Russian sanctioned parties cannot recognise and enforce in England any judgment of the Russian court made in alleged disregard of an arbitration agreement.

Naturally, if Russian sanctioned entities were to take a Russian judgment to the courts of a different jurisdiction, it would be a question for those courts as to whether to recognise and enforce that judgment. That being said, any ASIs and/or AEIs granted by the English courts might be potentially used as evidence of the English court's view that the Russian proceedings were brought in breach of an arbitration agreement to oppose enforcement in such other enforcement jurisdiction. As mentioned earlier, in 2024, a court in South Africa froze Google's assets, but the enforcement proceeding of the

[98] S32 Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982.

Russian court decisions rendered in disregard of arbitration agreements are still pending at the time of writing this article.

Turning to the question of enforcement in Russia, Article 248.1 specifies that the exclusive jurisdiction of Russian courts does not preclude the recognition and enforcement in Russia of a foreign court decision or an arbitral award if certain conditions are complied with. These conditions include cases where a Russian sanctioned party initiated the claim or did not object to having the dispute resolved by a foreign court or arbitration seated outside Russia. This also applies if the sanctioned party did not request Russian courts to issue an ASI.[99]

It is worth noting, however, that on 26 July 2024, the Supreme Court of Russia ruled that, given the imposition of sanctions against Russia on political grounds, there are doubts about whether a dispute can be fairly and impartially resolved in a foreign jurisdiction.[100]

Therefore, as concluded by the Supreme Court, a presumption of bias and lack of impartiality exists for arbitrators who are nationals of "*unfriendly*" countries. The Supreme Court emphasised that, since objectivity and impartiality are fundamental principles of Russian public policy, the enforcement in Russia of a foreign arbitration award must be denied.

In the *Uraltransmash v PESA* case discussed above, despite a Russian ASI, the SCC tribunal issued an award in favour of PESA, which the Russian courts later refused to recognise and enforce, citing public policy concerns.[101] Specifically, the Arbitrazh Court of the Sverdlovsk Region held that the arbitration violated the exclusive jurisdiction of Russian courts under Article 248.1. Also, two out of three arbitrators were nationals of foreign unfriendly states,[102] raising reasonable doubts about their impartiality.

---

[99] APC, para. 5 of Article 248.1.

[100] Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation № 304-ЭС24-2799 dated 26.07.2024 in case A45-19015/2023 [Определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации № 304-ЭС24-2799 от 26.07.2024 по делу № А45-19015/2023]. See the analysis of the decision in more detail – R. Kats and A. Ryabova, Russian Supreme Court's Stance Shakes Up Enforcement of Foreign Arbitral Awards, Kluwer Arbitration Blog, 25 August 2024, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2024/08/25/russian-supreme-courts-stance-shakes-up-enforcement-of-foreign-arbitral-awards/.

[101] Ruling of the Arbitrazh (Commercial) Court of the Sverdlovsk region dated 16.08.2024 in case A60-24839/2024 [Определение Арбитражного суда Свердловской области от 16.08.2024 по делу № А60-24839/2024].

[102] The tribunal consisted of Andreas Eriksson (Sweden), Beata Gessel-Kalinowska vel Kalisz (Poland) and Alexander Komarov (Russia).

In addition, the Supreme Court emphasised that Russian courts must consider the potential consequences of enforcing a foreign arbitral award in Russia, the public importance and status of the Russian company involved, and the risk of financial instability.[103] The Court identified Uraltransmash as a *strategic* enterprise in Russia and concluded that enforcing an SCC award in Russia "*in the conditions of legal aggression by a number unfriendly countries could cause major damage to the Russian industry, which is not acceptable and goes against Russian interests, both from the point of view of private and public interest"*.[104]

There also appears to be a growing trend of including compliance with Russian countersanctions, introduced in response to Western sanctions, as an element of public policy.[105] Nonetheless, some arbitral awards from foreign-seated tribunals are still recognised and enforced in Russia. For instance, a Russian court enforced an SIAC arbitration award in a dispute between *Power Machines (Russia) and PetroVietnam (Vietnam)*,[106] despite Singapore being considered as an "*unfriendly jurisdiction*"[107] in Russia. However, it shall be noted that the award in that dispute was rendered in favour of a Russian company. Another recent example of enforcement includes an ICSID award

[103] Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Supreme Court of the Russian Federation № 304-ЭС24-2799 dated 26.07.2024 in case А45-19015/2023 [Определение судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда Российской Федерации № 304-ЭС24-2799 от 26.07.2024 по делу № А45-19015/2023].

[104] Ruling of the Arbitrazh (Commercial) Court of the Sverdlovsk region dated 16.08.2024 in case А60-24839/2024 [Определение Арбитражного суда Свердловской области от 16.08.2024 по делу № А60-24839/2024].

[105] *Louis Dreyfus Company Suisse SA v. OOO «Infotek Novy»,* Ruling of the Arbitrazh (Commercial) Court of the Krasnodar Region dated 18.07.2023 in case А32-47144/2022 [Определение Арбитражного суда Краснодарского края от 18.07.2023 по делу № А32-47144/2022]; Отказы в признании решений иностранных судов из-за нарушения публичного порядка РФ: новые тренды, Pravo.ru, 26 March 2024, https://pravo.ru/opinion/252189/.

[106] Russian court recognises and enforces SIAC award in favour of Russian company despite suspension of award at the seat, KK&P, 17 October 2024, https://kkplaw.ru/en/russian-court-recognises-and-enforces-siac-award-in-favour-of-russian-company-despite-suspension-of-award-at-the-seat/; Russian court enforces Vietnam power plant award, Global Arbitration Review, 23 September 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/russian-court-enforces-vietnam-power-plant-award; *OOO Power Machines (Russia) v Vietnam Oil and Gas,* Ruling of Arbitrazh (Commercial) Court of Moscow dated 02.10.2024 in case А40-20468/2024 [Определение Арбитражного суда г. Москвы от 02.10.2024 по делу № А40-20468/2024].

[107] Decree of the Russian Government dated 05.03.2022 N 430-r.

in a case of Russian investor Grand Express against Belarus, where the award was rendered in favour of Belarus.[108]

There are also established instances of Russian courts recognising and enforcing arbitral awards in favour of parties from so-called "*unfriendly*" jurisdictions. For example, in the recent case of *Rietumu Banka v. Agency Gorelovo Industrial Zone*, a Russian court upheld an arbitral award in favour of the Latvian party. The Court found that "[t]*he unfriendly actions of the Republic of Latvia towards the Russian Federation, causing harm to its sovereignty and security, do not in themselves indicate that the enforcement of the arbitral award contradicts the public policy of the Russian Federation*".[109] Additionally, the Court emphasised that counter-sanctions measures would not exempt debtors from fulfilling their contractual obligations to creditors from "*unfriendly*" jurisdictions.

In practical terms, the enforcement of Russian ASIs or decisions under Article 248.1 might however be limited in effectiveness. Transferring the resolution of a dispute to the Russian jurisdictions or issuing ASIs are likely only impactful if the foreign counterparty has assets in Russia.

However, since 2022, many foreign companies have left Russia and no longer maintain assets there.[110] While some foreign companies still operate in Russia, others seeking to leave now face strict government requirements, including approval from the government commission on foreign investment control.

In cases where a foreign counterparty has no assets in Russia, these legal instruments largely amount to empty threats and the issue, as discussed above, will be how foreign jurisdiction will approach the enforcement of arbitral awards rendered in disregard of Russian ASIs or, as the case may be, Russian court decisions rendered in disregard of arbitration agreements and/or damages orders to be paid if a party commences or continues proceedings outside Russia in breach of a Russian ASI issued under Article 248.2

[108] Белоруссия исполнит решение МЦУИС против российской компании, Pravo.ru, 20 November 2024, https://pravo.ru/news/256265/.

[109] Judgment of the Arbitrazh (Commercial) Court of St. Petersburg and the Leningrad Region dated 25.12.2024 in case A56-20340/2024 [Решение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 25.12.2024 по делу № А56-20340/2024]. This case was under appeal at the time of writing this article.

[110] According to data as of January 2025, over 1000 foreign companies left Russia. Over 1,000 Companies Have Curtailed Operations in Russia—But Some Remain, 28 January 2024, https://som.yale.edu/story/2022/over-1000-companies-have-curtailed-operations-russia-some-remain.

APC.[111] The possibility of enforcement of a Russian decision against assets in jurisdictions viewed by Russia as "friendly" or with which there are relevant international legal cooperation agreements in place cannot be ruled out, and there is currently no settled court practice as to how the Article 248.1 judgments would be approached.

Similarly, and for the same reasons, Russian companies with no assets abroad (or asset which have been seized) might find little incentive in complying with English ASIs, AASIs or AEIs.

VI. The Impact of the 14th EU Package of Sanctions

In response to the growing use of Article 248.1,[112] the EU has amended its sanctions legislation (14th package) to prohibit all direct and indirect transactions with Russian companies that violate arbitration or exclusive jurisdiction clauses by initiating claims in Russia under this provision (transaction ban).[113]

Furthermore, EU companies are now entitled to claim compensation in EU courts for losses incurred due to claims initiated by Russian parties in Russia that contravene arbitration agreements or jurisdictional clauses.

Article 11a of Council Regulation (EU) 2024/1745, dated 24 June 2024, grants EU parties the right to recover losses stemming from claims brought by Russian entities outside the EU, particularly in relation to contracts and transactions affected by EU sanctions.[114] This includes claims covered under the "no claims" provision. The provision establishes a new cause of action, enabling EU companies sued in Russia in breach of EU sanctions, where assets may have been seized, to seek compensation for their losses. Such claims

[111] See, e.g., Risks and Considerations for Doing Business in the Russian Federation and Russia-Occupied Territories of Ukraine, https://2021-2025.state.gov/russia-business-advisory/; for divestment of European companies from Russia, the EU, for instance, adopted special sanctions derogations, see European Commission FAQ https://finance.ec.europa.eu/document/download/a130f820-8a6a-47a0-9992-7c637fc94228_en?filename=faqs-sanctions-russia-divestment_en.pdf.

[112] The EU FAQs explicitly refer to "*amendment to the Russian Commercial Procedural Code*" in commentary to the new transaction ban. See European Commission FAQs. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_24_3425.

[113] See Council Regulation (EU) 2024/1745; European Commission FAQs. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_24_3425.

[114] Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, Article 11a.

must be filed before the competent courts of the relevant Member State, in accordance with "*the relevant provisions of Union and Member State law regarding jurisdiction and court procedures*" (Recital 25 of Council Regulation (EU) 2024/1745 of 24 June 2024).

It remains uncertain whether this provision will effectively deter Russian parties from pursuing disputes in their domestic courts.

VII. Concluding Remarks

In conclusion, the amendments to the APC made in 2020 represent a significant shift in the jurisdictional landscape for Russian companies, particularly in the light of international sanctions. These amendments, coupled with their broad interpretation by the Russian Supreme Court, have led to Russian entities under sanction increasingly turning to Russian courts for dispute resolution, rather than adhering to the arbitration fora stipulated in their contracts.

The rationale behind this shift is rooted in the perception that Russian sanctioned entities face insurmountable challenges when attempting to access justice in foreign jurisdictions, particularly in international arbitration. The difficulties of securing legal representation, making payments, and complying with procedural obligations have been exacerbated by sanctions that hinder financial transactions and access to foreign expertise.

This view, however, contrasts sharply with that of UK courts, which remain steadfast in enforcing arbitration agreements and granting ASIs, even in the face of these claimed barriers. While it is true that, in rare circumstances, some UK courts have not remained entirely indifferent to the difficulties faced by sanctioned Russian entities, and have shown some willingness to recognise the genuine challenges these parties face, such as difficulties in securing legal representation or processing payments abroad, yet the English courts' resolute stance on upholding arbitration agreements, despite the challenges posed by sanctions, highlights the contrasting approaches of the Russian and UK legal systems.

Moreover, another layer of complexity to this issue is added, on the one hand, by the enforcement in both Russia and foreign jurisdictions, of Russian court decisions and injunctions made in alleged disregard of arbitration agreements, and on the other hand, by the enforcement of English injunctions and international arbitral awards . The potential for parallel proceedings in multiple jurisdictions creates significant risks and legal uncertainties in terms of recognition and enforcement proceedings.

Nonetheless, this legal landscape raises the question of whether we have reached an era of legal deadlock, with Russian and UK courts operating in parallel legal universes, each adhering to its own understanding of access to justice. While Russian courts increasingly assert their jurisdiction and block foreign arbitrations, UK courts continue to demonstrate an unwavering commitment to enforcing arbitration agreements. Coupled with enforcement challenges both within Russia and internationally where foreign enforcement courts might, in turn, take different and potentially opposite approaches, the current situation might have led us to a legal impasse with no immediate resolution on the horizon.

Section 2

SANCTIONS AND ARBITRATION

Раздел 2

САНКЦИИ И АРБИТРАЖ

GUARDING THE NEW YORK CONVENTION IN THE DIGITAL ECONOMY: REALISM IN ACTION

Professor Marike Paulsson,
Secretary General, International Dispute Resolution Council,
Kingdom of Bahrain

Abstract:

The New York Convention is the cornerstone of international commercial arbitration and is often hailed as the most effective international legislation in commercial law. However, to maintain its relevance in the digital age, it must adapt to technological advances. The proposal submitted by the Kingdom of Bahrain to UNCITRAL Working Group II, critically examines the interpretation of the New York Convention in the evolving landscape of the digital economy. It explores how traditional frameworks for international commercial arbitration and dispute resolution can be adapted to address the challenges posed by modern technology. The paper argues for a technologically neutral approach that expands the definition of "arbitral awards" to include electronic formats, ensuring that digital instruments – such as electronic signatures and authenticated digital records – receive equal legal recognition alongside traditional paper-based awards. By drawing on the extensive drafting history of the New York Convention and incorporating interpretative principles from the Vienna Convention on the Law of Treaties, the proposal offers a nuanced analysis of existing legal standards. Building on the Bahrain Recommendations – subsequently synthesized with contributions from Mexico and Switzerland – the proposal seeks to balance legal certainty with modern commercial realities. It calls for harmonized enforcement mechanisms and soft law instruments, such as a Restatement of the New York Convention, to guide courts and arbitral institutions. By aligning the Convention with technological advancements, the proposal aims to enhance uniformity and predictability in international arbitration, strengthening confidence in cross-border commercial transactions in a rapidly digitalizing world.

Key words: *New York Convention, UNCITRAL, Electronic Arbitral Awards, Digital Economy, International Commercial Arbitration, Treaty Interpretation, Vienna Convention, Technological Neutrality, Soft Law, Dispute Resolution.*

Аннотация:

Нью-Йоркская конвенция является краеугольным камнем международного коммерческого арбитража и часто признается наиболее эффективным международным законодательным актом в сфере коммерческого права. Однако, чтобы сохранить свою актуальность в цифровую эпоху, она должна адаптироваться к технологическим достижениям. Предложение, представленное Королевством Бахрейн в Рабочую группу II ЮНСИТРАЛ, критически анализирует интерпретацию Нью-Йоркской конвенции в условиях стремительно меняющегося ландшафта цифровой экономики. В нем исследуется, как традиционные рамки международного коммерческого арбитража и разрешения споров могут быть адаптированы для решения вызовов, порождаемых современными технологиями. В документе обосновывается необходимость технологически нейтрального подхода, который расширяет определение «арбитражных решений», включая в него электронные форматы, что гарантирует равное юридическое признание цифровых инструментов – таких как электронные подписи и аутентифицированные цифровые записи – наряду с традиционными бумажными решениями. Опираясь на обширную историю разработки Нью-Йоркской конвенции и включая принципы интерпретации Венской конвенции о праве международных договоров, предложение детально анализирует существующие правовые стандарты. Развивая «Рекомендации Бахрейна», которые впоследствии были дополнены вкладами Мексики и Швейцарии, предложение стремится достичь баланса между правовой определенностью и современными коммерческими реалиями. Оно призывает к гармонизации механизмов принудительного исполнения и разработке мягко-правовых инструментов, таких как «Restatement of the New York Convention», которые могли бы служить руководством для судов и арбитражных учреждений. Синхронизируя Конвенцию с технологическими достижениями, предложение направлено на повышение единообразия и предсказуемости в международном арбитраже, укрепляя доверие к трансграничным коммерческим операциям в быстро цифровизирующемся мире.

Ключевые слова: *Нью-Йоркская конвенция, ЮНСИТРАЛ, электронные арбитражные решения, цифровая экономика, международный коммерческий арбитраж, толкование договоров, Венская конвенция, технологическая нейтральность, мягкое право, разрешение споров.*

I. Introduction

The New York Convention is recognized as the single most important instrument in the development of international commercial arbitration. The New York Convention "perhaps could lay claim to be the most effective instance of international legislation in the entire history of commercial law".[1] It is essential that it be interpreted to accommodate technological advances so as to secure the objectives of international commerce.

Yet, at its fifty-seventh session, the Commission mandated UNCITRAL's Working Group II to work on the recognition and enforcement of electronic arbitral awards and, subsequently, on electronic notices of arbitration. The Commission provided the Working Group with a broad mandate to identify issues and explore them without prejudice. At the Commission's request, the Secretariat organized a two-day colloquium during the eightieth session of the Working Group where this topic was considered. Driven by the enthusiasm of the Japanese delegation and with the insights of experts from around the world – expert on e-awards, e-agreements and international law – the idea arose yet again: is it time for a revamped New York Convention? The crux of the debate focused on the development of mechanisms to ensure recognition and enforcement of electronic arbitral awards under the New York Convention, and thus to foster confidence in the international arbitral process by adapting it to advances in modern technology.

II. Today's enforcement regime

It is crucial to ensure uniformity and predictability in the interpretation and application of the New York Convention while (A) integrating subsequent international instruments, notably the 1985 UNCITRAL Model Law

[1] Michael Mustill, Arbitration: History and Background, 6 J. Intl. Arb. 43 (1989), as cited in Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at xxi.

on International Commercial Arbitration, as subsequently revised in 2006, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts and (B) being attentive to domestic legislation and case law more favourable than the New York Convention in respect of form requirement. To this extent, the Bahrain proposal became the first attempt to repurpose the New York Convention for the future in the digital era without replacing the 1958 treaty or supplementing it with a protocol or amendment. These were the recommendations and drafted as follows:

A. Recommendations for interpreting the 1958 New York Convention with respect to the validity of arbitral agreements, proceedings, and awards

1. The term "arbitral awards" in Article I of the Convention includes arbitral awards rendered in electronic form or any other form aligned with modern commercial usages, provided that it permits ascertainment of the parties' intent and consistently therewith achieves finality and enforceability.

2. The requirements in Article IV(1)(a) of the New York Convention to provide a "duly certified copy" of the arbitral award is satisfied when it takes an electronic form which is retrievable and capable of being authenticated, such as an electronic signature, certification by a neutral authority, or other methods that also ensure its integrity.

3. The New York Convention should be interpreted in a technologically neutral manner, ensuring that arbitral awards rendered and submitted electronically are not treated less favourably than those rendered and submitted in traditional formats.

4. Contracting States are encouraged to take measures to ensure that their courts and authorities have the necessary technical infrastructure and expertise to evaluate electronic arbitral awards in accordance with these aims.

B. Analysis

i. Introduction

The expansion of international trade in the aftermath of World War II highlighted the need for effective dispute resolution mechanisms in cross-border commercial transactions. The New York Convention emerged as a response to the widespread reluctance to engage in business with coun-

tries lacking robust judicial systems for enforcing contractual obligations. Commercial arbitration, which had existed for generations, evolved into a more formal and sophisticated system following World War I, with many countries updating their arbitration legislation. Arbitration was perceived to offer benefits such as economy, speed and confidentiality, even if these advantages are debated in today's international commercial arbitration circles.

The same impulses that led to the Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 came to the fore, and efforts to create a unified framework for recognizing and enforcing foreign arbitral awards began in the 1950s. The International Chamber of Commerce (ICC) and the United Nations Economic and Social Council (ECOSOC) proposed draft conventions.[2] These initial proposals generated limited enthusiasm and did not progress significantly; yet they were first steps of the process toward the New York Convention.[3]In the summer of 1958, during the United Nations ECOSOC Conference on International Commercial Arbitration, held at the United Nations Headquarters and attended by representatives from 45 nations, the final text of what is now the New York Convention was adopted.[4] The text was based on Dutch delegate Pieter Sanders' proposal, which simplified the enforcement process by eliminating the need for double exequatur.[5]

The New York Convention's primary goal was to establish uniform international standards for recognizing and enforcing foreign arbitral awards,

[2] Enforcement of International Arbitral Awards. Report and Preliminary Draft Convention (ICC Publication No. 174 1953), reprinted in ICC Ct. Bull. 32, 32 (1998); Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires - Final Act and Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, at 32, U.N. DOC E/Conf.26/8/Rev.1 (1958) (in the Annex); Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires - Rep. on the Enforcement of International Awards (Resolution of the Economic and Social Council establishing the Committee, Composition and Organisation of the Committee, General Considerations, Draft Convention), Art. III(b), Annex at 1, U.N. Doc. E/2704 and U.N. Doc. E/AC.42/4/Rev.1 (Mar. 28, 1955) (The Annex contains the ECOSOC Draft).

[3] Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 4.

[4] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the twenty-fifth meeting on 10 June 1958, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.25 (Sep. 12, 1958)

[5] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Netherlands: amendments to Articles 3, 4, 5, Annex, U.N. Doc. E/Conf.26/L.17 (May 26, 1958).

significantly streamlining the process.[6] As of the date of submitting this proposal to the UNCITRAL Secretariat, 172 states have ratified the New York Convention, representing a remarkable achievement in international cooperation over the past 66 years. While concerns about the effectiveness of national courts persist in some regions, the New York Convention has significantly eased the process of enforcing arbitration awards internationally. Over 3,000 national court decisions are reported in the Yearbook of Commercial Arbitration.[7] Kofi Annan, Former Secretary-General of the United Nations, in 1998 stated:

> *This landmark instrument has many virtues. It has nourished respect for binding commitments, whether they have been entered into by private parties or governments. It has inspired confidence in the rule of law. And it has helped ensure fair treatment when disputes arise over contractual rights and obligations. As you know, international trade thrives on the rule of law: without it parties are often reluctant to enter into cross-border commercial transactions or make international investments.*[8]

ii. Current discussions at UNCITRAL Working Group II: Dispute Settlement

Working Group II (A/CN.9/1190) proposed to develop an instrument for the recognition and enforcement of electronic arbitral awards, addressing the growing use of electronic means in arbitration proceedings, and ensuring that the legal framework keeps pace with technological advancements. It seeks to complement the New York Convention by providing a clear legal basis for the recognition and enforcement of awards issued electronically, including the definition of electronic awards and the interpretation of existing conventions in light of technological developments. Bahrain cautioned against misinterpreting language that appears explanatory but is actually designed to introduce a new treaty. The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT), in Article 2, defines a "treaty" as:

---

[6] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Final Act and Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, U.N. Doc. E/Conf.26/8/Rev.1 (1958).

[7] ICCA Yearbook Commercial Arbitration, accessible at https://www.arbitration-icca.org/icca-yearbook-commercial-arbitration.

[8] Kofi Annan, Opening Address Commemorating the Successful Conclusion of the 1958 United Nations Conference on International Commercial Arbitration, in Enforcing Arbitration Awards under the New York Convention – Experience and Prospects, 1 (United Nations 1999), as cited in Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 1.

> *an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*.[9]

This definition emphasizes three key elements: (i) it is an agreement between states, (ii) governed by international law, and (iii) creates obligations for those states. Therefore, whether it is called an instrument, supplementary convention, agreement, treaty, protocol, or by any other nomenclature, so long as it fulfils the elements, it functions as another treaty on the enforcement of awards.[10] The name given to an international agreement is not decisive of whether it is a treaty, though it may provide some evidence.[11] A new treaty is limited by realism, fragmentation, differing interpretations, compatibility challenges, and the same constraints offered by the notions of sovereignty. Bahrain urged the delegates to revisit the origins of the New York Convention with the use of its drafting history records and interpret it in line with modern trade practices.

iii. Vienna Convention on the Law of Treaties

To determine whether an electronic award falls within the scope of the 1958 New York Convention, it should be examined accordingly through the lens of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969 (VCLT). Article 31 of the VCLT mandates a good faith interpretation, employing a teleological approach that aligns with customary practices, particularly those in international trade.[12] This interpretation should consider the ordinary meaning of terms within their context and in light of the treaty's object and purpose.

Richard Gardiner, an authority on the VCLT, explains that "ordinary" refers to what was regular, normal or customary at the time of the treaty's conclusion.[13] At the time of negotiating the New York Convention in the

[9] Article 2, Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT).

[10] D.P. Myers, in his work "The Names and Scope of Treaties" lists 40 different names for treaties. See D.P. Myers, The Names and Scope of Treaties, *American Journal of International Law*, Vol. 51(3), at 574-605.

[11] Richard K. Gardiner, Treaty interpretation (Oxford, 2008), at 21.

[12] Article 31, VCLT.

[13] Richard K. Gardiner, Treaty interpretation 127 (Oxford, 2008), as cited in Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 34.

1950s, telegrams, telexes and paper awards, reflected the then modern international trade practices when defining terms dealing with the notion of "awards". In today's digital economy, an ordinary reading might encompass modern practices of electronic signatures when defining an "award". In the future, practices could involve technologies one cannot yet foresee. In the summer of 1958, Argentina's delegate astutely observed:

> *The effectiveness of a law depended upon the extent to which it reflected reality.*[14]

There are sufficient bases in the New York Convention and its drafting history to argue that electronic awards should fall under the Convention, simply because it is customary in modern trade, and such a customary approach to interpreting a text is what the VCLT prescribes.[15] The flexibility inherent in the New York Convention's text, the drafters' intention, and means of interpretation, accommodate evolving trade practices and allow for adjudicators to adapt their application without necessitating a new treaty. It's worth noting that this debate is not new. Other visionaries were ahead in considering this issue; Gerold Herrmann observed:

> *While a-national (or "free-floating") awards are more common in the imaginative world of radical de-localizers than in the real world, we may wish to anticipate future space awards, rendered in cyberspace (virtual "CYBITRATION©" awards by seatless online arbitration centres) or in outer space ("ORBITRATION©" By the "Galactic Arbitration Centre").*[16]

The drafting history of the New York Convention reveals that the delegates were focused on accommodating modern trade practices while being realistic about implementation, as demonstrated by the Japanese delegate's statement:

---

[14] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the fifth meeting on 22 May 1958, at 5, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.5 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Ramos (Argentina)).

[15] For an index of the New York Convention's drafting history, see Annex II: Consolidated List of Drafting History', in Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action, (Kluwer Law International 2016), at 247 – 262.

[16] Gerold Herrmann, "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? The 1998 Freshfields Lecture, *Arbitration International*, Vol. 5 (1999), pp. 211–236, as cited in Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 112.

Japan whose economy and prosperity were affected in the manner in which international trade flowed, was always ready to assist in removing obstacles to such trade and thus to facilitate business intercourse.[17]

The same sentiment is reflected in the Bulgarian delegate's statement:

[T]he conclusion of a convention would indirectly promote trade, in particular between countries belonging to different economic and social systems, and that it would also contribute to the development of international law and co-operation between nations…The primary purpose of the Convention should be to institute rapid, simplified, clear and efficient procedures for the elimination of the consequences of differences and disagreements in business transactions.[18]

Although there were attempts to define key terms like "arbitral awards" and "arbitration proceedings",[19] the delegates decided not to include strict definitions in the text. This decision was influenced by concerns about national sovereignty and public policy, as well as the desire to allow flexibility for different legal systems.

The recognition and enforcement of foreign arbitral awards raised complex problems. That explained why some provisions of the draft Convention were drawn up in rather general terms, whereas others contained some restrictions. That should not, moreover, be regarded as a defect but rather as a virtue, since it showed that its authors had tried to adapt it to reality, The variety of legal systems made it necessary to establish common standards which would state universally recognized principles, while respecting the

[17] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the third meeting on 21 May 1958, at 2, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.3 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Urabe (Japan)).

[18] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the sixth meeting on 23 May 1958, at 2-3, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.6 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Todorov (Bulgaria)).

[19] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the sixth meeting on 23 May 1958, at 5, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.6 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Kaiser (Pakistan)); Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Comments by Governments on the draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, at 2-3, U.N. Doc. E/2822/Add.5 Annex (Apr. 13, 1956) (Hungary); Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Pakistan: amendments to Articles 1, 3, 4, 56, 12 and suggestion of an additional Article, U.N. Doc. E/Conf.26/L.16 (May 26, 1958).

sovereign rights of States and the principles on which their municipal law or public policy were based.[20]

The travaux préparatoires show that references to specific technologies like telegrams or telexes in the text were meant to reflect contemporary customs rather than provide rigid definitions.

[I]t was not customary in international commerce to have documents signed by the two parties, even in very important transactions. An agreement which required a clause in writing would not meet present-day needs and would not be acceptable in international commerce.[21]
It is stated in article III(a) of the draft that, to obtain the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, the parties must have agreed, in writing, either by a special agreement or by an arbitral clause in a contract, to settle their differences by means of arbitration. This provision would seem to restrict considerably the scope and importance of the Convention. It is not unusual practice in international trade to conclude an arbitration agreement by an exchange of letters or telegrams. It would therefore be better to stipulate simply that evidence in writing is required which proves the will of the two parties to settle their differences by means of arbitration.[22]
Obviously there could be no recognition of a purely verbal agreement, but neither could there be a requirement of writing in the strict sense, i.e. a requirement that both parties should sign the same document. Such a requirement would be at variance with the needs and usages of international trade.[23]

By leaving the precise definitions of "award" and "arbitration" to national laws, the drafters allowed for adaptation to evolving trade practices. It was a blessing in disguise, and this flexibility has contributed to the New York

[20] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the sixth meeting on 23 May 1958, at 5, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.6 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Farnes (Guatemala)).

[21] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the thirteenth meeting on 28 May 1958, at 11, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.13 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Hoogstraten (Hague Conference on Private International Law)).

[22] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Comments by France, Annex I, at 18, U.N. Doc. E/2822 (Jan. 31, 1956).

[23] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the ninth meeting on 26 May 1958, at 3, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.9 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Bulow (Federal Republic of Germany)).

Convention's enduring success and relevance. Based on the drafting history, the term "award" in the New York Convention should be interpreted broadly to include electronic formats and other modern methods of recording arbitral decisions that may emerge in international trade. Such interpretation aligns with the New York Convention's original intent to facilitate and modernize international commercial arbitration practices.

iv. Proposal for UNCITRAL Recommendations or other Soft Law Mechanisms

The discussion surrounding potential reform highlights a critical juncture in international treaty law. Delegates considering small modifications should heed Article 40 of the VCLT, as minor changes could exacerbate fragmentation, particularly in a treaty with 172 contracting states. The notion of amendments between only certain parties, as stated in Article 41, also poses similar risks.

Regardless of its designation – be it a protocol, convention, or treaty – a new instrument creates binding obligations for states under international law. This raises compatibility issues with existing frameworks like the New York Convention, which may not be resolved through Article VII of the New York Convention. For a protocol to gain acceptance from all 172 states, its text must be compelling, a text that could take years to draft and decades to implement. Moreover, as technology evolves rapidly, future awards may be unrecognizable when benchmarked to today's standards, all the more so considering the increasing disconnect between technological advancement and the pace of development of international law.

In 1958, the Japanese delegate commended the committee for achieving a balance between idealism and realism in their draft, though some nations felt it did not go far enough and preferred a more ambitious proposal akin to that of the International Chamber of Commerce (ICC). The delegates departed from ideal phrasings as they negotiated less coherent formulations. The New York Convention had to accommodate many national procedural frameworks: perfection had to be sacrificed.[24] The Japanese government expressed concern that the Chamber's pursuit of perfection overlooked the existing domestic laws of many countries. They argued that while the forthcoming convention should be progressive enough to meet international trade requirements, it must not be so radical as to deter potential signatories. This sentiment echoed a broader theme where distinguished delegates acknow-

[24] Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 6-7.

ledged an *"agreement to disagree,"* encapsulated in policies surrounding public policy, constitutionality, and sovereignty.[25]

> *The Japanese Government considered that the draft before the Conference was a progressive document and a substantial improvement over the Geneva Convention of 1927. The Ad Hoc Committee deserved high praise for having produced what was a sound compromise between idealism and realism. Some countries doubtless regarded the draft as not sufficiently far-reaching and would have preferred an instrument more along the lines proposed by the International Chamber of Commerce. His Government thought, however, that the Chamber, in its zeal for perfection, had failed to pay sufficient heed to the existing state of the domestic laws of many countries. While the Convention to be concluded should be sufficiently progressive to satisfy the requirements of international trade, it must not be so revolutionary as to discourage potential signatories.*[26]

Fali Nariman metaphorically described sovereigns as billiard balls, frequently colliding yet rarely moving in unison, concluding:

> *International law perhaps has not achieved much, but it is good that it is there.*[27]

This perspective was further illustrated by Stephen Schwebel, the former president of the International Court of Justice, who likened attempts to enhance the New York Convention through a treaty to an impossible dream reminiscent of Don Quixote's quests, suggesting that such aspirations were not merely Herculean tasks, but rather unattainable ideals.[28]

The fear that efforts may ultimately lead to confusion is palpable, especially at a time when revisiting the New York Convention through a protocol-

---

[25] Marike R. P. Paulsson, The 1958 New York Convention in Action (Kluwer Law International, 2016), at 3-9.

[26] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the third meeting on 21 May 1958, at 2, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.3 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Urabe (Japan)).

[27] Fali Nariman, Introduction to the New York Convention, The Convention and Sovereignty, Judicial Dialogue on the New York Convention, 23 November 2013.

[28] Judge Schwebel's comments are recalled in Marike Paulsson, Commercial Diplomacy as a Way Forward to Resolving Disputes When They Arise in International Trade, Kluwer Arbitration Blog, 22 August 2018.

based methodology seems ill-advised. Historically, stakeholders in arbitration viewed themselves as merchants of peace, recognizing the benefits of peaceful commerce. Unlike theorists who draft idealistic texts, the sole task of UNCITRAL's Working Group II is to empower our judiciaries to regard the text as a living breathing document. Bahrain proposed, as a next step in relation to the compatibility of the New York Convention and electronic awards, a draft text to be issued as UNCITRAL recommendations. Given that judges may not have the capacity to sift through extensive case law and drafting history through the specialized lens of the VCLT, a New York Convention Restatement crafted by UNCITRAL or similar soft law tools could provide a valuable and practicable solution.

C. Conclusion

The Bahrain recommendations formed the basis for a subsequent synthesized set of recommendations jointly drafted by the delegations of Bahrain, Mexico and Switzerland:

Draft Recommendations on the Interpretation of New York Convention

Recalling that pursuant to article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, the New York Convention shall be interpreted in good faith, considering its purpose as well as customary practices in international trade;[29]

Recalling that the purpose of the New York Convention is the promotion of efficiency in international arbitration as a method of dispute resolution in international trade;[30]

Recognizing the possibilities that technological advances present for the efficient and expedient rendering of arbitral awards, the increasing use of electronic means in international commerce, and the growing practice of rendering arbitral awards [in electronic form] [electronically] [in forms other than in hard copy paper];

Recognizing the need for clarity and harmonization of court practices in relation to the enforcement of arbitral awards [in electronic form] [rendered

[29] Article 31, VCLT.

[30] Final Act and Text of the Convention 140_doc-22-e-conf-26-8-rev-1.pdf.

electronically] [in forms other than in hard copy paper] pursuant to the New York Convention;

Recognizing that the drafters of the Convention were focused on accommodating modern trade practices;[31]

Taking into account international legal instruments, such as the 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, as subsequently revised, particularly with respect to article 7, the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, the UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures and the United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts; *[verbatim from 2006 Recommendations]*

Considering that, in interpreting the Convention, regard is to be given to the need to promote recognition and enforcement of arbitral awards, *[verbatim from 2006 Recommendations]*

1. *Recommends* that the New York Convention be interpreted in a technologically neutral manner, ensuring that arbitral awards [in electronic form] [rendered electronically] are not treated less favourably than those [rendered] in hard copy paper form;

2. *Recommends* that the term "arbitral awards" as used in the New York Convention not be interpreted as excluding arbitral awards [in electronic form] [rendered electronically] or in any other form aligned with modern commercial usages;

3. *Recommends* that an arbitral award [in electronic form] [rendered electronically] constitutes an "original" in the sense of article IV(1)(a) of the New York Convention where there exists reliable assurance as to the integrity of the information contained in the award in electronic form from the time it was first generated in its final form, and that information is capable of being displayed to the person to whom it is intended to be made available.

The proposals were subject to fiery debate among delegates, some driven by political incentives, some by process, others by a desire to achieve consen-

[31] Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Awards, Travaux Preparatoires – Summary record of the third meeting on 21 May 1958, at 2, U.N. Doc. E/Conf.26/SR.3 (Sep. 12, 1958) (comments of Mr. Urabe (Japan)):

sus: the aim to create clarity about the scope of the New York Convention was almost defeated yet saved by the Piet Sanders' style of diplomacy: one of false hesitation, one step forward and two steps back. The tripartite drafting power of Bahrain, Mexico and Switzerland rejoined by proposing to synthesize and accommodate the most prevalent objections: by removing the reference to the VCLT and the EEC and offer explanatory notes with references to the Final Act that concluded the New York Convention in 1958.

The future of this revised proposal will be subject to further debates at the Working Group after which it will ultimately go to the Commission and one day the General Assembly. The guardians of the New York Convention will hope for the survival of this post-World War II treaty far beyond their time, as one does well to remember the words of Piet Sanders:

Vivat, Floreat et Crescat New York Convention 1958.

ОТВОДЫ АРБИТРОВ В СВЯЗИ С ИХ ПОЛИТИЧЕСКИМИ ВЗГЛЯДАМИ И ПОЛИТИЧЕСКОЙ ПРЕДВЗЯТОСТЬЮ В СОВРЕМЕННОЙ АРБИТРАЖНОЙ ПРАКТИКЕ

В.С. Вунукайнен,
Партнер практики по разрешению споров,
адвокатское бюро «Дякин, Горцунян и партнеры»
(Москва)

Д.В. Токарева,
Юрист практики по разрешению споров,
адвокатское бюро «Дякин, Горцунян и партнеры»
(Москва)

Аннотация:

Обострение геополитических конфликтов по всему миру в последние годы оказало огромное влияние на практику назначения и отвода арбитров в связи с высказанными ими политическими взглядами. В особенности это коснулось России. Многие авторитетные западные арбитры (или их юридические фирмы) высказывали недвусмысленную поддержку геополитическим оппонентам Российской Федерации, одобрили введение санкций и подписывали документы, поддерживающие подход по отказу юридических фирм от работы с российскими клиентами. Это происходило в социальных сетях, на различных интернет-ресурсах, а также публично на конференциях и мероприятиях.

Подобная беспрецедентная ситуация оказала и продолжает оказывать большое влияние на практику назначения и отвода арбитров в делах с участием российских лиц. Во-первых, при представлении российской стороны в споре юридическим советникам необходимо проводить гораздо более глубокие исследования о взглядах потенциальных или уже назначенных арбитров, выходящие за пределы обычной проверки конфликта интересов. Во-вторых, российские стороны за этот же период заявили большое количество отводов – как арбитрам, назначенным до 2022 года, так и уже после обострения конфликта. В-третьих, при номинации новых арбитров многие

арбитражные институты, где применяется процедура одобрения арбитров до их назначения (англ. — confirmation), стали неформально использовать более строгие стандарты и отказывать в назначении потенциально предвзятых кандидатов, даже если такая предвзятость по строгому стандарту для отвода пока не доказана. В-четвертых, арбитражные институты также стали адаптировать процедуру назначения арбитров и все чаще в спорах с участием российских сторон назначают председателей из нейтральных юрисдикций. В-пятых, аналогичная практика происходит при избрании назначающего органа, который рассматривает вопросы назначения и отвода арбитров в арбитражах ad hoc (англ. — appointing authority). Наконец, вопросы предвзятости трибунала остро встают в отношении отмены и исполнения уже вынесенных решений, когда об обстоятельствах, связанных с политическими настроениями арбитра, становится известно уже после завершения арбитражной процедуры.

В настоящей статье авторы (1) систематизируют существующую практику по отводу арбитров в связи с политической предвзятостью, делая фокус на событиях последних лет, (2) предлагают некоторые практические способы выявления предвзятости арбитров на стадии назначения, а также (3) предлагают ориентиры для принятия решения о перспективах заявления отвода арбитров по мотивам политической пристрастности.

Ключевые слова: *беспристрастность арбитров, отводы арбитров, политическая предвзятость, политическая нейтральность.*

CHALLENGES TO ARBITRATORS DUE TO THEIR POLITICAL VIEWS AND POLITICAL BIAS IN MODERN ARBITRATION PRACTICE

Vadim Vunukainen,
Partner in Dispute Resolution practice
at Dyakin, Gortsunyan & Partners (Moscow)

Daria Tokareva,
Associate in Dispute Resolution practice
at Dyakin, Gortsunyan & Partners (Moscow)

Abstract:

The escalation of geopolitical conflicts around the world in recent years has had a significant impact on the appointment and challenging arbitrators due to political views expressed by them. This has particularly affected Russia. Many prominent Western arbitrators (or their law firms) have unequivocally expressed support for geopolitical opponents of the Russian Federation, endorsed the imposition of sanctions, and signed documents advocating for law firms to cease working with Russian clients. These actions have occurred on social media, various online platforms, and publicly at conferences and various events.

This unprecedented situation has had and continues to have a profound influence on the practice of appointing and challenging arbitrators in cases involving Russian parties. First, representatives of the Russian side in disputes are now required to conduct much more diligent investigations into the views of potential or already appointed arbitrators, going beyond the general conflict-of-interest checks. Second, Russian parties have filed a significant number of challenges against arbitrators during this period – both against those appointed before 2022 and against those appointed after the escalation of the conflict. Third, when appointing new arbitrators, many arbitral institutions that apply a confirmation procedure for prospective arbitrators have informally adopted stricter standards, refusing to appoint potentially biased candidates even if such bias has not yet been proven by the strict standard applicable for a challenge. Fourth, arbitration institutions have also started adapting their procedures for appointing arbitrators, increasingly selecting chairpersons from neutral jurisdictions in disputes involving Russian parties. Fifth, a similar practice has been applied to the selection of appointing authorities that handle the appointment and

challenge of arbitrators in ad hoc arbitrations. Finally, issues of tribunal bias frequently arise in the context of setting aside or enforcing arbitral awards when circumstances related to the arbitrator's political views become evident after the arbitration process has concluded.

In this article, the authors (1) systematize existing case-law related to the challenge of arbitrators based on political bias, with a focus on developments in recent years. They also (2) propose practical methods for identifying arbitrator bias during the appointment stage and (3) suggest guidance for assessing the prospects of challenging arbitrators on the grounds of political partiality.

Key words: *arbitrator impartiality, arbitrator challenges, political bias, political neutrality.*

1. Введение

Независимость и беспристрастность традиционно считаются фундаментальными требованиями, предъявляемыми к арбитрам в международных коммерческих спорах. Беспристрастность арбитра обычно определяется как отсутствие предрасположенности к определенной стороне спора (англ. – *party preference*) и к исходу спора (англ. – *outcome preference*)[1]. Иными словами, вступая в процесс, арбитр не должен иметь какой-либо убежденности в отношении того, какая из сторон должна выиграть и почему. Между тем требовать от арбитра абсолютной беспристрастности, выражающейся в совершенном отсутствии каких-либо подсознательных, когнитивных или культурных предрасположенностей, утопично[2]. Учитывая это, в практической плоскости остро стоит вопрос о том, как отделить такие совершенно естественные предрасположенности, которым подвержен каждый человек, от настоящей предвзятости и пристрастности, которые создают угрозу справедливому разрешению спора. И, кроме того, в какой степени

[1] Chapter 1: Bias in International Commercial Arbitration in *Luttrell S.* Bias Challenges in International Commercial Arbitration: The Need for a "Real Danger" Test // Kluwer Law International, 2009, Vol. 20. P. 16–19.

[2] *Elsing S.H., Shchavelev A.* Chapter 8: The Role of Party-Appointed Arbitrators in *Shaughnessy P., Tung S.* (eds.). The powers and duties of an arbitrator: liber amicorum Pierre A. Karrer // Kluwer Law International, 2017. P. 69.

они должны быть выражены вовне, чтобы арбитражный институт или суд, рассматривающий вопрос о назначении, подтверждении, отводе арбитра или отмене уже вынесенного решения, могли быть уверены в существовании таких предвзятостей (или сделать вывод о существенной угрозе их наличия в глазах объективного наблюдателя).

Непредвзятость арбитров также часто рассматривается в контексте их нейтральности, которая, в свою очередь, подразумевает национальную нейтральность (т.е. принадлежность к гражданству, отличному от гражданства или места инкорпорации сторон спора)[3] или культурную нейтральность (более абстрактная категория, которая предполагает некоторое дистанцирование от правовых, религиозных и культурных традиций, которые могут повлиять на исход спора)[4]. Хотя эти концепции чаще обсуждаются применительно к инвестиционным спорам, на практике все больше сторон в коммерческих арбитражных процессах также договариваются о выборе арбитров из нейтральных юрисдикций[5] и принадлежащих к той системе права, которая позволила бы им лучше понять специфику спора.

Соображения, которые стоят за такими (ставшими уже общепринятыми) договоренностями отнюдь не абстрактны. В 2012 году Майкл Вайбель и Яньхуэй Ву провели полномасштабное эмпирическое исследование о том, насколько биографические параметры 350 арбитров (пол, год рождения, национальность, происхождение, профессиональная специализация, академическая деятельность, образование), участвовавших в более чем 400 арбитражных делах ICSID, повлияли на исход этих споров[6]. Они обнаружили некото-

---

[3] См. об этом, например, *Lalive P.* On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration // Swiss Essays on International Arbitration, 1984. P. 23–24; *Bühler M., Webster T.* Handbook of ICC Arbitration: Commentary and Materials // Kluwer Law International, 5th ed., 2021. P. 284; *Е. Биллебру.* Новые походы к оценке нейтральности арбитров в международном коммерческом арбитраже // Международное правосудие. 2016. № 4 (20).

[4] См. об этом, например, *Derains Y.* Chapter 21: The International Arbitrators' Responsibilities Regarding the Conduct of the Proceedings and the Applicable Law // Arbitration Beyond Borders: Essays in Memory of Guillermo Aguilar Álvarez, Reisman W.M., Blackaby N. (eds.). Kluwer Law International, 2023. P. 432–435; *Е. Биллебру.* Указ. соч.

[5] Требование национальной нейтральности в той или иной форме (чаще всего для случаев, когда единоличный или председательствующий арбитр назначается арбитражным институтом) закреплено в большинстве современных регламентов арбитражных центров.

[6] *Waibel M., Wu Y.* Are Arbitrators Political? // Available at SSRN 2101186, 6 July 2012, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101186.

рые корреляции, выражающиеся, например, в том, что (при прочих равных) арбитры, регулярно назначаемые инвесторами, более тщательно анализируют действия государств-ответчиков и более благосклонны принимать решения в пользу инвесторов. Арбитры обычно более снисходительны к странам, принадлежащим к знакомым им правовым системам. На решения арбитров влияет их профессиональный опыт: арбитры, построившие карьеру в частном секторе, склонны чаще присуждать компенсации инвесторам, по сравнению с арбитрами, работавшими в публичных секторах. Наконец, арбитры из развивающихся стран чаще приходят к выводу об отсутствии у трибунала юрисдикции на рассмотрение инвестиционных споров против развивающихся государств[7].

Похожее исследование ранее, в 2010 году, было проведено Дэвидом Шнайдерманом. На основе информации о биографиях арбитров он попытался проанализировать, по какой причине в трех арбитражных разбирательствах по договору о защите инвестиций между США и Аргентиной, возникших на основе практически идентичных фактов, назначенные арбитры пришли к противоречащим друг другу решениям по вопросу, должна ли Аргентина возмещать убытки, понесенные иностранными инвесторами после обвала курса аргентинского песо в 2001 году[8]. Два из трех трибуналов вынесли решение против Аргентины. Один частично оправдал действия Аргентины, указывая, что страна не должна выполнять принятые на себя обязательства в условиях экономического кризиса. Два из трех арбитров по данным спорам были в составе всех трех трибуналов и не объяснили причины изменения своей позиции.

Хотя исследования Вайбеля и Ву и Шнайдермана часто подвергаются критике за категоричность выводов и их недостаточную подтвержденность[9], большинство специалистов в области арбитража тем не ме-

---

[7] *Waibel M.*, *Wu Y.* Указ. соч. P. 34-–41. См. также Confronting implicit bias effectively, the end justifies the means, in Leadership, Legitimacy, Legacy: A Tribute to Alexis Mourre // Jus Mundi, 2022. P. 57–58.

[8] *Schneiderman D.* Judicial Politics and International Investment Arbitration: Seeking an Explanation for Conflicting Outcomes // Northwestern Journal of International Law & Business, 2010, Vol. 30, https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1709&context=njilb.

[9] См. об этом, например, *Brekoulakis S.* Systemic Bias and the Institution of International Arbitration: A New Approach to Arbitral Decision-Making // Journal of International Dispute Settlement, 2013, Vol. 4, No. 3. P. 553–585, 565–566, footnote 126, https://www.cailaw.org/media/files/ITA/ConferenceMaterial/2015/workshop/5b-brekoulakis.pdf.

нее соглашается с тем, что биографические параметры (или бэкграунд) арбитров действительно влияют на процесс принятия ими решений.

В 2013 году Джошуа Картона на основании большого массива данных, включающих анализ опубликованных арбитражных решений и интервью с более чем 300 специалистами в области арбитража, изложил ряд выводов относительно того, как принадлежность арбитра к той или иной системе права (common law или civil law) может влиять на принятие им решений по вопросам материального договорного права[10].

Также существует множество исследований о том, как политические взгляды национальных судей, в основном американских (их принадлежность или симпатии к той или иной политической партии), влияют на выносимые ими решения[11].

Хотя коммерческий арбитраж традиционно считается менее политизированным и лишенным, по сравнению с национальными судами, институциональной предвзятости, нельзя однозначно сказать, что все те соображения относительно факторов, оказывающих влияние на государственных судей и арбитров в инвестиционных спорах, не играют никакой роли в коммерческих спорах. Если, как утверждает Картон, арбитры в коммерческих спорах склонны следовать своим убеждениям в области знакомого им частного права, с какой вероятностью они способны полностью абстрагироваться от своих политических взглядов при принятии решений – особенно в спорах с участием государств и государственных компаний?

Представляется, что в сложившейся за последние несколько лет геополитической ситуации даже наличие формальной национальной и культурной нейтральности не всегда может гарантировать полную беспристрастность арбитра. Сегодня подавляющее большинство арбитражных споров с участием российских лиц в той или иной степени касаются применения иностранных односторонних санкций, значительная часть которых была введена против России относительно недавно или только с 2022 года приобрела особую значимость ввиду распространения блокирующих и секторальных санкций на огромное количество физических и юридических лиц[12].

---

[10] *Karton J.D.* The Culture of International Arbitration and the Evolution of Contract Law // Oxford University Press, 2013.

[11] См. *Karton J.D.* Указ. соч.; также *Brekoulakis S.* Указ. соч. P. 553–585.

[12] См. более подробно об особом значении требований к нейтральности арбитров в контексте санкционных споров в *Д.А. Купцов, С.Б. Очирова*. Нейтральность арбитров

До сих пор нельзя сказать, что практика толкования и применения односторонних санкций и особенно так называемых *no claims* положений[13] стала унифицированной в достаточной степени, чтобы арбитры могли полностью полагаться на нее. Например, авторам настоящей статьи известно, что за последние несколько лет было вынесено несколько арбитражных решений, которые абсолютно по-разному толкуют сферу действия и последствия применения *no claims* положений санкционного режима ЕС против России. В связи с этим трибуналы приходят к абсолютно противоположным выводам по делам со схожими фактическими обстоятельствами. Учитывая крайнюю неопределенность в этой области, личное восприятие арбитрами легитимности целей и задач данных санкций, а также их политические взгляды и личное отношение к санкциям могут оказать существенное влияние на исход спора[14].

Как упомянуто выше, вопрос о влиянии политических взглядов арбитра на его предвзятость не так часто обсуждался в арбитражной доктрине ранее. Представляется, что это вызвано тем, что долгое время не существовало достаточного практического материала, чтобы сделать однозначные выводы о том, какие политические взгляды и в какой степени могут являться основанием для неназначения или отвода арбитра. За последние несколько лет такой практический материал активно формируется, что и стало мотивом для написания настоящей статьи.

Учитывая, что в доктрине уделено достаточно внимания правовым стандартам, которые используются при анализе пристрастности арбитров, в настоящей статье мы сначала обозначим общемировые и российские тенденции последних лет в области выявления политической мотивированности арбитров (**раздел 2**); затем сосредоточимся на практических ситуациях заявления возражений, отводов или отмены арбитражных решений в связи с политической предвзятостью

в санкционных спорах // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2025. № 2 (132).

[13] Под no claims положениями понимаются, например, статья 11 Регламента Совета Европейского Союза от 17 марта 2014 г. 269/2014 об ограничительных мерах в отношении действий, подрывающих или ставящих под угрозу территориальную целостность, суверенитет и независимость Украины, и статья 44 английского Закона о санкциях и противодействии отмыванию денег (SAMLA) 2018 года.

[14] См. об этом в ранней работе одного из авторов: *Вунукайнен В.С.* Исключительная компетенция российских судов по санкционным спорам: падающего толкни? // Новые горизонты международного арбитража. – Вып. 7: сборник статей / отв. ред. Ю.Н. Муллина. – 2022. – С. 77–115.

арбитров (**раздел 3**); после этого предложим некоторые механизмы и рекомендации по проверке политической нейтральности арбитров, которыми могут руководствоваться практикующие юристы, чтобы назначить беспристрастного арбитра или собрать наибольшую доказательную базу в подтверждение своих заявлений или отводов против политически мотивированных арбитров (**раздел 4**); и в завершение сформулируем некоторые дополнительные факторы, которые необходимо учитывать для обеспечения полной нейтральности арбитражных процессов с участием российских сторон в текущих геополитических реалиях (**раздел 5**).

2. Рост «атак» на арбитров в связи с их политической предвзятостью – новая реальность?

В 2009 г. была опубликована книга Сэма Люттрелла под названием «*Проблемы предвзятости в международном коммерческом арбитраже: Необходимость теста на „реальную опасность*“», посвященная проблематике отводов арбитров в связи с их предвзятостью (англ. – bias)[15]. До сих пор, несмотря на множество публикаций на данную тему, она считается одной из самых фундаментальных попыток обобщить подходы к определению понятия предвзятости арбитра и выбрать из имеющихся в доктрине и практике тестов к определению предвзятости наиболее функциональный. Первая глава данной книги начинается с цитирования большого количества арбитражных специалистов (многие из которых выступают арбитрами), которые в один голос отмечают экспоненциальный рост «атак» на арбитров в связи с их предполагаемой предвзятостью[16]. В то время как данные специалисты отмечают, что большая часть этих атак связана с желанием представителей сторон затянуть или существенно затруднить арбитражный процесс, Люттрелл указывает, что их первопричина кроется в несовершенстве текущих тестов на определение предвзятости арбитра и отсутствии четкой регламентации стандартов определения предвзятости, которые представители сторон используют в свою пользу[17].

Не споря с объяснением Люттрелла, авторам настоящей статьи также представляется, что есть и другая важная причина быстрого

[15] *Luttrell S.* Указ. соч.

[16] Там же. P. 3–4.

[17] Там же. P. 4.

и стремительного роста «атак» на предвзятость арбитров, и она связана с их активностью в интернете и социальных сетях. С доступом к большому массиву данных, включающих в себя публикации, посты, комментарии и «лайки» арбитров, представителям сторон гораздо проще собрать информацию о взглядах и предрасположенностях арбитра и подобрать доказательства, необходимые для обоснования возражений по назначению его кандидатуры или для его отвода. Иными словами, социальные сети являются беспрецедентным и недоступным ранее инструментом для выявления явных (англ. – apparent bias) или даже неявных предубеждений (англ. – implicit bias) потенциального арбитра[18].

Будучи актуальной проблемой еще в начале 2000-х гг., за последние несколько лет вопрос о заявлении возражений при подтверждении арбитров или о заявлении отвода на основании предвзятости приобрел особую значимость для каждого международного арбитражного спора с участием российских сторон. Это подтверждается личным опытом авторов настоящей статьи в рамках консультирования российских клиентов в арбитраже. Данное мнение разделили многие участники XVI ежегодной Арбитражной конференции ICC Russia в декабре 2024 г., где обсуждались новые подходы в назначении арбитров[19]. Это также отмечают многие иностранные юридические фирмы в своих тематических обзорах[20].

---

[18] См. об этом *Sanubari S.* Arbitrator's Conduct on Social Media // Journal of International Dispute Settlement, 2017, Vol. 8, No. 3. P. 498; *Kalicki J.* Social Media and Arbitration Conflicts of Interest: A Challenge for the 21st Century // Kluwer Arbitration Blog, 23 April 2012, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2012/04/23/social-media-and-arbitration-conflicts-of-interest-a-challenge-for-the-21st-century/.

[19] См. От арбитров до исполнения решений: что обсудили на XVI арбитражной конференции ICC Russia // Pravo.ru, 15 декабря 2024 г., https://pravo.ru/story/256502/, где г-жа Анна Козменко, партнер Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP, отмечает, что изучение публичных заявлений и онлайн-активности арбитров уже стало обычной практикой, которая нередко приводит к отводам арбитров.

[20] См., в частности, публикации Navigating Arbitrator Appointments in disputes caught in geopolitical crossfire // Mayer Brown, 7 October 2024, https://www.mayerbrown.com/en/insights/publications/2024/10/navigating-arbitrator-appointments-in-disputes-caught-in-geopolitical-crossfire; Rising Challenges in Arbitration: Post-Award Bias Allegations and the Evolving Standards of Conflict Disclosure // Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP, March 2024, https://www.skadden.com/insights/publications/2024/03/insights-special-edition/rising-challenges-in-arbitration; Every day is Independence Day – Two successful arbitrator challenges for "apparent bias" // Haynes Boone, 30 September 2024, https://www.haynesboone.com/news/publications/every-day-is-independence-day-two-successful-arbitrator-challenges-for-apparent-bias.

Между тем, если мы посмотрим на статистику заявления отводов арбитрам в крупнейших арбитражных институтах за несколько лет до и после начала полномасштабного геополитического конфликта с участием России, то мы не обнаружим там всплеска количества подобных заявлений[21]:

Это может объясняться тем, что многие арбитры, в отношении которых у сторон есть подозрения об их предвзятости по политическим мотивам, не подтверждаются арбитражными институтами или же, после того как сторона сигнализировала о таких подозрениях, арбитры берут самоотвод и дело не доходит до стадии формального отвода. Так, например, в исследовании RAA о влиянии санкций на коммерческий арбитраж 18% респондентов сообщили, что им были известны случаи, когда арбитры отказывались принимать назначение или арбитрировать спор, затрагивающий санкционные вопросы[22]. Несмотря на то что причины таких отказов достоверно установить невозможно, вполне вероятно, они могут быть связаны не только со сложностью прохождения арбитрами санкционного комплаенса, но и с убеждением арбитра о своей потенциальной предвзятости при разрешении спора (или, во всяком случае, с ожиданием того, что данный вопрос может быть поднят одной из сторон).

[21] Подготовлено на основе ICC Dispute Resolution Statistics; LCIA Annual Casework Reports; HKIAC Annual Reports и SIAC Annual Reports за 2019–2023 гг.

[22] Исследование Арбитражной ассоциации: Влияние санкций на коммерческий арбитраж, 2016 год, https://arbitration.ru/upload/medialibrary/37b/ixea55ihan4m5dcj37s00t108tjelrpd/RAA-2022-Study-on-sanctions_rus.pdf.

Дмитрий Дякин в интервью Российскому национальному комитету Международной торговой палаты (ICC Russia) подтвердил эту логику и изложил три причины, по которым отводы заявляются достаточно редко: (1) существование устойчивой культуры раскрытия арбитрами информации; (2) наличие эффективных процедур одобрения номинированных арбитров, в рамках которых институт полномочен отказать в утверждении арбитра при наличии минимального риска потенциального конфликта интересов; и (3) опасение сторон испортить отношения с конкретным арбитром или трибуналом при заявлении рискованного отвода[23].

Из упомянутых выше арбитражных институтов только LCIA и ICC адресуют в своих ежегодных отчетах вопрос возражений, поступивших от сторон после раскрытия арбитрами информации, но до их назначения.

В делах LCIA в 2019 году такие возражения были поданы в рамках 10 дел. LCIA принял решение о назначении, несмотря на возражения всего в 4 случаях[24]. В 2022 году, когда LCIA не зафиксировал ни одного случая заявления формального отвода впервые за 25 лет, тем не менее возражения перед подтверждением арбитра были заявлены также в 10 делах. Только в 4 спорах LCIA назначил арбитра вопреки данным возражениям[25]. В 2023 году возражения были поданы перед назначением 14 арбитров, при этом в 8 случаях LCIA подтвердил кандидатуры данных арбитров[26].

Стоит отметить, что помимо статистики заявленных возражений и отводов арбитров, LCIA также периодически публикует дайджесты с решениями по отводам арбитров. Так, например, на сегодняшний день в датабазе LCIA опубликованы 56 решений по отводам за период с октября 2010 г. по декабрь 2022 г.[27] Примечательно, что среди опубликованных решений только в 9 Суд LCIA поддержал отвод арбитра, остальные 47 решений являются отказными. Проанализировав данные

[23] *Дякин Д.Б.* Конфликт интересов в международном арбитраже: когда заявлять отвод арбитру? Интервью Российскому национальному комитету Международной торговой палаты (ICC Russia), 6 июля 2023 г., https://iccwbo.ru/tpost/ilbitd92h1-konflikt-interesov-v-mezhdunarodnom-arbi.

[24] LCIA Casework Report 2019. P. 18.

[25] LCIA Casework Report 2022. P. 25.

[26] LCIA Casework Report 2023. P. 23.

[27] LCIA Challenge Decision Database доступна по ссылке: https://www.lcia.org//challenge-decision-database.aspx.

решения, мы не обнаружили случаев отвода арбитров в связи с политической мотивированностью или предвзятостью[28].

ICC не раскрывает статистику количества возражений, однако институт отчитался, что в 2023 г. Суд ICC отказался подтверждать 32 потенциальных арбитра (при том что количество удовлетворенных отводов за этот же период составляет всего 8). Одновременно с этим, в 2020 году, ICC принял 38 самоотводов арбитров, а в 2023 году – 36.

Таким образом, мы видим, что, в то время как удовлетворяется медианно около 10% от заявленных отводов[29], почти в половине случаев арбитражные институты воздерживаются от назначения арбитра в случае заявления возражений одной из сторон. При этом количество самоотводов арбитров количественно превышает как число удовлетворенных отводов, так и число отказов в подтверждении их назначения. Хотя достоверно узнать причины таких самоотводов невозможно, по практике авторов данной работы, стороны регулярно предлагают потенциальному или уже назначенному арбитру отказаться от полномочий до возбуждения формальной процедуры возражений или отвода. Статическое доминирование самоотводов может свидетельствовать о том, что такой путь, когда сторона сначала излагает свои опасения арбитру напрямую и только в случае его отказа инициирует формальную процедуру, является наиболее эффективным инструментом решения вопроса конфликта интересов.

3. Практика заявления возражений, отводов и отмены арбитражных решений в связи с политической предвзятостью арбитров

Уважая фундаментальный принцип арбитражного разбирательства, состоящий в том, что стороны имеют право самостоятельно выбрать

[28] Стоит отметить, что в одном из опубликованных решений LCIA в качестве одного из оснований для отвода единоличного арбитра в споре между нигерийской и британской компаниями заявлялось то, что арбитр ирландского происхождения является членом Британско-[неназванная страна] общества, «*целью которого является развитие дружбы и двусторонних отношений между Великобританией и [неназванной страной] во всех областях человеческой деятельности, особенно в коммерческой сфере, на благо Великобритании и [неназванной страны]*». Отвод был отклонен, а вице-президент Суда LCIA указал в данном отношении, что членство в таком обществе «*не носит такого характера, который мог бы сделать [Единоличного арбитра] зависимым от Великобритании, и поэтому не ставит под угрозу его независимость*». См. LCIA Reference No. 111996, Decision Rendered 22 April 2013, paras. 12–16.

[29] Данная статистика также публикуется в ежегодных отчетах арбитражных институтов.

арбитров для разрешения их спора, арбитражные институты в подавляющем большинстве подтверждают арбитров, номинированных сторонами, без самостоятельной проверки их независимости и беспристрастности (тем более если такие факты не были раскрыты самим арбитром или неизвестны институту[30]), за исключением случаев, когда одна из сторон представила свои возражения в отношении такого подтверждения[31].

Учитывая, что решения о (не)назначении не мотивируются, на стадии подтверждения арбитражные институты обладают гораздо большей дискрецией, чем при рассмотрении отводов после формирования трибунала[32]. Как мы упоминали выше, этот вывод находит отражение и в статистике: арбитражные центры в десятки раз чаще соглашаются не назначать спорных арбитров, чем удовлетворять отводы.

Указанные выше соображения позволяют заключить, что заявление возражений (с предложением добровольно не принимать на себя полномочия) до подтверждения арбитра – это максимально эффективный механизм для отстранения потенциально политически предвзятого арбитра от разрешения спора. Между тем он требует от сторон проактивности и оперативности, поскольку возражения должны быть заявлены в максимально короткий срок после того, как арбитр сделал раскрытие, и хотя обычно никаких требований в регламентах арби-

[30] См., например, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration, ICC (2012), para. 3–391, где прямо указывается, что Секретариат и Суд ICC не проводят независимых расследований беспристрастности и независимости арбитров, однако могут обладать дополнительной информацией, которую номинированный арбитр не раскрыл, и на основании этого отклонить его назначение.

[31] Такой вывод можно сделать на основе публикуемой статистики арбитражных институтов (см. выше) о том, что не подтверждается менее 1% из всех номинированных арбитров. Как представляется, подавляющее большинство этих случаев связано именно с заявленными сторонами возражениями (см. выше статистику LCIA в отношении неподтверждения арбитров в связи с поступившими возражениями). Это также следует из слов Alexis Mourre, бывшего Президента Суда ICC, *Mourre A.* The Parties' Right to Nominate Arbitrators and the Institution's Discretion in Deciding Whether to Confirm // BCDR International Arbitration Review, 2020, Vol. 7, No. 2. P. 288: "*Refusals to confirm remain quite rare, however they are not exceptional occurrences. The most frequent situation is that of a qualified statement of acceptance followed by an objection. The Court has in such case to consider these objections and decide whether to confirm or refuse to confirm. It may also be, however, that disclosures are made which are not objected to by any party, or that no disclosures at all are made by a prospective arbitrator. Can the institution then nonetheless decide not to confirm? Surely, these instances are rare, but they have occurred and may occur again*."

[32] *Mourre A.* Указ. соч. P. 289.

тражных институтов применительно к содержанию данных возражений не устанавливается, они должны сопровождаться убедительными доказательствами потенциальной предвзятости арбитра.

Поскольку возражения сторон на назначения арбитров, как правило, не публикуются и, как указано выше, решения по ним не мотивируются, с точностью сказать, какие факторы обычно принимаются арбитражными институтами во внимание, нельзя. Более детальный анализ логики арбитражных институтов, однако, можно обнаружить в практике по отводам арбитров и в судебных решениях по отмене арбитражных решений.

Центральным аспектом, от которого необходимо отталкиваться при решении вопроса о заявлении отвода арбитру, является раскрытие арбитром информации. Хотя различные регламенты содержат разные формулировки относительно полноты раскрытия, они сходятся в идее о том, что подлежат раскрытию все факты и обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности арбитров[33], а также в общем принципе, что любые сомнения в отношении того, какая информация должна раскрываться сторонам, должны толковаться в пользу раскрытия[34]. В рамках стандарта обоснованных сомнений арбитр также должен раскрывать информацию, касающуюся деятельности юридических фирм, представителем которых он является, и организаций, с которыми он аффилирован[35].

Однозначно можно сказать, что в рамках отвода стороны не могут полагаться на те факты, которые были раскрыты арбитрами на стадии назначения и возражения по ним не были своевременно заявлены[36]. В доктрине и практике также отмечается, что для отвода не могут

---

[33] Например, статья 11(2) Регламента ICC (2021) использует формулировку «*любые обстоятельства, которые могут повлечь за собой обоснованные сомнения в беспристрастности арбитра*»; Статья 5.4 Регламента LCIA (2020) указывает, что должны быть раскрыты «*обстоятельства, которые с точки зрения любой стороны могли бы послужить поводами для любых обоснованных сомнений относительно его или ее беспристрастности или независимости*»; статья 20.2 Регламента SIAC (2025 года) – «*любые обстоятельства, которые могут вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости*».

[34] IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024), статья 3(d).

[35] См., например, Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration Under the ICC Rules of Arbitration (2021), para. 32.

[36] IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2024), статья 4(a); также см. Chapter 1: Disclosure in *Daele. K.* Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration // Kluwer Law International, Vol. 24, 2012. P. 2, para. 1–003.

быть использованы те факты, о которых сторона должна была узнать в ходе собственной проверки на стадии возражений, даже если сам арбитр не раскрыл их[37]. Однако если возражения были заявлены, но, несмотря на это, арбитр был подтвержден арбитражным институтом, данные факты могут снова использоваться при заявлении отвода[38]. Хотя большинство регламентов арбитражных центров устанавливают определенный (довольно короткий) период, в рамках которого должен быть заявлен отвод[39], как мы увидим далее в практике, трибуналы не считают, что стороны после формирования состава арбитража должны пристально и на постоянной основе мониторить всю информацию, которая может являться основанием для отвода арбитра, даже если она находится в публичном доступе. В то же время за арбитром – вплоть до вынесения решения – сохраняется строгое обязательство по раскрытию любой информации, которая может вызвать сомнения в его беспристрастности и независимости[40].

По опыту авторов настоящей статьи, арбитры редко раскрывают информацию о своих (или своих юридических фирм) публичных заявлениях в связи с геополитическими конфликтами, которые затрагивают страну инкорпорации одной из сторон спора, и иные факты, свидетельствующие об их политической позиции. Возможно, некоторая часть арбитров уверена в том, что данная информация не свидетельствуют об их предвзятости в принципе (см. об этом далее), другая

---

[37] Chapter 4: Challenges to Arbitrators, Counsel, and Experts in *Commission J., Moloo R.* Procedural Issues in International Investment Arbitration // Oxford University Press, 2018. P. 60, para. 4.17; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Francisco Orrego Vicuna, 14 June 2013, paras. 65–73.

[38] *Mourre A.* Указ. соч. P. 289–290.

[39] Например, в статье 14(2) Регламента ICC указывается, что отвод арбитру должен быть заявлен «*в течение 30 дней с даты, когда требующая отвода сторона была извещена о фактах и обстоятельствах, на которых основывается отвод*».

[40] *S. Angoura*. The Impartiality and Independence of Arbitrators // International Commercial Arbitration, 2022. P. 144–145, 149: "*At the post-appointment stage, parties' investigation duty diminishes, while the arbitrator's disclosure duty is extended. Parties are no longer obliged to investigate the impartiality of the arbitrator, since at this point, parties should not question an arbitrator's statement of independence. The rationale is that arbitration is founded on the trust and confidence that the parties place on the arbitrator that they have chosen to resolve their dispute. During proceedings parties should not be expected to conduct investigations to verify the truth of statements made by arbitrators. Upon appointment and declaration of impartiality and independence, the burden falls on the arbitrator to reveal any fact indicating bias*" [...] "*The parties' thorough investigation duty ends once the arbitration proceedings begin*."

часть не считает необходимым раскрывать публично доступную информацию, поскольку она и так станет известна сторонам в процессе проверки конфликтов интересов[41].

Ряд неопубликованных дел из личной практики

Достаточно регулярно возникающим сценарием в личной практике авторов является ситуация, когда вопрос политической предвзятости возникает на стадии избрания председателя в рамках так называемой процедуры обмена списками (англ. – list procedure). В ходе такой процедуры обе стороны арбитража предлагают несколько кандидатов для их последующего рейтингования и избрания кандидата с лучшим итоговым баллом.

Оппоненты российских сторон очень часто предлагают формально независимых арбитров, которые в то же время имеют устойчивые политические антироссийские взгляды. В рамках формальных и неформальных процедур заявления возражений против таких кандидатов авторам известно об исключении из списков: (1) арбитра, партнеры юридической фирмы которого регулярно переводили денежные средства вооруженным силам геополитического оппонента Российской Федерации и публично рассказали об этом на арбитражном мероприятии; (2) нескольких арбитров, которые регулярно «лайкали» и высказывали поддержку геополитическому оппоненту Российской Федерации, а также осуждали действия России в социальных сетях; (3) арбитров, которые являлись членами или входили в органы управления неправительственных международных организаций антироссийской направленности. Практически во всех случаях кандидаты не раскрывали такую информацию и авторам требовалось провести соответствующие поиски, чтобы сформировать доказательственную базу для заявления возражений (см. подробнее раздел 4 ниже).

[41] Так, например, в инвестиционном споре против Венесуэлы два члена трибунала отказали в удовлетворении отвода против Бриджит Штерн в связи с тем, что она не раскрыла информацию о ее предыдущих назначениях Венесуэлой. Они указали, что хотя раскрытие информации арбитром должно, по общему правилу, включать общедоступные арбитражные назначения, тот факт, что профессор Штерн не раскрыла ее, поскольку считала ее общедоступной, не означает, что она намеревалась ее скрыть. См. *Tidewater Investment SRL and Tidewater Caribe, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator, 23 December 2010, paras. 54–55.

Неопубликованное дело из личной практики

По личной практике авторов данной статьи известен случай, когда председательствующий арбитр впоследствии самостоятельно раскрыл информацию о том, что юридическая фирма, в которой он занимает должность партнера, в феврале 2022 года опубликовала заявление с резким осуждением действий России и об отказе работать с российскими клиентами (на момент подтверждения данного арбитра данный пресс-релиз уже не был доступен) и что на этом основании данный арбитр был отведен в другом инвестиционном споре с участием России. Раскрывая эту информацию, арбитр подтвердил, что он не принимал участия в согласовании данного заявления и не был о нем своевременно проинформирован, однако взял самоотвод, не дожидаясь формального заявления отвода.

Неопубликованное дело из личной практики

Также авторам статьи известен прецедент, когда арбитр не раскрыл до своего подтверждения информацию о том, что он являлся членом нескольких организаций антироссийской направленности и участвовал в подготовке нескольких публичных отчетов, где выражалось одобрение политике введения санкций против России. После заявления отвода арбитр отрицал, что данные факты оказывают влияние на его беспристрастность (а также подчеркивал свою минимальную роль во всех данных инициативах), между тем отвод был удовлетворен институтом. Насколько также известно авторам статьи, в последующих процессах с участием российских лиц данный арбитр раскрывал факты, положенные в основу его отвода, и сам факт отвода, однако по-прежнему указывал, что не считает, что они как-либо влияют на его беспристрастность. Кроме того, указанные основания для отвода также служили основанием для исключения этого арбитра из списка кандидатов в председатели в иных делах с участием российских сторон.

Если мы обратимся к публично доступной арбитражной практике, сформировавшейся до 2022 г., то мы обнаружим незначительное количество дел, которые в той или иной степени касаются политической предвзятости арбитров, однако увидим, что в последние годы их количество увеличилось.

Неопубликованное дело, ICC

Так, например, в доктрине упоминается неопубликованное дело (его дата неизвестна), где Суд ICC отклонил отвод против председателя трибунала на основании того, что он написал ряд статей, в которых выражал политические взгляды против определенной страны. Акционер истца, подавшего иск, был гражданином данной страны. Истец также утверждал, что председатель выражал политические взгляды в пользу другой страны, которая участвовала в арбитражном разбирательстве в качестве одного из ответчиков. При этом статьи не имели отношения к рассматриваемому арбитражному разбирательству[42].

Дело в отношении неназванного арбитра, LCIA

В 2005 г. в LCIA в рамках спора между американской компанией и компаниями из Кувейта рассматривался отвод единоличного арбитра, назначенного LCIA. Хотя данный арбитр жил и практиковал как барристер в Лондоне, истец заявил отвод на том основании, что «*длительное изучение им арабистики и арабской культуры может помешать арбитру быть объективным и беспристрастным*». Из резюме арбитра следовало, что он специализировался на арабском и исламском праве более 20 лет и выступал в качестве эксперта по праву арабского Ближнего Востока. Суд LCIA отказал в удовлетворении отвода, указав, что не было представлено доказательств того, что арбитр «*настолько склонен к арабской и исламской культуре, что стал пристрастным или более благосклонным к стороне ответчика*»[43].

---

[42] Independence in ICC Arbitration: ICC Court Practice concerning the Appointment, Confirmation, Challenge and Replacement of Arbitrators, Special Supplement 2007: Independence of Arbitrators, ICC, Case 9. P. 31. Также данное дело упоминается в Chapter 7: Challenge and Disqualification on the Ground of Impartiality Issues in *Daele. K.* Указ. соч. P. 406, para. 7–084.

[43] Parties Not Indicated, LCIA Court Decision on Challenge to Arbitrator, LCIA Reference No. 5660, 5 August 2005 in *Park. W.* (ed.). Arbitration International Special Edition on Arbitrator Challenges // Kluwer Law International, 2011. P. 371-373. Также см. *Уолш Т.У., Тейтельбаум Р.* Решения Лондонского международного третейского суда по вопросу отвода арбитров: введение // Вестник международного коммерческого арбитража. 2012. № 1. С. 180.

Дело Чарльза Н. Брауэра, ICSID

В 2009 г. в рамках инвестиционного спора между французской компанией Perenco и Эквадором рассматривался вопрос об отводе арбитра Чарльза Н. Брауэра.[44]

Основанием для отвода, который был заявлен Эквадором, послужило данное арбитром интервью, в рамках которого он отвечал на вопросы, касающиеся его текущих назначений, последних событий в области международного арбитража и вопросах, связанных с приведением в исполнение арбитражных решений. В процессе разговора журналист упомянул о том, что Эквадор объявил о намерении денонсировать свои двусторонние инвестиционные соглашения (что было общеизвестным фактом). В ходе интервью Брауэр, отвечая на вопрос о том, какие вопросы, на его взгляд, являются наиболее насущными в сфере международного арбитража, отметил, что проблемой является то, что Эквадор прямо отказывается выполнять решения двух трибуналов ICSID по обеспечительным мерам (что также было общеизвестным фактом) и утверждает, что эти постановления не имеют никакого значения. Брауэр также добавил, что «*когда упорствующие* (англ. – recalcitrant) *страны узнают, что истцы собираются действовать так же, как лица, столкнувшиеся с экспроприацией в Ливии, начинают подавать иски по горячим следам* [...] *политика может поменяться. После определенного момента никто не будет инвестировать, не имея возможности на что-то рассчитывать*»[45].

Ответчик в заявлении об отводе указывал на то, что хотя Брауэр ссылался на общеизвестные факты, «*сочетание слов, выбранных Брауэром, и контекст, в котором он их использовал, в целом создают неблагоприятное представление об Эквадоре таким образом, что у разумной и информированной третьей стороны могут возникнуть обоснованные сомнения в беспристрастности Брауэра*»[46].

Генеральный секретарь PCA, разрешавший вопрос об отводе, уделил большое внимание контексту публичного высказывания (в частности, тому, что отвечая на абстрактный вопрос, Брауэр решил высказаться именно об Эквадоре), формулировкам (использованию слова «упорствующий» применительно к Эквадору) и сравнениям

[44] *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Challenge of Charles N. Brower, 8 December 2009.

[45] Там же, paras. 25–27.

[46] Там же, para. 48.

с событиями в Ливии, намекающим на то, что иностранным инвесторам может потребоваться прибегнуть к различным мерам по принудительному исполнению решений против Эквадора, учитывая, что это государство не собирается добровольно исполнять арбитражные решения[47]. В итоге отвод был удовлетворен в связи с обоснованными сомнениями в беспристрастности Брауэра.

Дело Рольфа Кнайпера, ICSID

В 2023 году выводы, сделанные в деле Perenco, были подтверждены в инвестиционном споре против Туркменистана.

Заявленный в данном деле отвод арбитру Рольфу Кнайперу касался нескольких оснований, в частности, его публичных позитивных высказываний о Туркменистане, его правительстве, ключевых должностных лицах и бывшем президенте. И хотя по этому основанию отвод не был удовлетворен (Кнайпер был отведен в связи с тем, что он выступал экспертом ответчика и аффилированных с Туркменистаном компаний в двух других разбирательствах[48]), в решении по отводу указывается, что «*публичные заявления арбитра в принципе способны привести к возникновению видимости явного отсутствия независимости и беспристрастности, даже если они не касаются особенностей дела и его существа, а в более общем плане выражают предвзятость или видимость таковой по отношению к одной из сторон. Так было в деле Perenco v Ecuador, где Генеральный секретарь Постоянной палаты третейского суда установил, что арбитр, в отношении которого был заявлен отвод, в опубликованном интервью с очевидностью назвал государство-ответчика „упорствующим“, что „имеет негативную коннотацию, выходящую за рамки простого перечисления действий стороны и способную вызвать у разумного человека оправданные сомнения“. Генеральный секретарь Постоянной палаты третейского суда счел, что именно публичное заявление арбитра, независимо от риска предрешить спор по существу, порождает оправданные сомнения в беспристрастности арбитра*»[49].

---

[47] *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Challenge of Charles N. Brower, 8 December 2009, paras. 49–53.

[48] *Imeks Insaat Makina Elektrik Konstrüksiyon Sanayi Limited Sirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/21/23, Decision on the Claimant's Proposal for the Disqualification of Prof. Dr. Rolf Knieper, 31 October 2023, paras. 93–94.

[49] Там же, para. 92.

Дело Франко Фраттини, CAS

В 2020 году Верховный суд Швейцарии отменил решение Спортивного арбитражного суда (CAS) в отношении китайского спортсмена в связи с наличием обоснованных сомнений в предвзятости председательствующего арбитра Франко Фраттини.

В период с мая 2018 по июнь 2019 года (т.е. до и в период разбирательства в CAS) Фраттини опубликовал ряд твитов, содержащих расистские высказывания в адрес граждан Китая. Три спорных твита были опубликованы до его назначения в качестве председательствующего арбитра (до 1 мая 2019 г.), а четыре – после. Данные твиты не касались арбитражного разбирательства, и, по словам арбитра, его эмоциональная реакция была связана с массовыми убийствами животных, совершаемыми ежегодно в городе Юйлинь в Китае по случаю традиционного фестиваля собачьего мяса. Представителям спортсмена стало известно об этих твитах только после того, как крупный спортивный интернет-портал сделал об этом публикацию в мае 2020 г. К тому моменту уже было вынесено арбитражное решение CAS и даже истек срок на его оспаривание.

Швейцарский суд указал, что, хотя выражение арбитром своих убеждений в социальных сетях вполне законно, это не означает, что он может публиковать все, что захочет, не вызывая сомнений в своей беспристрастности. Суд также учел, что контекст твитов арбитра не связан с настоящим разбирательством, между тем те резкие и грубые формулировки, которые арбитр выбрал для выражения своего мнения, не имеют никакого отношения к предполагаемым актам жестокого обращения с животными и, независимо от их контекста, являются неприемлемыми. Тот факт, что после своего назначения арбитр продолжил публиковать подобные твиты, сделал сомнения относительно его предвзятости в ходе разбирательства объективно оправданными[50].

Отдельный интерес представляют размышления швейцарского суда об обязанности сторон арбитражного разбирательства своевременно исследовать наличие возможных оснований для отводов арбитров. Суд указал, что, в то время как стороны не должны полностью полагаться на декларации арбитров об их независимости и беспристрастности при

[50] Решение Верховного Суда Швейцарии (4A_318/2020) от 22 декабря 2020 г. Также см. комментарий по данному решению *George A., Morais L.* CAS award in Sun Yang case annulled for arbitrator bias (Swiss Supreme Court) // Practical Law Arbitration with Schellenberg Wittmer Ltd, 27 January 2021.

назначении и обязаны проводить собственные исследования на этот счет, такая обязанность сторон не является безграничной.

В отношении публично доступной информации швейцарский суд со ссылками на доктрину отметил, что *«даже если информация находится в свободном доступе с материальной точки зрения, то она не обязательно легкодоступна с интеллектуальной точки зрения. В зависимости от обстоятельств, стороне могут понадобиться подсказки, предупреждающие ее о существовании возможного конфликта интересов, что потребует от нее проведения дополнительных исследований, особенно если причина риска предвзятости априори не подозревается. Таким образом, сам факт свободного доступа к информации в Интернете не означает ipso facto, что сторона, которая не знала бы о ней, несмотря на проведенное ею исследование, обязательно не выполнила бы свой долг любопытства (англ. – duty of curiosity). В этом отношении конкретные обстоятельства дела всегда остаются решающими»*[51].

Применительно к фактам данного спора швейцарский суд указал, что хотя три спорных твита Фраттини могли быть обнаружены ранее и стать основанием для заявления ему отвода в рамках процесса, то обстоятельство, что сторона своевременно не обнаружила их среди множества других публикаций арбитра (Фраттини был очень активен в Twitter, как отмечается в судебном решении), а затем не продолжила мониторить онлайн-активность арбитра, не может ставиться ей в вину. При этом если в отношении твитов, опубликованных до назначения Фраттини, швейцарский суд высказался несколько уклончиво (например, отметил, что представители спортсмена все-таки должны были при назначении председателя хотя бы бегло ознакомиться с его аккаунтом в Twitter), то в отношении обязанности осуществлять поиск информации после назначения однозначно указал, что «*сторона не может быть обязана продолжать поиск информации в Интернете на протяжении всего арбитражного разбирательства, равно как и a fortiori проверять сообщения, опубликованные в социальных сетях арбитрами во время арбитражного разбирательства*»[52].

Как также было отмечено судом, хотя Twitter-аккаунт Франко Фраттини появляется в результатах поиска Google при вводе его имени и фамилии, тем не менее не установлено, что в результатах поиска

[51] *George A., Morais L.* Указ. соч.

[52] Там же.

также выводятся на экран спорные твиты арбитра[53]. Таким образом, ходатайство стороны об отмене данного решения и пересмотре дела было удовлетворено, несмотря на истечение формального срока для его обжалования[54].

Дело Чарльза Понсе, ICC

В ноябре 2023 года Суд ICC удовлетворил отвод в отношении арбитра Чарльза Понсе в споре между компанией из ОАЭ Crescent и Национальной иранской нефтяной компанией. Поводом для отвода послужило выступление Понсе в эфире швейцарской телепрограммы *En liberté*, где он комментировал инцидент, касающийся спора в муниципальном бассейне между мусульманской парой и другой женщиной из-за откровенности купальника последней. Ответчик, заявивший отвод, указывал, что высказывания Понсе о мусульманских традициях являлись оскорбительными и грубыми[55].

После отвода Понсе Национальная иранская нефтяная компания обратилась в Верховный Суд Швейцарии за отменой промежуточных решений, вынесенных при участии Понсе (и другого отведенного арбитра). Швейцарский суд отказал в отмене данных решений, указав, что основания для отвода должны существовать на момент вынесения решений, а комментарии Понсе появились уже после, и, таким образом, провел разницу между данным делом и отмененным решением CAS в отношении китайского спортсмена, которое упоминалось выше[56].

Дело Дональда М. Макрея и Рюдигера Вольфрума, PCA

В марте 2024 года в рамках инвестиционного спора, связанного с задержанием российской береговой охраной в 2018 году трех украинских кораблей и находившихся на них военнослужащих после того, как

---

[53] *George A., Morais L.* Указ. соч.

[54] Там же.

[55] Poncet disqualified from Iranian mega-case after “burkini” remarks, Global Arbitration Review, 30 November 2023, https://globalarbitrationreview.com/article/poncet-disqualified-iranian-mega-case-after-burkini-remarks. Решение ICC об отводе не опубликовано.

[56] Swiss Supreme Court refuses to revise interim award based on subsequent ICC disqualification of two arbitrators, Practical Law Arbitration with Schellenberg Wittmer Ltd, 30 July 2024, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-044-0204. Решения Верховного Суда Швейцарии (дела 4A_288/2023 и 4A_572/2023) от 11 июня 2024 г. (на французском языке)

они попытались войти в Керченский пролив, прилегающий к Крыму, было вынесено решение об отводе двух арбитров из состава трибунала, Дональда М. Макрея и Рюдигера Вольфрума[57]. Основанием для отвода послужил тот факт, что Российской Федерации стало известно, что Макрей и Вольфрум проголосовали за принятие декларации Института международного права об агрессии в Украине от 1 марта 2022 года. Полный текст декларации вместе со списком лиц, проголосовавших за ее принятие, был опубликован лишь в июне 2023 года в ежегоднике Института международного права[58].

В декларации осуждалась агрессия России по отношению к Украине и выражалась необходимость привлечь Россию к ответственности в соответствии с нормами международного права. Оба арбитра в своих пояснениях указали, что не считают, что факт подписания данной декларации влияет на их независимость и беспристрастность в процессе[59]. Два из трех арбитров, рассматривавших вопрос об отводе (трибунал состоял из пяти арбитров), согласились с тем, что обнародованные факты вызывают сомнение в беспристрастности арбитров[60]. Один арбитр, Кристофер Гринвуд, выпустил особое мнение, в котором указал, что его несогласие с отводом связано с тем, что декларация касается иных событий, произошедших после и не связанных с фактами, являющимися предметом разбирательства[61].

Дела Рауля Винуэса, Пьера-Мари Дюпюи, Шона Мерфи, Вацлава Микулки

Подписание данной декларации института международного права стало мотивом для заявления отводов арбитрам в других делах с участием России или российских компаний, среди них отводы против аргентинского арбитра Рауля Винуэса[62], французского арбитра Пьера-Мари

[57] *Dispute Concerning the Detention of Ukrainian Naval Vessels and Servicemen (Ukraine v. the Russian Federation)*, PCA Case No. 2019-28, Decision on Challenges, 6 March 2024.

[58] Там же, paras. 27–31.

[59] Там же, paras. 32–35.

[60] Там же, paras. 101–102.

[61] Там же, Dissenting Opinion of Sir Christopher Greenwood, para. 10.

[62] US arbitrator disqualified from Russia case over LinkedIn post, Global Arbitration Review, 21 August 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/us-arbitrator-disqualified-russia-case-over-linkedin-post.

Дюпюи[63], чешского арбитра Вацлава Микулки[64] и американского арбитра Шона Мерфи[65]. Однако все эти отводы оказались неуспешными.

Дело Андреи Бьорклунд, PCA

В июле 2024 года арбитра американского происхождения Андреу Бьорклунд отвели в инвестиционном арбитраже PCA между украинским предпринимателем Ринатом Ахметовым против России из-за ее публикации в LinkedIn, в которой она призывала поучаствовать в сборе средств для украинских юристов, вступивших в ряды вооруженных сил. Помимо данной публикации, ответчики указывали на то, что Бьорклунд являлась соавтором *amicus curiae*, поданного в поддержку бывших акционеров ЮКОСа в рамках американского исполнительного производства против России, а также была причастна к подготовке пресс-релиза Макгиллского университета касательно вторжения в Украину. Между тем два последних факта были отклонены и не положены в основу решения об отводе[66].

Дело Зигфрида Эльсинга и Андреаса Бухера, PCA

Ранее в данном же инвестиционном споре был отведен немецкий арбитр Зигфрид Эльсинг и швейцарский арбитр Андреас Бухер. Отвод Эльсигна был связан с публичным заявлением его юридической фирмы Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP об осуждении действий России в феврале 2022 года[67]. По-видимому, Бухер тоже был отведен в связи с его публичными заявлениями, однако информация о конкретных причинах отвода не была опубликована[68].

---

[63] Decision Dismissing Russia's Challenge to Pierre-Marie Dupuy and Vaclav Mikulka, Jus Mundi, 31 January 2024 (само решение не опубликовано). Также об этом упоминается в US arbitrator disqualified from Russia case over LinkedIn post.

[64] Там же.

[65] US arbitrator challenged in ICSID case against Ukraine, Global Arbitration Review, 11 April 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/us-arbitrator-challenged-in-icsid-case-against-ukraine; US arbitrator survives challenge in ICSID case against Ukraine, Global Arbitration Review, 15 July 2024, https://globalarbitrationreview.com/article/us-arbitrator-survives-challenge-in-icsid-case-against-ukraine.

[66] US arbitrator disqualified from Russia case over LinkedIn post. Решение об отводе не опубликовано.

[67] Там же. Решение по отводу Зигфрида Эльсинга не опубликовано.

[68] Там же. Решение по отводу Андреаса Бухера не опубликовано.

Дело Caixabank, TAB

В то время как приведенная выше практика касалась предвзятости отдельных арбитров, в практике национальных судов также встречаются редкие случаи отмены арбитражных решений в связи с предвзятостью арбитражных институтов.

Например, в 2016 году Высокий суд Мадрида отменил два промежуточных арбитражных решения в связи с тем, что установил, что единоличный арбитр, назначенный Арбитражным трибуналом Барселоны (TAB), не отвечал критериям беспристрастности и независимости в связи с его тесными профессиональными связями с истцом, крупным испанским банком Caixabank. Ответчик подал свои возражения против кандидатуры данного арбитра, указав, в частности, что арбитр в качестве нотариуса регулярно участвовал в удостоверении судебных приказов, касающихся Caixabank. Однако данные возражения, как и последующий отвод арбитру, были отклонены TAB.

Высокий суд Мадрида установил, что вынесенные данным арбитром промежуточные решения подлежат отмене не только в связи с отсутствием независимости и беспристрастности арбитра, но и также в связи с тем, что действия TAB вызывают разумные сомнения относительно непредвзятости института в данном процессе. Мнения судей по последнему вопросу разделились, и один из них представил особое мнение. Высокий суд Мадрида также признал арбитражную оговорку недействительной. Он указал, что арбитражное соглашение представляет собой договор и что невозможно отделить согласие сторон на передачу спора в арбитраж от их согласия на передачу спора в конкретный арбитражный суд. Поскольку TAB в данном случае не проявил беспристрастности в ходе арбитражного разбирательства, арбитражная оговорка стала неисполнимой[69].

* * *

Анализ приведенной выше практики позволяет сделать ряд интересных выводов. Во-первых, данная практика чрезвычайно противоречива. Одни и те же факты (например, подписание декларации

[69] Madrid High Court of Justice: Bajoz Eólica, SL v Caixabank, SA (Judgment No. 70/2016); см. комментарий к данному решению Partial awards set aside for lack of impartiability of arbitrator and arbitral institution (Madrid Hight Court of Justice), Cuatrecasas (originally published on Practical Law Arbitration), 1 February 2017, https://www.cuatrecasas.com/resources/publication-5f686c2016e72-619bd979183f5859794936.pdf?v1.76.3.20240726.

Института международного права по Украине) в одних делах послужили основанием для отводов арбитра, а в других нет. Во-вторых, арбитр может быть отведен в связи со своими политическими высказываниями, которые не касаются непосредственного предмета или сторон разбирательства, а носят абстрактный характер. Между тем арбитражные институты и суды придают большое внимание контексту и формулировкам таких высказываний, насколько они являются эмоциональными, грубыми или оскорбительными. В-третьих, основанием для отвода арбитра или отмены арбитражного решения могут послужить только те факты, которые имели место до или в период разрешения спора, но не после вынесения решения. В-четвертых, после утверждения трибунала на стороны процесса не возлагается обязательство регулярно и тщательно следить за событиями, которые могут намекать на предвзятость арбитров. Между тем ожидается, что стороны останутся «любопытными» и будут обращать внимание на публично доступную информацию о членах состава арбитража.

Хотя в практике мы не обнаружили дел, в которых отвод арбитру по веским основаниям, свидетельствующим о его политической предвзятости, был бы отклонен только в связи с тем, что сторона пропустила срок на заявление отвода, мы предполагаем, что, если между публикацией информации и заявлением отвода в связи с данной информацией проходит неразумно большое количество времени, такой риск существует.

4. Стандарты проверки политической нейтральности арбитров

Как отмечалось выше, решение швейцарского суда по отмене решения CAS против китайского пловца (дело Франко Фраттини) поставило интересный вопрос, который не так часто детально обсуждается в арбитражной доктрине и анализируется в практике, а именно какими стандартами должны руководствоваться стороны при сборе информации об арбитрах и как соблюдение данных стандартов должно выглядеть на практике.

Применительно к делу CAS швейцарский суд сформулировал стандарт duty of curiosity, предполагая, что после формирования состава трибунала на сторону не возлагается строгого обязательства регулярно и досконально проверять обстоятельства, которые могут стать поводом для отвода. Между тем, как мы показали выше, до подтверждения арбитра от сторон требуется большая тщательность в проверке потен-

циальных конфликтов интересов. Такой стандарт иногда называют стандартом возможности (англ. – possibility), и он предполагает, что стороны приложат все разумные усилия по изучению публично доступной информации об арбитре[70]. В практической плоскости разница между данными стандартами может выглядеть следующим образом. В то время как в рамках стандарта duty of curiosity швейцарский суд (о чем говорилось ранее) установил, что сторона не должна была заходить в Twitter арбитра и изучать его твиты по ключевым словам (например, «Китай»), чтобы оценить его беспристрастность, в рамках стандарта possibility предполагается, что сторона, особенно когда у нее есть подозрения о потенциальной политической предвзятости арбитра, сделает это.

С учетом разности данных стандартов далее мы предложим некоторые практические механизмы, которые могут использовать российские представители по проверке политической нейтральности арбитров (предполагая, что данная специальная проверка не исключает, а дополняет стандартный конфликт-чек, в рамках которого изучаются предыдущие назначения арбитра, его решения, связи и аффилированность с противоположной стороной процесса и т.д.[71]), но перед этим необходимо сделать небольшое отступление относительно того, откуда в принципе стороны в арбитраже получают информацию об арбитрах и на чем основывают свои решения о назначениях или отводах.

В 2018 году Университетом Queen Mary было проведено исследование о том, откуда стороны узнают информацию об арбитрах. Наиболее популярные ответы включали в себя: информацию, передаваемую «из уст в уста» (77%), информацию от коллег (68%) и общедоступную информацию (публикации, интернет-ресурсы, поиск по специализированным датабазам и т.д.)[72]. Одновременно на вопрос о том, имеете

---

[70] См. об этом, например, *Kyriakou P., Thommen C.* The Revision of Arbitral Awards on Independence and Impartiality-Related Grounds: Delimiting the Parties' "Duty of Curiosity" in the Age of Social Media' // Kluwer Arbitration Blog, 27 February 2021, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/02/27/the-revision-of-arbitral-awards-on-independence-and-impartiality-related-grounds-delimiting-the-parties-duty-of-curiosity-in-the-age-of-social-media/.

[71] О важности данной специальной проверки арбитров в текущих геополитических реалиях см. *Дякин Д.Б.* Вступительная речь на форуме «Время строить: предотвращение и разрешение споров из строительных контрактов», 2024 г., https://drc-forum.ru/forum/dmitry-dyakin#contents.

[72] International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London, White & Case LLP, 2018, https://www.qmul.ac.uk/arbitration/me-

ли вы доступ к достаточной информации, чтобы делать взвешенные решения о назначении арбитров, 70% респондентов среди практикующих арбитражных специалистов и только 57% среди инхаус-юристов ответили утвердительно[73]. Такая разница в ответах связана с проблемой, которая часто обсуждается в арбитражном сообществе – асимметрии доступа к достоверной информации об арбитрах. У юристов из арбитражного комьюнити с развитой системой знакомств гораздо больше возможностей и способов узнать те или иные обстоятельства, которые потенциально могут повлиять на решение о назначении арбитров[74].

Из своего практического опыта мы можем подтвердить наличие данной проблемы, а также согласиться с тем, что информация об арбитрах из первоисточников (от непосредственного взаимодействия с данными арбитрами, их коллег по индустрии, их соарбитров) играет чрезвычайно важную роль. Многие практикующие юристы подтверждают, что профайлинг арбитра они начинают с проверки информации об арбитре внутри собственной юридической фирмы и опроса коллег[75]. Данная информация помогает более эффективно предлагать кандидатуры для формирования трибунала, а также, хотя и не может быть положена в основу возражений против подтверждения или отвода арбитра, является некой «подсказкой» (как выразился швейцарский суд в деле Франко Фраттини), предупреждающей о существовании конфликта интересов и помогающей искать его прямые доказательства в других источниках.

В рамках вышеупомянутого исследования Queen Mary на вопрос о том, какую информацию вы бы хотели иметь об арбитрах, большинство указали, что хотели бы иметь доступ к ранее вынесенным решениям арбитров, понимать подход арбитров к разрешению тех или иных вопросов по существу споров, а также знать о доступности арбитра для потенциальных назначений[76]. Как представляется, если бы

dia/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF. P. 20.

[73] Там же. P. 21.

[74] Там же. P. 20–21. О данной проблеме см. также *Haran H. H.* Big data-the key to unlocking arbitrator appointments in *González-Bueno C.* (ed). 40 under 40 International Arbitration. P. 342–344.

[75] *Дякин Д.Б.* Конфликт интересов в международном арбитраже: когда заявлять отвод арбитру? Интервью Российскому национальному комитету Международной торговой палаты (ICC Russia), 6 июля 2023 г.

[76] International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, Queen Mary University of London, White & Case LLP, 2018. P. 22.

данный опрос проводился в текущих реалиях, то большинство российских респондентов также хотели бы иметь представление о политических взглядах арбитров и их отношении к России, к введенным против России санкциям, а также участвовали ли они ранее в санкционных спорах и какие решения в них выносили. К сожалению, как мы упоминали выше, такая информация редко раскрывается самими арбитрами. Аналогично редко публикуются арбитражные решения по санкционным делам. В этих обстоятельствах российским сторонам важно использовать все доступные источники информации для проверки потенциальной политической предвзятости арбитров. Ниже приводятся некоторые методы и источники информации для такой проверки, которые авторы статьи используют в своей практике.

Начать проверку конфликта интересов можно с простого поиска в интернет-браузере по имени арбитра[77]. Уже одно это действие может дать представление о том, в связи с какими новостными поводами имя арбитра фигурировало в прессе, о его выступлениях на конференциях (и темах этих выступлений), о его членстве в различных организациях или участии в подготовке документов и докладов. Особое внимание при таком поиске необходимо уделять членству в некоммерческих, общественных организациях и углублять поиск при нахождении подтверждений о том, что их деятельность связана с какими-либо политическими целями. Например, как было показано в предыдущем разделе, серия отводов арбитров (удачных и неудачных) была связана с подписанием декларации Института международного права об агрессии в Украине от 1 марта 2022 года. Список 110 подписантов данной декларации был опубликован в ежегодном сборнике Института[78] и может использоваться при проверке потенциальной политической предвзятости арбитров.

Особое внимание заслуживает изучение сайта юридической фирмы, в которой работает арбитр. Как мы упоминали ранее, многие западные юридические фирмы в феврале 2022 года публиковали пресс-релизы с осуждением политических действий России и об отказе работать с российскими клиентами. Такие заявления, как также было показано выше (см. дело Зигфрида Эльсинга и Андреаса

[77] *Bert P.* ICC Arbitrator Appointments: A First Look At The Data // Kluwer Arbitration Blog, 13 September 2016, https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/09/13/icc-arbitrator-appointments-a-first-look-at-the-data/.

[78] Опубликован в Annuaire de l'Institut de Droit international, 81e Session, Vol. 83, Travaux préparatoires, 6 October 2023. Доступен к приобретению по ссылке: https://pedone.info/livre/annuaire-de-linstitut-de-droit-international-11/.

Бухера), становились основаниями для отвода арбитров. Те из этих публикаций, которые были впоследствии удалены, можно обнаружить посредством сервисов, которые сохраняют данные вебсайтов с определенной периодичностью.

Наконец, также важно изучить социальные сети арбитра (LinkedIn, Twitter (X), Instagram, Facebook и др.): посты, комментарии, «лайки», реакции. Относительную сложность представляет то, что на данных платформах затруднительно искать давно опубликованную информацию и также не всегда возможно проиндексировать данные по ключевым словам (например, «Россия», «санкции», «Украина»). Хотя сплошной поиск (как минимум с начала 2022 года) является долгим и трудозатратным, это, как представляется, единственный способ гарантированно соблюсти стандарт possibility и сформировать уверенность в том, что арбитр не имеет ярой антироссийской позиции, которая может повлиять на справедливое разрешение спора.

Если речь идет о кандидате, который назначается стороной, рекомендуется проводить интервью и задавать вопросы о политическом бэкграунде арбитра (в формулировках, допускаемых соответствующими правилами[79]).

После формирования состава арбитража, хотя это и не требуется, из своего практического опыта авторы статьи настоятельно рекомендуют сохранить высокие стандарты проверки политической беспристрастности арбитров и проводить поиск информации об арбитрах с некоторой периодичностью (например, раз в несколько месяцев или при появлении в новостных источниках информации об отводах арбитров по политическим мотивам в других арбитражных процессах) до вынесения финального решения.

5. Заключительные выводы относительно факторов, обеспечивающих справедливое арбитражное разбирательство с участием российских сторон

В завершение статьи хотелось бы суммировать некоторые предположения, которые способны помочь российским сторонам в условиях текущей геополитической нестабильности добиваться справедливого разрешения споров с их участием.

[79] См. например, IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (2013), IBA Guidelines on Conflicts on Interest in International Arbitration (2024) и CIArb Guidelines for the Interviewing of Prospective Arbitrators (2016).

Во-первых, независимо от согласованной в договоре процедуры назначения арбитров, российским сторонам необходимо выбирать политически беспристрастные арбитражные институты (например, институты из нейтральных юрисдикций). Даже если они напрямую не участвуют в назначении арбитров (хотя это всегда может произойти, если, например, противоположная сторона не назначит арбитра или стороны не смогут согласовать кандидатуру председательствующего арбитра), именно они принимают решения об удовлетворении возражений при подтверждении арбитров и при их отводе. Как видно из проанализированной в данной статье практики, нередко лица, принимающие решения об отводах, расходятся во мнениях (см. дело Дональда М. Макрея и Рюдигера Вольфрума, где один из арбитров выпустил особое мнение по вопросу отвода) или при анализе одних их тех же фактов приходят к противоположным выводам (см. дело Дональда М. Макрея и Рюдигера Вольфрума в сравнении с делами Рауля Винуэса, Пьера-Мари Дюпюи, Шона Мерфи и Вацлава Микулки). Особенную важность выбору арбитражного центра придает то, что практика по отмене решений в связи с политической предвзятостью арбитражных институтов не сформировалась и такие прецедентны являются скорее исключением.

Во-вторых, хотя стандарты независимости и беспристрастности являются фундаментальными требованиями, применимыми к арбитрам, не стоит недооценивать важность кейс-менеджмента для обеспечения полной нейтральности арбитражного разбирательства. Кейс-менеджеры арбитражных институтов хотя и не принимают решения по сути спора, но оказывают административную и организационную поддержку трибуналу, часто присутствуют при обсуждениях арбитров и также по просьбе арбитров могут готовить проекты промежуточных и финальных решений. Из практики авторам статьи известен случай, когда после направления резюме кейс-менеджера, выбранного для процесса, российская сторона представила свои возражения по его кандидатуре в связи с его украинским гражданством и данный кейс-менеджер был заменен на кандидата из нейтральной юрисдикции.

В-третьих, как было указано выше, центральным фактором при принятии решения о назначении или отводе арбитра является полнота раскрытия им информации. В ходе проверки арбитра российским сторонам может стать известно о некоторых фактах и обстоятельствах, которые не были раскрыты арбитром, но которые вызывают сомнения в его политической нейтральности. В таких случаях целесообразно просить арбитра прокомментировать данные факты и узнать его мне-

ние по поводу того, оказывают ли они влияние не его беспристрастность. В практике авторов статьи были случаи, когда (1) ответы арбитра внесли ясность в ситуацию и устранили сомнения в его нейтральности; (2) в своем ответе арбитр отрицал влияние всех комментируемых фактов на свою непредвзятость, однако пролил свет на некоторые обстоятельства, которые не были известны стороне, и данные обстоятельства впоследствии легли в основу успешного отвода; (3) после того как арбитр увидел сомнения стороны в его беспристрастности, подкрепленные доказательствами, арбитр, не дожидаясь формального заявления отвода, сам снял с себя полномочия.

SANCTIONS, HUMAN RIGHTS, AND INVESTMENT ARBITRATION: A NEXUS WHERE JUSTICE AND POWER UNEASILY ALIGN

Anastasia Medvedskaya,
Associate Member at Guernica 37 Chambers

Abstract:

The intersection of sanctions, human rights, and investment arbitration reveals a deep tension between justice and power. Sanctions, often blunt instruments, aim to enforce compliance but can harm individuals and businesses with limited political influence. Their effectiveness is debated, yet their economic and reputational consequences drive rising arbitration claims.

Unilateral sanctions, especially those lacking UN approval, risk arbitrariness and due process violations. In the United Kingdom, for example, the Shvidler case illustrates how courts struggle with assessing such measures from a human rights protection perspective. While under English law, sanctions are likely to be considered lawful and proportionate to the objectives pursued by the UK, international investment standards are more flexible. Therefore, investment arbitration may prove to be a more effective tool for protecting the rights of sanctioned individuals. Arbitrators must find a balance between state sovereignty and the protection of rights enshrined in investment treaties.

Investment treaties, ensuring fair treatment and security, serve as a legal battleground for challenging sanctions. Cases like Dayyani v. Korea show tribunals interpreting sanctions as potential treaty breaches, though success depends on treaty wording and state defenses.

This nexus underscores how economic coercion collides with legal accountability. Sanctions intended for diplomacy may instead fuel costly disputes, compelling states to justify actions before tribunals. As global governance evolves, international law's role in balancing power, justice, and economic interests remains crucial.

Key words: *Russia sanctions, compliance with international law, human rights violations in the UK, investor-state arbitration, police powers doctrine, breach of the fair and equitable standard, test for proportionality.*

Аннотация:

Взаимосвязь санкций, прав человека и инвестиционного арбитража раскрывает сложный конфликт между международным правом и политикой. Санкции, часто применяемые как грубый инструмент давления, направлены на соблюдение норм, но могут нанести ущерб частным лицам и компаниям, не имеющим реального влияния на политику. Их эффективность остается спорной, однако экономические и репутационные последствия ведут к возможному росту числа арбитражных исков.

Особенно спорны односторонние санкции, не одобренные Советом Безопасности ООН, поскольку они могут носить произвольный характер и нарушать процессуальные нормы и нормы международного права. В Великобритании например, дело Швидлера показывает, как суды сталкиваются с проблемой оценки таких мер с точки зрения защиты прав человека. Хотя в английском праве санкционные меры, скорее всего, признаются законными и соразмерными целям, которые преследует Великобритания, международные инвестиционные нормы более гибкие. Поэтому инвестиционный арбитраж может оказаться более эффективным инструментом защиты прав санкционных лиц. Арбитры вынуждены находить баланс между государственным суверенитетом и защитой прав, закрепленных в инвестиционных договорах.

Инвестиционные договоры, гарантирующие справедливое обращение и защиту от необоснованного вмешательства, становятся инструментом оспаривания санкций. Дело Дайяни против Кореи демонстрирует, что трибуналы рассматривают санкции как возможные нарушения международных обязательств, однако успех таких исков зависит от формулировок договоров и аргументов государств, включая публичную политику и вопросы безопасности.

В итоге этот конфликт между экономическим давлением и юридической ответственностью показывает, как санкции, задумывавшиеся как дипломатический инструмент, могут привести к дорогостоящим спорам. Государствам приходится оправдывать свои действия перед международными трибуналами, что усложняет достижение их первоначальных целей. В условиях меняющейся системы глобального управления

роль международного права в обеспечении справедливости, защите прав и экономических интересов становится все более значимой.

Ключевые слова: *санкции против России, соответствие международному праву, нарушения прав человека в Великобритании, арбитраж между инвестором и государством, доктрина государственных полномочий, нарушение стандарта справедливого и равноправного отношения, критерий пропорциональности.*

I. Introduction

International sanctions, though designed to enforce accountability and uphold international law, often carry unintended consequences for targeted individuals, or more generally, for civilian populations, potentially resulting in significant human rights violations.

In principle, whilst the Security Council of the United Nations' sanctions imposed in accordance with Chapter VII of the United Nations Charter are expected to consider human rights implications, unilateral restrictive economic measures imposed by states against individuals and companies pursue a coercive, political aim, often without due regard to human rights.

The use of sanctions as tools to achieve political objectives and influence state behaviour has deep historical roots. From the Napoleonic Wars' continental blockade aimed at isolating Britain economically to the sanctions imposed on Russia in 2022, such measures are designed to curtail the economic interests or rights of states, entities, or individuals.[1] Importantly, from a political perspective, international economic sanctions are nothing less than a tool of foreign policy. From a legal perspective, they are coercive, punitive measures aimed at modifying a certain, often vaguely defined behaviour. As such, at the domestic level, sanctions are first imposed on the individual without a trial and only then lifted through the limited scope of an administrative challenge.

The International Law Commission (**ILC**) has noted that economic sanctions can have adverse effects on civilians, potentially violating human rights,

[1] Katherine Bell et al., Mastering the Maze of International Arbitration and International Sanctions: Selected Aspects of the Impact of Sanctions on the Conduct of International Arbitration Proceedings in Switzerland and the EU, in The Future of Swiss Arbitration, 2023, paras. 2–4.

although it stops short of declaring such sanctions *per se* invalid.[2] Sanctions can lead to significant harm for individuals, such as the freezing of assets, which affects property rights and can impact family life, as seen in the context of sanctions imposed by the European Union.[3]

The UN Security Council (**UNSC**) has emphasized the need to mitigate the negative impacts of sanctions on civilians and to carve out humanitarian exceptions to prevent collateral suffering.[4] In practice however, the most frequently imposed sanctions in recent times have been unilateral measures imposed directly by the states without the Security Council's approval. Thus, the compliance of sanctions with human rights must be assessed under the legal framework of each and every sanctioning state. For instance, in the United Kingdom (**UK**), the Supreme Court is currently reviewing Eugene Shvidler's appeal against UK sanctions linked to his Russian ties, evaluating whether the measures were arbitrary and disproportionately infringed his rights under the European Convention on Human Rights. If found to be contrary to human rights law, sanctions may potentially be amenable to challenge on both the domestic and international level.

Furthermore, it is important to question whether human rights violations resulting from international sanctions can also trigger investment treaty claims, with investors asserting that the sanctions violated investment protection standards such as expropriation, denial of justice, or fair and equitable treatment.[5] However appealing investor-state arbitration may appear, the success of such claims inevitably depends on several factors, including the specific provisions of the investment treaty and the ability of the investor to demonstrate that the sanctions directly affected their investment.

The purpose of this article is, first of all, to analyse whether sanctions are legitimate tools under international law (**Section II**) and whether such sanctions should be made in compliance with human rights (**Section III**). Further, this article questions whether sanctions violating human rights can

[2] Philip Reens, The ISDS Impact of Economic Sanctions: Lessons from the Korea-Iran Investment Disputes, in The American Review of International Arbitration Vol. 33 No. 4, 2022, para. 436.

[3] Nori Holding Limited, Centimila Services Limited and Coniston Management Limited v. Public Joint Stock Company "Bank Otkritie Financial Corporation", LCIA Case No. 183837 (C-183838, 183839, 183840, 183841, 183842, 183843, 183844, 183876, 183877).

[4] Philip Reens, The ISDS Impact of Economic Sanctions: Lessons from the Korea-Iran Investment Disputes, in The American Review of International Arbitration Vol. 33 No. 4, 2022, para. 436.

[5] Alexandros-Cătălin Bakos, Economic sanctions in International Investment Arbitration, Jus Mundi, Wiki Notes, 3 June 2024, paras. 3-4.

be actionable before domestic and/or international courts or arbitral tribunals (**Section IV**) and eventually give rise to investment treaty claims (**Section V**).

II. Are sanctions legitimate under international law?

The question of legitimacy of sanctions in international law is crucial although the existence of international sanctions is an old and mostly accepted phenomenon. There is an inherent tension between the imposition of sanctions on a sovereign state and the principle of non-intervention in domestic affairs. In 1970, the UN General Assembly, where all states vote on resolutions, adopted the Friendly Relations Declaration[6], with similar resolutions passed thereafter. Following this Declaration "*no [s]tate may use or encourage the use of economic, political or any other type of measures to coerce another [s]tate in order to obtain from it the subordination of the exercise of its sovereign rights and to secure from it advantages of any kind*".[7]

This principle of non-intervention was further reaffirmed by the International Court of Justice (**ICJ**) in the ICJ *Nicaragua* case against the USA. The ICJ explained that a State may not intervene with another state's "*choice of a political, economic, social and cultural system and the formulation of foreign policy. Intervention is wrongful when it uses methods of coercion in regard to such choices, which must remain free ones*."[8]

When a state exceeds its sovereign rights, such as waging a war of aggression, the UNSC may invoke Article 41 of Chapter VII of the UN Charter, calling on UN Member states to impose sanctions. These "UNSC sanctions" have been applied to various regimes in the past, including arms embargoes and travel or business restrictions, and all UN Member states must comply. This makes UNSC sanctions the first exception to the non-intervention principle. The text of Article 39 suggests that, prior to applying sanctions, the Council should first determine the existence of a threat to the peace, breach of the peace or act of aggression. In practice, however, while the Council has made a determination of the type envisaged by Article 39 in connection with each sanctions regime established to date, the Council has thrice failed to make such a determination until sanctions had been imposed.

---

[6] Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations (A/8082) dated 24 October 1970.

[7] *Ibid*.

[8] Case concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua, (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgement, I.C.J Reports 1986, p.14.

First, in the case of the 820 Bosnian-Serb sanctions, the lack of a determination of a threat to the peace might have been due to the fact that the sanctions were imposed by a resolution whose primary focus was to strengthen the existing FRY (Serbia and Montenegro) sanctions regime. As the UNSC had already identified a threat to international peace and security in the situation in the former Yugoslavia in general[9], and in Bosnia and Herzegovina in particular, perhaps it was not considered necessary to make another such determination.

Second, in the case of the 1160 Federal Republic of Yugoslavia (**FRY**) sanctions regime, the UN Security Council's failure to make such a determination can be attributed to the positions of the Russian and Chinese delegations, which did not consider the situation in Kosovo to constitute a threat to regional or international peace and security.[10] Given that two of the permanent members of the UN Security Council maintained this position, it is puzzling that the UNSC was able to adopt the decision imposing sanctions.

Third, in the case of Iran, the UNSC adopted resolution 1695 (2006)[11], expressing concern over proliferation risks posed by Iran's nuclear programme. It emphasized its responsibility under the UN Charter to maintain international peace and security and resolved to prevent the situation from worsening. Invoking Article 40 of the Charter, the Council urged Iran to comply with the International Atomic Energy Agency (IAEA) Board of Governors' requirements, demanding suspension of all enrichment-related activities, including research and development. Five months later, in resolution 1737 (2006), the Council condemned Iran's refusal to meet the IAEA's requirements and expressed concern over continued proliferation risks. Reaffirming its responsibility under the UN Charter, the Council, acting under Article 41, imposed sanctions on Iran. Despite explicitly citing Articles 40 and 41 in these resolutions, the Council did not determine that Iran's actions constituted a threat to the peace, breach of the peace, or act of aggression.

It is worth noting that the sanctions imposed against Russia are not UNSC sanctions, but unilateral sanctions coordinated amongst individual states. The legality of unilateral sanctions under international law and the UN Charter is a contentious issue. In fact, these sanctions, imposed without multilateral decision-making by bodies like the United Nations, often disrupt the international legal order. In terms of international law, unilateral sanctions can be

[9] SC Res. 713 (25 September 1991), preambular para. 4.

[10] SC. Res. 1160 (1998) 31 March 1998.

[11] SC Res. 1695 (2006) 15 July 2006.

considered illegal unless they qualify as a countermeasure. In turn, to qualify as a lawful countermeasure under Article 22 of ARSIWA,[12] unilateral sanctions must meet several conditions. First, they must respond to a prior internationally wrongful act by the targeted state. Second, they must be proportional to the harm caused by that wrongful act. Third, their primary purpose must be to induce the targeted state to comply with its international obligations. Additionally, countermeasures cannot violate peremptory norms of international law (jus cogens), such as the prohibitions on genocide or torture. Finally, sanctions must be temporary and reversible, meaning they should be lifted once the offending state complies with its obligations.[13]

This framework does not prevent a state from independently exercising its sovereign rights over domestic economic and foreign policy, as such freedoms are protected under the principle of non-intervention. Retorsions serve as a legitimate example of this autonomy. However, a state must still adhere to international law and the non-intervention principle. Unilateral sanctions regimes that lack engagement with, justification under, or a solid foundation in international law risk undermining their own credibility.

Thus, while UNSC sanctions are generally compliant with international law, unilateral sanctions often exist in a legal grey area. Their legitimacy depends on whether they conform to the strict conditions of countermeasures or retorsions. When they fail to meet these criteria, they may contradict the principle of non-intervention and international law.

III. Should sanctions respect human rights?

A. Sanctions inflicting economic hardship on states and the need to respect human rights

Human rights can be qualified and unqualified. Unqualified human rights are those that are absolute and cannot be restricted or derogated under any circumstances. These rights are considered fundamental and are protected without exceptions. Examples of unqualified rights include the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, as well as the prohibition of slavery and servitude. These rights are often recognized as jus

[12] Law Commission's Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Article 22 "*The wrongfulness of an act of a State not in conformity with an international obligation towards another State is precluded if and to the extent that the act constitutes a countermeasure taken against the latter State in accordance with chapter II of part three*."

[13] Noam Zamir, Countermeasures, Jus Mundi, Wiki Notes, 29 October 2024, paras. 1–2.

cogens norms, meaning they are peremptory norms of international law from which no derogation is permitted.[14]

Qualified human rights, on the other hand, are those that can be limited or restricted under certain conditions. These rights are not absolute and may be subject to limitations to balance them with other rights or public interests. For instance, the right to freedom of expression can be restricted for reasons such as national security, public order, or the protection of the rights of others. Similarly, the right to liberty may be limited in cases of lawful detention following a fair trial. The European Convention on Human Rights, for example, allows for certain rights to be limited as long as the restrictions are prescribed by law, pursue a legitimate aim, and are necessary in a democratic society.[15]

Economic sanctions can strain a state's resources, significantly impacting its ability to fulfil its human rights obligations, such as providing adequate healthcare, education and food security. Naturally, the human rights that economic sanctions would be limiting are qualified. The logic is that when a state's economy is impaired by sanctions, its capacity to maintain public services and social welfare systems is severely compromised. This can lead to a deterioration in living standards and a violation of fundamental human rights, as the state struggles to meet the basic needs of its population.[16]

UNSC sanctions must align with the UN Charter's broader principles, including respect for human rights. Member states are obligated to uphold human rights and fundamental freedoms, a core purpose of the Charter reinforced by international treaties. Article 1(3) explicitly calls for international cooperation to promote and protect human rights without distinction based on race, sex, language or religion. The Security Council and its sanctions-related subsidiary bodies have noted that the aim of sanctions is not to harm civilian populations. For example, the President of the Security Council made a statement on 7 April 2000 in relation to sanctions on Afghanistan stating "*[t]he Security Council underlines that sanctions are not aimed at the Afghan people but are imposed against the Taliban because of its non-compliance with that resolution. The Council reaffirms its decision to assess the impact, including*

[14] Thomas Cottier, Trade and Human Rights: A Relationship to Discover, in Journal of International Economic Law Vol. 5 Issue 1, March 2002, p. 114.

[15] Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation), Judgment, 30 January 2024, paras. 293–294.

[16] Kanstantsin Dzehtsiarou, Civilising Globalisation. Human Rights and the Global Economy. By David Kinley, in Journal of International Economic Law Vol. 13 Issue 2, 23 June 2010, p. 523.

the humanitarian implications, of the measures imposed by that resolution".[17] What does it mean in practice? In terms of concrete action, the Security Council has sought to address the negative humanitarian consequences of sanctions upon civilian populations in three main ways.

First, the Council has outlined humanitarian exemptions from comprehensive and complex sanctions regimes. The Security Council has established humanitarian exemptions for sanctions regimes, including specific items and categories requiring committee approval. Financial sanctions exemptions cover humanitarian goods, pensions, basic services, and essential personal expenses. In 2002, the Council introduced a "Goods Review List" to refine the process. A Presidential Note further advocated exempting food, medical supplies and essential equipment from sanctions and emphasized ensuring civilians in targeted states have access to resources and financing for humanitarian imports.[18]

Second, it has moved towards targeted, 'smart sanctions'. The Security Council has shifted towards using targeted sanctions, aiming directly at decision-makers through travel and financial restrictions. It has also focused sanctions on strategic goods, banning items like arms, diamonds and timber, whose trade is seen as contributing to threats to peace.

Third, the Security Council has occasionally requested assessments of the humanitarian and socio-economic impact of sanctions. The Secretary-General has been asked to report on humanitarian conditions in target states (e.g., Iraq, Haiti, Eritrea, Ethiopia), assess the economic and social effects of sanctions (e.g., Afghanistan, Liberia), and recommend ways to reduce unintended harm to civilians. Subsidiary bodies have been assigned to evaluate humanitarian needs, determine if exemptions (e.g., for food) are required, and report on humanitarian circumstances in affected areas.[19]

---

[17] Statement by the President of the Security Council, 7 April 2000, Afghanistan.

[18] SC Res. 1409 (14 May 2002), para. 2. It was refined by SC Res. 1454 (30 December 2002), para. 1.

[19] See Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Order – Provisional Measures, 2 October 2018. The case was initiated by Iran against the United States, alleging violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights. This treaty was signed in Tehran on 15 August 1955 and entered into force on 16 June 1957. The dispute arose following the United States' decision to withdraw from the Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA) and reimpose nuclear-related economic sanctions on Iran, which Iran claimed breached several articles of the 1955 Treaty. Iran requested the Court to order the United States to suspend the implementation of the sanctions announced on 8 May 2018, arguing that these measures violated the Treaty of Amity. Iran sought provisional measures to ensure that the United States would not take any actions that might further prejudice Iran's trea-

Broad sanctions often impose significant economic hardships on the civilian population of the targeted state. By restricting essential goods and services, they lead to shortages and rising prices, disproportionately impacting ordinary citizens instead of the political elite they aim to pressure. As evidenced by cases brought to the ICJ by Iran against the United States, broad and indiscriminate imposition of sanctions can be prohibited under international law. In the Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Iran argued that U.S. sanctions reinstated after the 2018 withdrawal from the Joint Comprehensive Plan of Action (**JCPOA**) harmed its economy and impeded access to essential goods like food, medicine and civil aviation safety equipment. The ICJ, in provisional measures issued in October 2018, acknowledged the potential for severe impacts on the Iranian population and ordered the U.S. to lift sanctions affecting humanitarian goods and services.[20] This reflects a key finding: sanctions, when broadly applied, risk violating international norms if they disproportionately harm civilian populations or block essential humanitarian needs, highlighting the necessity of ensuring compliance with human rights obligations even in geopolitical disputes.

Further, the sanctions imposed on Iraq under United Nations Security Council Resolution 687 led to severe shortages in medical supplies and food.[21] These shortages had a de facto severe impact on the civilian population, contributing to a humanitarian crisis characterized by malnutrition and inadequate healthcare.[22] The sanctions regime, while aimed at compelling compliance with international mandates, inadvertently exacerbated the suffering of the Iraqi people, highlighting the unintended consequences of broad economic sanctions.[23] Before 1990, the UNSC imposed sanc-

ty rights, particularly concerning the importation of humanitarian goods such as medicines and foodstuffs. The ICJ unanimously indicated provisional measures requiring the United States to remove impediments to the free exportation of humanitarian goods to Iran and ensure that necessary licenses and authorizations were granted. Both parties were ordered to refrain from actions that might aggravate or extend the dispute or make it more difficult to resolve.

[20] Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018.

[21] UN Resolution 687, available at: https://www.un.org/depts/unmovic/documents/687.pdf.

[22] Sponeck, Hans C. von. A Different Kind of War: The UN Sanctions Regime in Iraq, Berghahn Books, New York & Oxford, September 2006.

[23] BIICL Event Report, 12 June 2014: Sanctions, Countermeasures and Human Rights, available at https://www.biicl.org/documents/238_sanctions_-_12_june_2014_-_event_report_final.pdf.

tions only twice, on South Africa and Southern Rhodesia. After 1990, its use of sanctions expanded, starting with comprehensive measures like the sweeping embargo on Iraq under Resolution 687. This caused severe civilian hardship, sparking public outcry and prompting the UNSC to adopt targeted sanctions.[24]

Aside from UNSC sanctions, international law equally recognises countermeasures. Article 50 (b) of the Draft Articles on States Responsibility for Internationally Wrongful Acts state that countermeasures shall not affect obligations for the protection of fundamental human rights. As such, countermeasures must not infringe on obligations to protect fundamental human rights. In the *Naulilaa* arbitration, the tribunal emphasized that lawful countermeasures must align with "*the requirements of humanity and the rules of good faith applicable in relations between [s]tates*."[25]

Similarly, the Institut de Droit International's 1934 resolution declared that states undertaking countermeasures must refrain from any harsh actions contrary to the laws of humanity or public conscience. This principle has evolved further with the post-1945 development of international human rights law, particularly through treaties that identify non-derogable rights, even during war or public emergencies.[26] Further, in its general comment No. 8 (1997) the Committee on Economic, Social and Cultural Rights discussed the effect of economic sanctions on civilian populations and especially on children stating that "*it is essential to distinguish between the basic objective of applying political and economic pressure upon the governing elite of a country to persuade them to conform to international law, and the collateral infliction of suffering upon the most vulnerable groups within the targeted country*."[27]

It follows sanctions deemed "valid" under international law must be subject to human rights scrutiny. Although such measures may, in practice, encroach upon qualified human rights, any infringement requires careful evaluation. Notably, this framework stands in stark contrast to unilateral sanctions imposed by individual states, where human rights compliance is considered only when the sanctions are formally challenged.

---

[24] BIICL Event Report, 12 June 2014: Sanctions, Countermeasures and Human Rights, available at https://www.biicl.org/documents/238_sanctions_-_12_june_2014_-_event_report_final.pdf.

[25] Portuguese Colonies case (Naulilaa incident), UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1) p. 1026.

[26] Annuaire de l'Institut de droit international, vol. 38 (1934), p. 710.

[27] E/C.12/1997/8, para. 4.

B. International sanctions and human rights at the domestic level: the example from the United Kingdom

1. Are UK Sanctions compatible with international law?

There is always a tension between the objectives of the international community's goals when imposing such sanctions and the protection of human rights. The UK is a signatory of the European Convention of Human Rights. As a result of its membership in the European Convention, the UK owes human rights obligations to all persons under its jurisdiction. In practical terms, these rights are safeguarded in the UK under the Human Rights Act 1998 which embodies the ECHR. Amongst these rights is the right to family life under Article 8 of the ECHR or the right of effective access to justice as enshrined in Article 6 of the Convention, and as referenced in the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

The sanctions regime in force in the UK is multifaceted. Several government departments are involved and there is a complex patchwork of laws, regulations and guidance which are ever changing. Since leaving the European Union the UK has been able to impose both unilateral sanctions and give effect to UN sanctions under the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018 (**SAMLA**). The UK also imposes financial sanctions under the Counter Terrorism Act 2008 (**CTA 2008**) and the Anti-Terrorism, Crime and Security Act 2001 (**ATCSA 2001**) and it can impose travel bans under the Global Human Rights Sanctions Regulations 2020.

The legal justifications for the UK sanctions against Russia put forward for the Russia Regulations 2019 are found in the Impact Assessment[28], Explanatory Notes[29] and the White Paper.[30] The sanctions are used as tools which "*can be used to coerce a change in behaviour, to constrain behaviour by limiting access to resources, or to communicate a clear political message*", and an admission that the UK (and the EU) turn to unilateral sanctions "*where*

[28] Sanctions and Anti-Money Laundering Bill, Explanatory Notes available at: https://publications.parliament.uk/pa/bills/lbill/2017-2019/0069/18069en.pdf

[29] See e.g., Explanatory Memorandum to the Russia (Sanctions) (EU Exit) (Amendment) (No.3) Regulations 2022 No. 195 available at: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2022/195/pdfs/uksiem_20220195_en.pdf

[30] Foreign and Commonwealth Office, HM Treasury, Department for International Trade, Public consultation on the United Kingdom's future legal framework for imposing and implementing sanctions, April 2017, available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a823b0ded915d74e34026db/Public_consultation_on_the_UK_s_future_legal_framework_for_imposing_and_implementing_sanctions__Print_pdf_version_.pdf

the UN has chosen not to act, but where we consider an international response is necessary" without further international dialogue or support. The statement indicates that the UK sanctions regime is intended to persuade Russia to halt its actions, and asserts that Russia's conduct violates international law, posing a significant threat to the global rules-based order.

There is no reference in any of these documents to assessments of, or compliance with international law in the imposition of unilateral sanctions. The UK does not invoke its right to impose sanctions as a response to a breach of any international laws, and it does not characterise the Russia Regulations 2019 as a form of countermeasure. Interestingly, in the Russia Regulations, the language is of "*encouragement*" rather than coercion, which seems at odds with the reality of the conduct being prohibited. The effect is that while the relevant primary and secondary legislation (i.e. SAMLA and the 2019 Russia Regulations) *could* be incompatible with international law in some circumstances, none of the potential frictions are addressed, and the limitations of non-intervention under international law are entirely ignored.

2. Are UK Sanctions a proportionate interference with rights under the ECHR?

(a) Right to family life – Article 8 and Article 1, Protocol 1 of the ECHR

The Supreme Court is reviewing Eugene Shvidler's appeal, a case strikingly similar to numerous delisting applications[31] from Russian nationals deemed by the UK Government as sufficiently influential to shape Russian politics. More specifically, the case concerns the decision of the Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs to maintain Eugene Shvidler's designation as a sanctioned individual under the Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019. Shvidler, a US-British dual national, was a longtime friend and business associate of Roman Abramovich, having held senior roles at Sibneft, and later serving as a non-executive director of Evraz, a UK-listed company linked to Abramovich. Following Abramovich's designation on 10 March 2022, Shvidler resigned from Evraz's board, but was sanctioned on 24 March 2022 due to his business ties. Shvidler filed an application for a judicial review, he challenged his designation under the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018, arguing it violated his ECHR rights

[31] See e.g., Dalston Projects Ltd & Ors v Secretary of State for Transport [2023] EWHC 1885 (Admin), 21 July 2023; Fridman, R (On the Application Of) v HM Treasury [2023] EWHC 2657 (Admin), 26 October 2023; Mazepin v Secretary of State for Foreign Commonwealth and Development Affairs [2023] EWHC 1777 (Admin), 08 June 2023.

such as the right to family life. Both the Administrative Court and Court of Appeal largely upheld the designation.

The Court of Appeal rejected the Claimant's arguments on two grounds. First, the Claimant argued that the sanctions imposed on him were unlawful, as they inflicted severe hardship on him, his family, and associates by restricting access to his assets and prohibiting third parties from providing essential goods and services under threat of criminal penalties. He maintained that this violated his rights under Article 8 and Article 1 of the Protocol 1 of the ECHR and equivalent common law protections. To be lawful, he asserted, the designation had to meet the test of proportionality, requiring a sufficiently important objective, a rational connection to that objective, the least intrusive means available, and a balance where public benefits outweighed private harm.[32] He contended that his designation failed this test, as the sanctions' impact on him and his family was manifestly disproportionate and lacked a rational connection to the stated policy goals, making it an unlawful interference with his fundamental rights under the ECHR, and thus an unlawful act of a public authority under Section 6 of the Human Rights Act 1998.[33]

The Secretary of State responded that the Claimant had not challenged the lawfulness of the 2019 Regulations or the determination that he was an "involved person." Instead, the issue was whether his designation remained proportionate despite meeting the legal criteria.[34] The Secretary of State argued that the sanctions served a critical foreign policy objective – pressuring the Russian government to cease its actions in Ukraine. It was further asserted that no less intrusive measures would be effective, that the sanctions were temporary and reversible, and that the Claimant could apply for licences to meet his and his family's basic needs. Additionally, legal safeguards, including Ministerial and judicial reviews, were in place. Given these factors, the Secretary of State maintained that the designation was proportionate and within the government's broad discretion on foreign policy matters.[35]

Shvidler's second ground was broadly speaking a case on discrimination. The Claimant argued that the Secretary of State exercised his discretion discriminatorily by sanctioning former Evraz plc directors based on their race

[32] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, paras. 70–71.

[33] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, paras. 72–73.

[34] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, para. 74.

[35] *Ibid*.

or ethnicity, violating Article 14, read with Article 8 and Article 1 Protocol 1, and making the decision unlawful under Section 6 of the Human Rights Act 1998. He contended that where differential treatment is based on race or ethnicity, it must meet the strictest standard of justification.[36]

The Secretary of State rejected this claim, asserting that ethnicity was not a factor in the decision-making. While the sanctioned former Evraz board members were of Russian or Ukrainian ethnicity, they were not designated solely for their former roles at Evraz. Instead, the difference in treatment stemmed from their specific circumstances, not discrimination, meaning no justification for racial bias was required.

The Court of Appeal recalled that the test for proportionality was to be found in the *Bank Mellat* case.[37] In this case, Lord Sumption held that the answer to the question whether a measure is proportionate depends on an exacting analysis of the factual case advanced in defence of the measure, in order to determine (i) whether its objective is sufficiently important to justify the limitation of a fundamental right; (ii) whether it is rationally connected to the objective; (iii) whether a less intrusive measure could have been used; and (iv) whether, having regard to these matters and to the severity of the consequences, a fair balance has been struck between the rights of the individual and the interests of the community.[38] By reference to the *Dalston Projects* case[39], the Court of Appeal found that the effectiveness of a sanctions regime depended on the cumulative effect of all measures imposed under the regime, together with other diplomatic pressures. The Secretary of State had a broad margin of discretion in determining that sanctions were needed. As to the proportionality, the Court of Appeal recalled that the foreign policy objectives were paramount and carried significant weight. While the sanctions had severe effects on the Claimant and his family, the Secretary of State duly considered these impacts and deemed them insufficient to override the public interest. As the sanctions did not endanger the Claimant's life or liberty and remained temporary, they were found to be proportionate.[40]

[36] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, para. 75.

[37] Bank Mellat v HM Treasury [2013] UKSC 39, [2014] A.C. 700, [2013] 6 WLUK 527.

[38] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, para. 80.

[39] Dalston Projects Ltd v Secretary of State for Transport [2023] EWHC 1885 (Admin), [2024] 1 Lloyd's Rep. 143, [2023] 7 WLUK 302

[40] Eugene Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs, [2023] EWHC 2121, paras. 136–145.

A central question before the UK Supreme Court is whether an individual can justifiably be held accountable for the actions of a sovereign state like Russia. The principle of proportionality demands that any measure strikes a fair balance, ensuring that the public benefit outweighs the private harm. Yet, a fundamental issue remains: how can a single individual meaningfully influence or alter the course of a state's conduct? This raises the concern that unilateral sanctions may be a blunt instrument, disproportionately punishing individuals for actions beyond their control—a sledgehammer used to crack a nut. While governments have broad discretion in pursuing foreign policy objectives, the logic of penalizing an individual for a state's actions appears tenuous, if not futile.

(b) Right to access to justice – Article 6 of the ECHR

The UK Sanctions Regime affects a broad range of service providers, including lawyers, banks, insurers, and accountants. Excessive enforcement can undermine fundamental rights, depriving litigants of legal representation and the equality of arms, including access to expert witnesses in complex disputes. Civil fines may be imposed on banks, financial institutions, corporations, and individuals who aid or abet a sanctioned person in circumventing sanctions. Knowingly violating sanctions is a criminal offence, punishable by fines or up to 10 years' imprisonment. Multiple UK Government Departments oversee enforcement, including designating individuals and implementing sanctions policy. The constantly evolving, complex regime creates a regulatory burden for those facilitating access to justice, where delays risk denying justice altogether

The right of access to justice and fair trial are fundamental rights enshrined in Article 6 § 1 of the of the Convention. Under the Convention, its slightly more controversial whether the right to fair trial also encompasses the right to legal representation.[41] The right to be assisted by a lawyer is long established in the jurisprudence of the European Court of Human Rights for criminal cases. The rationale for this rule is to prevent miscarriages of justice and ensure the equality of arms.[42] For civil cases, the European Court of Human

[41] For example, in *Bank St Petersburg PSJC and another v Arkhangelsky and others* [2015] EWHC 3498 (Ch), the High Court considered that a fair trial remained possible even though the defendants were unrepresented; while there would be "*obvious and formidable*" difficulties, the court would have assistance from the claimant's lawyers in order to grasp the facts and principles [at para. 32].

[42] See Beuze v. Belgium [GC], 2018, at paras.125-130; Salduz v. Turkey [GC], 2008, at paras. 53–54; Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 2016, at para. 255; Simeonovi v. Bulgaria [GC], 2017, at para 112.

rights found that the Convention is intended to safeguard rights which are practical and effective, in particular the right of access to a court. Hence, Article 6 § 1 may sometimes compel the State to provide for the assistance of a lawyer when such assistance proves indispensable for an effective access to court.[43] The right to legal representation is a necessary safeguard for the right to a fair trial and the equality of arms.

Since lawyers are forbidden from assisting designated individuals without appropriate clearance, there have been serious concerns that economic sanctions may impact fundamental rights and the rule of law.

The *JSC VTB Bank v Taruta*[44] case illustrates the challenges counsel may face. In that case, a BVI Court rejected a law firm's request to stop representing VTB, a sanctioned Russian bank, due to potential legal and reputational risks. The court reasoned that VTB's lawyers had an ongoing obligation to their client and could not unilaterally terminate their mandate:

> '*VTB may be a pariah, as Mr Alexander QC submitted. That does not afford a ground for its legal representatives to withdraw from representing them. Quite the contrary. It is precisely when VTB are stigmatised as a pariah that VTB need the best endeavours of their legal representatives to advise them and to advocate in Court on their behalf. However uncomfortable it may be for Ogier, this is, as Ms Boyce asserted in respect of England and Wales, a vital safeguard for ensuring the rule of law in this Territory. Even pariahs have rights*.'

In the UK, despite OFSI's attempts to provide a comprehensive framework for lawyers when dealing with sanctioned individuals, difficulties remained in the timely assessment of the licensing application. Before issuing a general licence in October 2022, legal practitioners had to apply to OFSI for an individual license on a case-by-case basis. Such applications were subject to scrutiny by their staff members regarding the nature of the case, the scope of legal representation, and the proposed legal fees. Further, the OFSI report for 2022–2023 reveals that OFSI increased resources in its enforcement team by 175%, in its licensing team by 160% and in its guidance and engagement team by 120%, "*significantly expanding OFSI capability and capacity.*"[45] That alone indicates that, prior to that staff increase, OFSI was

[43] Airey v. Ireland, 1979, at para 26.

[44] JSC VTB Bank v (1) Sergey Taruta (2) Arrowcrest Ltd BVIHC (COM) 2014/0062 [at para. 16].

[45] OFSI Report for 2022–2023: https://www.gov.uk/government/publications/ofsi-annual-reviews/ofsi-annual-review-2022-to-2023-strengthening-our-sanctions

severely understaffed which could explain significant delays in the review of licensing applications.

The UK Sanctions regime has a broad reach and creates obligations equally for legal practitioners, banks and insurance companies. For solicitors, the Solicitors Regulation Authority (**SRA**) issued guidance on 28 November 2022 identifying the obligations and compliance requirements when dealing with designated clients. Amongst this guidance, the SRA recommends engaging with banks and insurers to see if they will continue to provide services in cases where the solicitor wishes to act for a designated entity.[46] Yet, the SRA itself recognised that they have encountered "*numerous scenarios where the refusal of the bank was an insurmountable obstacle*".[47]

It follows that banks and insurers may exert indirect pressure on counsels willing to act for designated entities. Such situations *de facto* deprive litigants of the right to legal representation. The SRA explains that "*the existence of an OFSI licence permits certain actions but does not compel third parties to take or facilitate those actions*".

In complex disputes, the right to a fair trial may also be impacted if a designated person cannot engage an expert witness. Financial expert witnesses are often required in complex legal proceedings. These expert witnesses play a pivotal role in providing clarity, understanding, and authoritative analysis of financial issues beyond the general knowledge of judges or arbitrators and other parties involved. Financial expert witnesses and their firms need robust compliance programmes to navigate the complexities of the UK Sanctions Regime effectively. In some cases, the accountancy firms have more stringent difficulties obtaining necessary authorizations from OFSI. In other cases, the firms face the same problems from insurers, which can refuse to provide professional insurance to firms that act for designated entities.

The challenges associated with obtaining licenses for legal representation, the reluctance of insurers and banks to support the provision of such services, and the difficulty in securing expert witnesses have all regrettably hindered access to justice. Yet, does this constitute an actionable claim? The answer is likely no. Foremost, it remains uncertain whether the right to legal counsel in civil cases is firmly established under Article 6 of the ECHR. The right to legal representation in criminal proceedings is protected under Article 6(3)(c) of the ECHR, which states "*everyone charged with a criminal offence has the*

[46] See SRA Guidance of 28 November 2022: https://sra.org.uk/solicitors/guidance/financial-sanctions-regime/

[47] See SRA Guidance of 28 November 2022: https://sra.org.uk/solicitors/guidance/financial-sanctions-regime/

following minimum rights to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require". The right to counsel does not equate to the right to counsel of one's choosing. Thus, in civil cases, it is difficult to argue that a denial of preferred representation constitutes a breach of the right of access to justice under Article 6.

IV. Can human rights violations deriving from unilateral sanctions give rise to ISDS claims?

With national courts unlikely to uphold human rights claims, it is crucial to explore whether investor-state tribunals, established under investment treaties, offer a suitable forum for addressing human rights violations arising from unilateral sanctions.

This analysis begins by examining the interplay between human rights and investment treaties. While investors may invoke human rights to reinforce their claims, tribunals often reject such arguments when the treaty's scope does not expressly accommodate them.[48] Secondly, it is crucial to assess whether unilateral sanctions constitute a breach of a state's obligations under international law. Third, when investors do not explicitly invoke human rights violations, it is essential to identify Investment Treaty breaches that closely mirror such infractions. Fourth, the article explores the extent to which violations of Investment Treaties align with human rights breaches, analysing the substantive protections that intersect with fundamental rights principles. Fifth, it examines whether unilateral sanctions can be justified under the police powers doctrine, evaluating their legitimacy as regulatory measures rather than unlawful state interference. Lastly, the article assesses whether unilateral sanctions may constitute legitimate countermeasures under international law, outlining the conditions under which they may be lawfully imposed in response to a prior wrongful act.

A. Are human rights violations actionable before ISDS tribunals?

Human rights violations deriving from sanctions can potentially give rise to Investor-State Dispute Settlement (**ISDS**) claims, although the relationship between sanctions, human rights, and ISDS is complex and not straightforward. The basis for investment treaty claims lies in bilateral or multilateral

[48] See e.g., SAUR International S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/4, paras. 330–331.

investment treaties, which delineate the specific state violations that may warrant redress through arbitration. Many international investment agreements, whether bilateral or multilateral, specify that disputes between investors and host states shall be resolved under international law, either solely or in combination with other laws.[49] Consequently, the primary question to address is whether human rights obligations are explicitly embedded within investment treaties or can be interpreted as being incorporated into them. Even absent an explicit treaty reference, prevailing case law and scholarly consensus indicate that international law still governs the merits of the dispute.[50] Scholars further suggest that as an integral part of international law, international human rights law should, in principle, apply to investment treaty disputes.[51]

In *Urbaser v. Argentina* the tribunal implicitly confirms that an international human rights law obligation—whether arising from another treaty between the investor's home state and the host state, or constituting a general principle of international law—would, in principle, apply in investment treaty disputes. This is based on the reasoning that such obligations form part of the broader legal framework governing these disputes, namely international law.[52] This case was brought under the Spain-Argentina BIT and the dispute revolved around foreign minority shareholding in an Argentinean company that held a concession for providing drinking water supply and sewerage services in Buenos Aires. Human rights obligations were brought by Argentina in the context of counterclaims. Ultimately the counterclaims were rejected and the tribunal found that positive human

[49] North American Free Trade Agreement (signed 17 December 1992, entered into force 1 January 1994) (NAFTA) art 1131; Energy Charter Treaty (signed 17 December 1994, entered into force 16 April 1998) (ECT) art 26(6); US Model Bilateral Investment Treaty (2012) art 30(1).

[50] Yas Banifatemi, 'The Law Applicable in Investment Treaty Arbitration' in Katia Yannaca-Small (ed), Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (OUP 2010) (n 15). See also MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/7, Award (25 May 2004) para 204; Christoph H Schreuer and others, The ICSID Convention: A Commentary (2nd edn, CUP 2009) 583–7; Hege Elisabeth Kjos, Applicable Law in Investor – State Arbitration (OUP 2013) 235.

[51] Bree Farrugia, 'The human right to water: defences to investment treaty violations' (2015) 31 Arb Intl 261, 263–4; Ursula Kriebaum, 'Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration' (2009) 10(5) JWIT 653, 661; Luke Eric Peterson, Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the Role of Human Rights Law within Investor – State Arbitration (2009) 3 Investing in Human Rights Series (Montreal: International Centre for Human Rights and Democratic Development) 22.

[52] Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, para 1207.

rights obligations such as the provision of water could not be incumbent on a private investor.[53]

The principle of systemic integration can facilitate the application of human rights norms in investment treaty disputes. The Vienna Convention on the Law of Treaties (**VCLT**) codifies the rules that guide treaty relations between states and provides an international legal framework for these relations. The VCLT is widely accepted as reflecting customary international law, even by states that are not parties to the Convention. For instance, the United States, although not a party to the VCLT, considers its principles, particularly those in Articles 31 and 32 regarding treaty interpretation, as reflective of customary international law.[54] This principle, as expressed in Article 31(3)(c) of the VCLT, requires any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties be taken into account when interpreting a treaty. This includes international human rights law, which is considered part of the broader corpus of international law.[55]

B. Can unilateral sanctions constitute violation of a state's obligation under international investment agreements?

State-perpetrated human rights violations against investors may breach investment treaties, depending on the circumstances and treaty provisions. These treaties typically safeguard investors with guarantees like fair and equitable treatment, protection against expropriation and full security. If a state's actions infringe on these protections, they could constitute treaty violations. If a state enacts discriminatory or arbitrary measures or fails to provide legal protections, it may breach the fair and equitable treatment standard in investment treaties.[56]

---

[53] Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, para 1210.

[54] Oschadbank v. Russian Federation, PCA Case No. 2016-14, Professor Yves Nouvel International Law Expert Report on the 1998 Agreement Between the Cabinet of Ministers of Ukraine and the Government of the Russian Federation on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, 1 March 2024.

[55] Fabio Giuseppe Santacroce, The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes, in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal Vol. 34 Issue 1, 24 September 2019, pp. 148–149; See also ILC's Study on Fragmentation of International Law (n 33) paras 461–72.

[56] Fabio Giuseppe Santacroce, The Applicability of Human Rights Law in International Investment Disputes, in ICSID Review – Foreign Investment Law Journal Vol. 34 Issue 1, 24 September 2019, pp. 138–140.

Unilateral sanctions can potentially constitute a violation of a state's obligations under international investment agreements, depending on the specific circumstances and the provisions of the agreement in question. The impact of unilateral sanctions on investment protections such as expropriation and fair and equitable treatment (**FET**) is a complex issue in international investment law.[57]

Unilateral sanctions imposed by a state could be seen as expropriatory if they effectively deprive an investor of the use or value of their investment without adequate compensation. Similarly, if such sanctions are arbitrary, discriminatory, or violate the legitimate expectations of the investor, they could breach the FET standard. The scope of the FET is not precisely defined, leading to a significant degree of interpretation by arbitral tribunals. For example, in the *Suez v. Argentina* case, the arbitral tribunal found that fair and equitable treatment depends on the legitimate expectations created by the host state for the investor, which are shaped by laws, policies, and official statements, and that frustrating these expectations may constitute a treaty breach:

> *In an effort to develop an operational method for determining the existence or nonexistence of fair and equitable treatment, arbitral tribunals have increasingly taken into account the legitimate expectations that a host country has created in the investor and the extent to which conduct by the host government subsequent to the investment has frustrated those expectations* (...).[58]

Despite its vagueness, certain core elements have been identified through arbitral practice. These include due process[59], non-arbitrary treatment manifested by the need to offer a stable and predictable legal framework;[60] non-

[57] Philip Reens, The ISDS Impact of Economic Sanctions: Lessons From the Korea-Iran Investment Disputes, in The American Review of International Arbitration Vol. 33 No. 4, 2022, p. 432.

[58] Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/17, para. 204.

[59] Mason Capital L.P. and Mason Management LLC v. Republic of Korea, PCA Case No. 2018-55, para. 743; Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, para. 314; Rumeli and Telsim v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, para. 605.

[60] ACF Renewable Energy Limited v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/18/1, para. 1726; Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ICSID Case No. ARB/11/23, para. 537; CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, paras. 274–275.

discriminatory treatment[61], and as mentioned above the protection of legitimate expectations of investors.

Whether the so-called "Russian sanctions" could form a factual basis for valid investment claims is yet to be determined by arbitral tribunals. For example, Mikhail Fridman has launched a treaty arbitration against Luxembourg, contesting EU sanctions enforced by the state under the Belgium/Luxembourg-Russia BIT and UNCITRAL rules. He contends that Luxembourg actively facilitated these measures, effectively expropriating his assets and violating BIT protections, including fair and equitable treatment, full protection and security, and free transfer of funds. Despite a 2024 EU General Court ruling annulling his sanctions designation, renewed EU measures continue to erode his business, inflicting what he calls "catastrophic consequences." Seeking to expand the BIT's dispute resolution scope via its most-favoured-nation clause, Fridman claims losses exceeding $16 billion and demands moral damages.[62] The case is currently pending at the jurisdictional stage which makes it difficult to predict its outcome.

Nevertheless, some inspiration can be provided by the tribunal's findings in the *Dayyani v. Korea Case*. The case was brought under the Korea-Iran BIT, which entered into force in 2006 and features broad protections, including an umbrella clause, but lacks security or public policy exceptions. Iranian businessman Mohammad Reza Dayyani and his family, through their holding company D&A (a Singaporean entity), attempted to acquire South Korea's Daewoo Electronics. The deal collapsed, leading the Dayyanis to file an investor-state dispute settlement claim under the BIT, arguing that South Korea's actions amounted to treaty breaches. The case arose in the context of international sanctions, raising issues about whether state actions linked to sanctions enforcement can breach investment treaty protections. Korea contested jurisdiction, arguing that D&A, not Dayyani, was the real investor and that he lacked direct legal standing. The tribunal rejected Korea's defence, holding that Dayyani, as a shareholder, qualified for treaty protection even though D&A was a separate legal entity.[63]

[61] Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/19/28 para. 1027; Saluka Investments BV v. The Czech Republic, PCA Case No. 2001-04, para. 303; Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, para. 609.

[62] Article, IA Reporter, Russian businessman lodges first known treaty arbitration against Luxembourg, alleging that EU sanctions amount to a "witch-hunt" against wealthy Russian individuals and asking for upwards of 16 billion USD in damages

[63] Mohammad Reza Dayanni et al. v. Republic of Korea (I) (Iran-Kor.), [2019] EWHC (Comm) 3580 (Perm. Ct. Arb. 2019) The case became known in the context of enforcement proceedings in the United Kingdom.

Can the findings of *Dayyani v Korea* be extrapolated to Russia-related sanctions? The answer will depend on the wording of each BIT that will be put to question. The Korea-Iran BIT's lack of security or public policy exceptions means sanctions-related claims could fall under investment treaty protections.

If domestic courts recognize human rights violations against sanctioned individuals – though this remains unlikely in the *Shvidler* case before the UK Supreme Court – such findings could lay the groundwork for investor-state tribunal claims. This could be viewed as a further step for compensation, given the host state's obligation to uphold a stable and predictable investment environment, the obligation to observe the investor's legitimate expectations and warrant against discriminatory treatment. However, the strength of potential state defences must not be overlooked.

First, a state may assert that sanctions constitute a legitimate exercise of its public policy powers[64], particularly when tied to serious violations of international obligations deemed matters of international public policy. This, however, invites the investment arbitral tribunal's scrutiny of their rationality and proportionality in achieving their stated objectives. For example, while the UK's sanctions on Russian individuals and businesses were ostensibly aimed at influencing a change in the state behaviour, a critical question arises: did the targeted individuals wield any real lever age, or were the sanctions merely designed to undermine Russian business as a whole?

Second, many investment treaties contain security exceptions that permit states to take measures necessary for the protection of national security or public order. A state can rely on these exceptions to justify the imposition of sanctions, provided the measures are not arbitrary or discriminatory.

Third, if sanctions align with international obligations, such as those mandated by the UN Security Council, a state may argue that these obligations supersede the bilateral investment treaty (**BIT**) commitments. However, most sanctions against Russia were imposed unilaterally due to the impossibility of securing UNSC approval against a permanent member. Expanding on this, a state might invoke the necessity defence, claiming the sanctions were essential to protect national security interests or comply with international obligations. To succeed, this defence requires proving that the measures were the only viable means to safeguard those interests and were proportionate to the threat posed.

[64] Philip Reens, The ISDS Impact of Economic Sanctions: Lessons From the Korea-Iran Investment Disputes, in The American Review of International Arbitration Vol. 33 No. 4, 2022, pp. 433–434

V. Conclusion

The intersection of sanctions, human rights and investment arbitration underscores a profound tension between justice and power, where legal principles, geopolitical interests, and economic coercion converge. Sanctions, often viewed as a sledgehammer to crack a nut, aim to pressure states into compliance but frequently ensnare individuals and businesses with little direct influence over political decisions. While their efficacy remains debatable, their impact is undeniable – leading not only to significant economic and reputational harm but also to a growing wave of investment arbitration claims.

Unilateral sanctions, particularly those not endorsed by the UN Security Council, risk becoming arbitrary and disproportionate, raising concerns about due process, property rights, and access to justice. As seen in the Shvidler case, domestic courts are increasingly called to assess whether such measures violate fundamental rights under human rights law, but legal recourse remains limited and politically fraught. This legal void has driven affected investors to turn to investment arbitration, where tribunals must balance state sovereignty with the protections enshrined in investment treaties.

Investment treaties, which guarantee fair and equitable treatment, protection against expropriation, and full security, have become a battleground for challenging sanctions-related economic deprivations. Cases such as *Dayyani v. Korea* illustrate how tribunals interpret sanctions as potential treaty breaches, opening the door for states to face costly arbitration proceedings. However, the success of such claims depends on treaty wording, tribunal discretion, and state defences, including public policy justifications, security exceptions and the necessity doctrine.

Ultimately, this sanctions-human rights-investment arbitration nexus reflects the uneasy alignment between power and justice, where economic warfare collides with legal accountability. Sanctions, designed to be coercive foreign policy instruments, may, paradoxically, trigger a cascade of investment disputes, forcing states to defend their actions before tribunals rather than achieving their intended diplomatic objectives. As the landscape of global governance continues to evolve, the role of international law in mediating these power struggles, ensuring due process, and safeguarding economic interests remains more critical than ever.

ЛУЧШАЯ ЗАЩИТА – ЭТО НАПАДЕНИЕ: ВОЗМОЖНО ЛИ ПРЕОДОЛЕТЬ ОГОВОРКИ О ЗАПРЕТЕ ТРЕБОВАНИЙ (NO CLAIMS) И ОБ ОСВОБОЖДЕНИИ ОТ ОТВЕТСТВЕННОСТИ (NO LIABILITY) ПО САНКЦИОННЫМ РЕГЛАМЕНТАМ

С.В. Морозов,
LL.M. (Pepperdine), партнер,
Руководитель практики международных споров
и санкций BGP Litigation (Дубай);
заместитель председателя правления РАА*

Аннотация:
Автор рассматривает актуальную, но ранее не получавшую должного внимания доктринальную проблематику санкционных оговорок о запрете требований и об освобождении от ответственности. Проанализированы история возникновения таких оговорок, условия и последствия их применения, а также способы преодоления и защиты лиц, пострадавших от санкций. Впервые в доктрине предпринята попытка комплексно изучить указанные институты в санкционных режимах Европейского союза и Великобритании.

Ключевые слова: *оговорка о запрете требований, оговорка об освобождении от ответственности, санкции, подсанкционные лица, инвестиционный арбитраж.*

* Автор благодарит В. Горощенко и А. Журбина за неоценимую помощь в подборе материалов при написании данной статьи. Все неточности и огрехи остаются, несомненно, на совести автора.

THE BEST DEFENSE IS A GOOD OFFENSE: IS IT POSSIBLE TO OVERCOME NO CLAIMS AND NO LIABILITY CLAUSES UNDER THE SANCTIONS REGULATIONS

Sergey Morozov,
LL.M. (Pepperdine), Partner,
Head of International Disputes and Sanctions
at BGP Litigation (Dubai),
Deputy Chairman, RAA Board

Abstract:
The author considers the topical, but previously neglected doctrinal problems of sanctions no-claims and no-liability clauses. He analyzes the history of implementation of such clauses, the conditions and the consequences of their application, as well as ways to overcome them and protect persons affected by sanctions. This represents the first doctrinal attempt to provide comprehensive insight on these institutions in the sanction regimes of the European Union and the United Kingdom.

Key words: *no-claims clause, no-liability clause, sanctions, sanctioned persons, investment arbitration.*

1. Введение

Санкционное законодательство предусматривает особый правовой механизм, регулирующий применение оговорок о запрете требований (no-claims clause) и об освобождении от ответственности (no-liability clause) (**Оговорки**), которые предоставляют правовую защиту от ответственности за неисполнение обязательств, вызванное соблюдением санкционного режима, а также запрещают удовлетворение требований подсанкционных лиц. Данные Оговорки основаны на ст.ст. 10 и 11

Регламентов ЕС 269/2014[1] и 833/2014[2], а также ст. 44 Закона Великобритании о санкциях и противодействии легализации доходов, полученных преступным путем 2018 г. (**SAMLA**). Как будет показано далее, данные Оговорки не являются чем-то новым для санкционных режимов ЕС и Великобритании, однако до сих пор какие-либо детальные разъяснения порядка их применения как со стороны регуляторов, так и в правоприменительной практике отсутствуют. Более того, в настоящее время не сформировался достаточный массив доктринальных источников, которые бы глубоко анализировали как основания и последствия применения данных Оговорок, так и возможные способы защиты пострадавших подсанкционных лиц.

Данное исследование также направлено на определение правовых последствий для договорных обязательств при применении Оговорок. В частности, представляется важным определить, изменяется ли основное обязательство при применении Оговорок и каким образом Оговорки влияют на обязательства по возмещению убытков, возникших вследствие действия санкций. Представляется, что обязательства, подпадающие под действие Оговорок, не прекращаются, а лишь приостанавливаются на период действия санкций.

Помимо теоретической ценности, настоящее исследование имеет и большую практическую значимость, поскольку, по нашим оценкам, сумма требований российских пострадавших лиц к иностранным контрагентам, которые недобросовестно используют Оговорки для неисполнения обязательств, может достигать от нескольких миллиардов до нескольких десятков миллиардов долларов США по состоянию на начало 2025 г. На Оговорки ссылаются европейские контрагенты и банки, отказывая в перечислении денежных средств за выполненные работы и поставленные товары или в возврате неотработанного аванса, уплаченного подсанкционными лицами и лицами, к которым применяются санкционные ограничения без надлежащих оснований,

[1] Регламент Совета (ЕС) № 269/2014 от 17 марта 2014 г. об ограничительных мерах в отношении действий, подрывающих или угрожающих территориальной целостности, суверенитету и независимости Украины (Council Regulation (EU) No 269/2014 of 17 March 2014 concerning restrictive measures in respect of actions undermining or threatening the territorial integrity, sovereignty and independence of Ukraine) (**Регламент 269**).

[2] Регламент Совета (ЕС) № 833/2014 от 31 июля 2014 г. относительно ограничительных мер в связи с действиями России, дестабилизирующими ситуацию на Украине (Council Regulation (EU) No 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine) (**Регламент 833**).

например, вследствие ошибочного использования критериев контроля или действия от имени подсанкционного лица (пострадавшими лицами). Таким образом, разработка эффективных правовых стратегий для преодоления Оговорок приобретает особую актуальность для российских лиц.

2. История возникновения Оговорок

Первое появление оговорки о запрете требований связано с принятием Советом Безопасности Организации Объединенных Наций (**Совбез ООН**) резолюций, связанных с вторжением Ирака в Кувейт 2 августа 1990 г.

6 августа 1990 г. Совбез ООН принял Резолюцию 661 (1990)[3], на основании которой ввел экономическое и финансовое эмбарго в отношении Ирака. Эмбарго было направлено на предотвращение импорта товаров и продукции, произведенных в Ираке, экспорта товаров или продукции с территории Ирака, поставок и перевозок с использованием судов под флагом Ирака, а также на предотвращение предоставления экономических и финансовых ресурсов лицам в Ираке. 3 апреля 1991 г. Совбез ООН ввиду продолжающегося несоблюдения предшествующих резолюций (в т.ч. Резолюции 661 (1990)) в отношении конфликта с Кувейтом принял так называемую резолюцию «о прекращении огня» 687 (1991)[4], которая предусматривала отмену эмбарго при выполнении Ираком определенных условий[5].

Пункт 29 резолюции Совбеза ООН 687 (1991) содержит положение следующего характера:

> [Совбез ООН] «постановляет, что все государства, включая Ирак, должны принять необходимые меры для обеспечения того, чтобы никакие требования[6] не выдвигались со стороны правительства Ирака или любого лица или органа в Ираке, или любого лица,

[3] Резолюция 661 (1990) Совбеза ООН от 6 августа 1990 г.

[4] Резолюция 687 (1991) Совбеза ООН от 3 апреля 1991 г.

[5] Таких условий, как: 1) уничтожение, изъятие или обезвреживание химического оружия и баллистических ракет с дальностью свыше 150 км; 2) обязательство не использовать, не разрабатывать, не приобретать средства в п. 1; 3) обязательство не приобретать и не разрабатывать ядерное оружие и его компоненты; 4) обязательство предоставить доступ МАГАТЭ к средствам в п. 3.

[6] В англоязычной версии резолюции используется слово claims.

выдвигающего требования через любое такое лицо или орган или в их интересах, в связи с любым контрактом или другой сделкой, на выполнение которых повлияли меры, принятые [Совбезом ООН] в резолюции 661 (1990) и соответствующих резолюциях»[7].

Таким образом, п. 29 резолюции Совбеза ООН 687 (1991) ввел на тот момент первое в своем роде положение в международно-правовом акте, защищающее операторов, соблюдающих санкции Совбеза ООН, от требований иракских физических и юридических лиц и государственных образований, тем самым лишая Ирак возможности ретроспективно получить компенсацию за негативные последствия введенного эмбарго.

В рамках Европейского союза первый пример оговорки о запрете требований как элемент санкционного режима был закреплен в ст. 2 Регламента ЕС 3541/92 от 7 декабря 1992 г.[8], имплементирующей положения п. 29 резолюции СБ ООН 687 (1991). Эта статья, остающаяся в силе до сих пор[9], звучит следующим образом:

«1. Запрещается удовлетворять или предпринимать какие-либо шаги для удовлетворения требования, предъявленного:
a) иракским физическим лицом или организацией, или лицом, которые действуют через физическое лицо или организацию в Ираке;
b) любым физическим лицом или организацией, которые действуют прямо или косвенно, от имени или в интересах одного или нескольких физических лиц или организаций в Ираке;

---

[7] "*Decides that all States, including Iraq, shall take the necessary measures to ensure that no claim shall lie at the instance of the Government of Iraq, or of any person or body in Iraq, or of any person claiming through or for the benefit of any such person or body, in connection with any contract or other transaction where its performance was affected by reason of the measures taken by the Security Council in resolution 661 (1990) and related resolutions*".

[8] Регламент Совета (ЕЕС) № 3541/92 от 7 декабря 1992 г., запрещающий удовлетворение требований Ирака в отношении контрактов и сделок, на выполнение которых повлияли резолюция 661 (1990) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций и связанные с ней резолюции (Council Regulation (EEC) No 3541/92 of 7 December 1992 prohibiting the satisfying of Iraqi claims with regard to contracts and transactions, the performance of which was affected by United Nations Security Council Resolution 661 (1990) and related resolutions).

[9] URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31992R3541 (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

c) любым физическим лицом или организацией, которые используют передачу прав или иным образом предъявляют требования через одно или несколько лиц или организаций в Ираке;
d) любым физическим лицом или организацией, упомянутыми в п. 29 резолюции [Совбеза ООН] 687 (1991);
e) любым физическим лицом или организацией, предъявляющими требование, вытекающее из или в связи с выплатой по облигации, финансовой гарантии или возмещения ущерба одному или нескольким вышеупомянутым лицам или организациям, в рамках или в связи с контрактом или сделкой, на выполнение которых было оказано прямое или косвенное воздействие, полностью или в части, в соответствии с мерами, принятыми во исполнение резолюции 661 (1990) [Совбеза ООН] и связанных с ней резолюций.

2. Настоящий запрет применяется в рамках [ЕС] и к любому гражданину государства-члена [ЕС] и к любой организации, которая зарегистрирована или учреждена в соответствии с законодательством государства-члена [ЕС]»[10].

Аналогичные положения содержатся в ст. 2 Регламента ЕС 1733/94[11] (имплементирующей п. 9 резолюции Совбеза ООН 757 (1992) по Юго-

[10] "*1. It shall be prohibited to satisfy or to take any step to satisfy a claim made by:*
(a) a person or body in Iraq or acting through a person or body in Iraq;
(b) any person or body acting, directly or indirectly, on behalf of or for the benefit of one or more persons or bodies in Iraq;
(c) any person or body taking advantage of a transfer or rights of, or otherwise claiming through or under, one or mode persons or bodies in Iraq;
(d) any other person or body referred to in paragraph 29 of United Nations Security Council Resolution 687 (1991);
(e) any person or body making a claim arising from or in connection with the payment of a bond or financial guarantee or indemnity to one or more of the above-mentioned persons or bodies, under or in connection with a contract or transaction the performance of which was affected, directly of indirectly, wholly or in part, by the measures decided on pursuant to United Nations Security Council Resolution 661 (1990) and related resolutions.
2. This prohibition shall apply within the Community and to any national of a Member State and any body which is incorporated or constituted under the law of a Member State."

[11] Регламент Совета (ЕС) 1733/94 от 11 июля 1994 г., запрещающий удовлетворение требований в отношении контрактов и сделок, на исполнение которых оказали влияние Резолюция 757 (1992) Совета Безопасности ООН и связанные с ней резолюции (Council Regulation (EC) 1733/94 of 11 July 1994 prohibiting the satisfying of claims with regard to contracts and transactions the performance of which was affected by the United Nations Security Council Resolution 757 (1992) and related resolutions) (**Регламент ЕС 1733/94**).

славии[12]), в ст. 2 Регламента ЕС 3275/93[13] (имплементирующей п. 8 резолюции Совбеза ООН 883 (1993) по Ливии[14]) и в ст. 2 Регламента ЕС 1264/94[15] (имплементирующей п. 11 резолюции Совбеза ООН 917 (1994) по Гаити[16]).

Указанные оговорки 1992–1994 гг. первой волны Регламентов отличаются от текущей ст. 11 Регламента 269 и 833 тем, что они (1) предельно четко сформулированы как запреты[17] и (2) охватывают не толь-

[12] Резолюция Совета Безопасности ООН 757 (1992) была принята 30 мая 1992 г. в ответ на эскалацию вооруженного конфликта на территории бывшей Югославии, особенно в Боснии и Герцеговине, который сопровождался многочисленными нарушениями международного гуманитарного права.

[13] Регламент Совета (ЕС) № 3275/93 от 29 ноября 1993 г., запрещающий удовлетворение требований в отношении контрактов и сделок, на выполнение которых повлияли резолюция 883 (1993) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций и связанные с ней резолюции (Council Regulation (EC) 3275/93 of 29 November 1993 prohibiting the satisfying of claims with regard to contracts and transactions the performance of which was affected by the United Nations Security Council Resolution 883 (1993) and related resolutions) (**Регламент ЕС 3275/93**).

[14] Резолюция 883 (1993) Совбеза ООН, принятая 11 ноября 1993 г., была направлена на усиление международного давления на Ливию в связи с ее отказом сотрудничать в расследованиях, связанных с двумя крупными терактами: взрывом самолета Pan Am рейса 103 над шотландским городом Локерби (1988 г.) и атакой на самолет французской авиакомпании UTA в Нигере (1989 г.). Международное сообщество считало, что два ливийских гражданина были причастны к этим трагедиям, но Ливия отказывалась передать их под суд в США, Великобритании или Франции.

[15] Регламент ЕС 1264/94 от 30 мая 1994 г., запрещающий удовлетворение требований властей Гаити в отношении контрактов и сделок, на исполнение которых оказали влияние меры, введенные резолюциями Совбеза ООН 917 (1994), 841 (1993), 873 (1993) и 875 (1993) или во исполнение этих резолюций (Council Regulation (EC) 1264/94 of 30 May 1994 prohibiting the satisfying of claims by the Haitian authorities with regard to contracts and transactions the performance of which was affected by the measures imposed by or pursuant to United Nations Security Council resolutions 917 (1994), 841 (1993), 873 (1993) and 875 (1993)) (**Регламент ЕС 1264/94**).

[16] Резолюция 917 (1994) Совбеза ООН, принятая 6 мая 1994 г., касалась кризисной ситуации в Республике Гаити. На момент ее принятия страна находилась в глубоком политическом и гуманитарном кризисе, вызванном насильственным захватом власти военными после свержения демократически избранного президента Жана-Бертрана Аристида в 1991 г. Военный режим активно нарушал права человека и подавлял демократические процессы. Резолюция 917 (1994) была направлена на оказание давления на представителей фактической власти, чтобы они передали власть обратно демократическому правительству, а также на защиту населения и восстановление конституционного порядка.

[17] «Запрещается удовлетворять или предпринимать какие-либо шаги для удовлетворения требования...» (It shall be prohibited to satisfy or to take any step to satisfy a claim ...)

ко удовлетворение требований, но и принятие «любых мер» для их удовлетворения.

Европейская комиссия при принятии названных регламентов отдельно анализировала, запрещается ли лишь возможность требовать принудительного исполнения (с сохранением возможности добровольного исполнения затронутого регламентом обязательства), либо исключается любое удовлетворение требований (в том числе добровольное, например, на досудебной стадии или путем заключения мирового соглашения). Применительно к первой волне Регламентов был воспринят второй подход, согласно которому никакое удовлетворение требований не может быть осуществлено. Это следует из следующих обстоятельств:

1. Буквальное толкование названий регламентов, каждый из которых указывает на «запрет удовлетворения требований».

2. Меморандум Европейской комиссии от 12 июля 1991 г.[18] содержит рассуждения о цели соответствующей оговорки в ст. 2 Регламента ЕС 3541/92. В частности, следует ли толковать оговорку как невозможность для иракских лиц принудить контрагентов к исполнению обязательств (non-enforceability of claims) или как запрет на любое удовлетворение требований (prohibition to honour claims)?

Первый подход вызывал бы неопределенность относительно того, должны ли сделки, подпадающие под санкции, по-прежнему рассматриваться как действующие обязательства. Данный подход также позволял бы урегулировать исполнение обязательств (в т.ч. оплату) по соглашению сторон, что, очевидно, не соответствовало бы целям принятых санкций Совбеза ООН. Второй же подход, который в итоге и был использован Европейской комиссией, исходит из целей принятых ограничений и запрещает контрагентам подсанкционных иракских лиц исполнять обязательства перед ними. Соответственно, подсанкционные лица лишены возможности как требовать исполнения обязательства через суд или арбитраж, так и получать какое-либо удовлетворение в добровольном порядке.

в Регламентах ЕС 3541/92, 1733/94, 3275/93 и 1264/94 и «Ни одно требование... не должно быть удовлетворено...» (No claims ... shall be satisfied ...) в Регламентах 269 и 833.

[18] Предложение о Регламенте Совета (ЕЕС), запрещающем удовлетворять требования Ирака в отношении договоров и сделок, затрагиваемых резолюцией 661 (1990) Совета Безопасности Организации Объединенных Наций и смежными резолюциями, Брюссель, 12 июля 1991 г. (Proposal for a Council Regulation (EEC) prohibiting to honour Iraqi claims with regard to contracts and transactions affected by the United Nations Security Council Resolution 661 (1990) and related resolutions, Brussels, 12 July 1991).

3. В пояснениях к Регламенту ЕС 1733/94 по Югославии содержится ссылка на Решение 94/366/PESC от 13 июня 1994 г. об общей позиции, определенной Советом ЕС на основании ст. J.2 Договора о ЕС, касающейся запрета на удовлетворение требований, упомянутых в п. 9 резолюции СБ ООН 757 (1992). В решении указывается, что «[ЕС] должен запретить удовлетворение требований, упомянутых в п. 9 резолюции [СБ ООН] 757 (1992)[19]».

4. В пояснениях к Регламенту ЕС 1264/94 по Гаити указано, что: «[...] п. 11 резолюции 917 (1994) [СБ ООН] обязывает все государства препятствовать удовлетворению таких требований властей Гаити».

После принятия вышеуказанных резолюций оговорка о запрете требований формулировалась ЕС в разных источниках различным образом без какой-либо явной причины выбора той или иной формулировки в каждом конкретном случае. Так, оговорки о запрете требований встречаются также в Регламенте ЕС 1110/2008, который внес изменения в ранее опубликованный Регламент ЕС 423/2007 по Ирану, в Регламентах ЕС 961/2010 и 267/2012 по Ирану, Регламенте ЕС 204/2011 по Ливии, Регламенте ЕС 36/2012 по Сирии и др.

Несколько иная ситуация сложилась при добавлении в санкционные регламенты оговорки об освобождении от ответственности. Первое появление такой оговорки в санкционном режиме ЕС произошло вместе с принятием Регламента ЕС 881/2002 от 27 мая 2002 г.[20] и введения ограничительных мер в отношении некоторых лиц и организаций, связанных с Усамой бен Ладеном, «Аль-Каидой» и «Талибаном»[21].

---

[19] Council Decision 94/366/PESC, 13 June 1994. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0366 (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[20] Регламент Совета (ЕС) № 881/2002 от 27 мая 2002 г., вводящий определенные специальные ограничительные меры, направленные против определенных физических и юридических лиц, связанных с Усамой бен Ладеном, сетью «Аль-Каида» и движением «Талибан», и отменяющий Регламент Совета (ЕС) № 467/2001, запрещающий экспорт определенных товаров и услуг в Афганистан, усиливающий меры по предотвращению полетов, запрет и продление срока замораживания средств и других финансовых ресурсов в отношении движения «Талибан» в Афганистане (Council Regulation (EC) No 881/2002 of 27 May 2002 imposing certain specific restrictive measures directed against certain persons and entities associated with Usama bin Laden, the Al-Qaida network and the Taliban, and repealing Council Regulation (EC) No 467/2001 prohibiting the export of certain goods and services to Afghanistan, strengthening the flight ban and extending the freeze of funds and other financial resources in respect of the Taliban of Afghanistan).

[21] Регламент ЕС 881/2002 был принят в рамках усилий ЕС по борьбе с международным терроризмом, в частности, с террористическими организациями, связанными

Примечательно, что формулировка ст. 6 Регламента ЕС 881/2002 почти в точности (как минимум с точки зрения цели правового регулирования) повторяет ст. 10(1) Регламента 269[22]. При этом добавление соответствующей оговорки никак не аргументировалось со стороны Совета ЕС при внесении предложения о принятии Регламента ЕС 881/2002, обусловленного принятием резолюции Совбеза ООН 1390 (2002).

Представляется, что целью добавления оговорки об освобождении от ответственности в регламент, касающийся заморозки активов, была защита добросовестно следующего санкциям оператора от привлечения его к ответственности (в частности, к договорной).

Статья 6 Регламента ЕС 881/2002 не содержит дополнительного положения, которое бы освобождало оператора от ответственности за несоблюдение санкций ЕС, если такой оператор не знал и не мог разумно полагать, что его действия противоречат санкционному регламенту. Такое положение, которое также можно найти в ст. 10(2) Регламента 269 и ст. 10 Регламента 833, появилось в санкционном режиме ЕС позже[23].

С 2012 г. большинство оговорок следуют Руководящим принципам, принятым Советом ЕС в 2012 г.[24] Оговорки Регламентов 833 и 269 не стали исключением[25].

с «Аль-Каидой», ИГИЛ и их аффилированными структурами. Он был разработан для выполнения обязательств, взятых на себя государствами-членами ЕС в соответствии с Резолюцией 1267 (1999) Совбеза ООН, а также последующими резолюциями Совбеза ООН, которые касаются применения санкций против таких группировок. Главной целью Регламента является блокировка финансовых и экономических ресурсов террористов и предотвращение их использования для террористической деятельности.

[22] Ст. 6 Регламента № 881/2002: "*The freezing of funds, other financial assets and economic resources, in good faith that such action is in accordance with this Regulation, shall not involve the natural or legal person, group or entity implementing it, or its directors or employees, in liability of any kind unless it is proved that the freezing was due to negligence*".

[23] Например, см. ст. 32 Регламента ЕС 961/2010, ст. 11 Регламента ЕС 204/201, ст.ст. 22 и 28 Регламента ЕС 36/2012.

[24] Руководящие принципы по применению и оценке ограничительных мер (санкций) в рамках общей внешней политики и политики безопасности ЕС (Guidelines on Implementation and Evaluation of Restrictive Measures (sanctions) in the Framework of the EU Common Foreign and Security Policy). URL: https://www.statewatch.org/media/documents/news/2012/jun/eu-council-un-sanctions-guidelines-11205-12.pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[25] Ibidem. P. 38–39; См. также ст.ст. 10–11 Регламентов 833 и 269.

В отличие от самых первых оговорок о запрете требований, оговорки, содержащиеся в ст. 11 Регламентов 833 и 269, не сформулированы как абсолютный запрет. Напротив, представляется, что Совет ЕС стремился ограничить сферу применения оговорок.

В общем смысле Совет ЕС интерпретирует оговорку ст.ст. 10 Регламентов 269 и 833 как освобождение операторов, соблюдающих ограничительные меры ЕС, от ответственности перед подсанкционными лицами «*за любой ущерб, который может быть причинен последним в результате этого*»[26]. Схожего толкования придерживается Европейская комиссия[27].

Применительно к ст. 11 Регламента 833 Совет ЕС указал[28], что до тех пор, пока действуют санкционные ограничения, требования подсанкционных лиц не могут быть исполнены. Такие санкционные ограничения являются форс-мажорными обстоятельствами либо подпадают под действие доктрины *supervening illegality*[29]. Соответственно, последствия применения оговорки о запрете требований к договору или сделке должны быть аналогичными последствиям форс-мажора или схожих правовых конструкций[30]: обязательство не прекращается,

[26] Лучшие практики ЕС по эффективному применению ограничительных мер, обновленные нотой 11623/24 3 июля 2024 г. (EU Best Practices for the effective implementation of restrictive measures, updated by Note 11623/24 on 3 July 2024). URL: https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11623-2024-INIT/en/pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.). Para. 38.

[27] Ответы г-жи Макгинесс от имени Европейской комиссии, 27 сентября 2023 г. (Answer given by Ms. McGuinness on behalf of the European Commission, 27 September 2023). URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/P-9-2023-002433-ASW_EN.pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[28] См.: *Rosneft and Others v. Council*, Judgment of the General Court of 13 September 2018, Case T-715/14, paras. 59, 206.

[29] *Calamari, J. D., Perillo, J. M*. Calamari and Perillo on Contracts. 5 ed. St. Paul: Thomson/West, 2003. P. 523. Цит. по: *Fazilatfar, H*. The impact of supervening illegality on international contracts in a comparative context. Comparative and International Law Journal of Southern Africa. 2023. URL: https://unisapressjournals.co.za/index.php/CILSA/article/view/11377 (дата обращения: 2 февраля 2025 г.); См. также: *Avery v. Bowden* [1856] 5 E & B 714.

[30] Страны континентального права выделяют постоянную и временную невозможность исполнения обязательства. Если обстоятельство форс-мажора носит временный характер, должник не несет ответственности за неисполнение на время действия такого обстоятельства, при этом обязательство не прекращается. Такого подхода придерживаются правовые системы Германии, Франции, Италии и Нидерландов, а также именно этот подход закреплен в Модельных правилах европейского частного права (DCFR) и Принципах УНИДРУА (См.: *Григорьев В.И.*

его исполнение временно невозможно, и в это время должник не несет ответственности за неисполнение обязательства.

На основании вышеуказанных интерпретаций оговорки о запрете требований можно сделать вывод о двух целях, которые преследовались при добавлении ее в Регламенты: (i) избежать обхода положений Регламентов путем принуждения контрагента в судебном порядке или заключения альтернативной сделки; (ii) защитить операторов от ответственности за неисполнение перед лицами, на которых распространяются санкции. В решении по делу *Rosneft and Others v. Council* Суд ЕС прямо назвал эти цели, указав[31], что:

> «данное положение... направлено на то, чтобы лишить организацию, на которую распространяются указанные ограничительные меры, возможности [i] обеспечить исполнение запрещенной сделки, контракта или услуги или [ii] получить средства правовой защиты в соответствии с гражданским законодательством в случае неисполнения таких сделок, контрактов или услуг».

Статья 44 SAMLA освобождает лицо от ответственности любого рода, к которой оно могло бы быть привлечено в рамках гражданского судопроизводства в связи с соблюдением санкций Великобритании.

В деле *PJSC National Bank Trust v. Mints* английский апелляционный суд указал, что цели, преследуемые законодателем при принятии SAMLA, заключались в продолжении применения санкций так же, как Великобритания их применяла до выхода из ЕС[32], поэтому ст. 44 SAMLA преследует аналогичную ст. 11 Регламента 269 цель, гарантируя, что лица, лишенные возможности исполнить обязательства из-за санкций, не будут привлечены к ответственности[33].

Юридическая невозможность исполнения в зарубежном праве и международных кодификациях // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2024. № 1. С. 171–205. СПС КонсультантПлюс). В свою очередь, санкции вводятся в качестве временных мер экономического воздействия и не позиционируются со стороны органов ЕС как постоянные.

[31] *Rosneft and Others v. Council*, Judgment of the General Court of 13 September 2018, Case T-715/14, para. 206.

[32] *PJSC National Bank Trust v Mints* [2023] EWCA Civ 1132, para. 10; см. также: Пояснительные примечания (Explanatory Notes) к SAMLA, para. 7, URL: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/13/notes (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[33] *PJSC National Bank Trust v Mints* [2023] EWCA Civ 1132, para. 192.

Таким образом, оговорки о запрете требований и об освобождении от ответственности были введены в санкционные акты в качестве инструментов исключения обхода санкций со стороны подсанкционных лиц и защиты операторов ЕС и Великобритании от исков, поданных к ним в связи с неисполнением обязательств, вызванным соблюдением операторами санкционных ограничений.

3. Основания и порядок применения Оговорок

Оговорки представляют собой существенное препятствие для взыскания задолженности с контрагентов подсанкционных лиц либо по договорам с ними, исполнение которых затруднено или запрещено в силу санкций. Понимание механизма действия таких Оговорок критически важно для разработки эффективных стратегий защиты прав и интересов пострадавших лиц.

3.1. Оговорки о запрете требований

Статья 11 Регламента 269	**Статья 11 Регламента 833**
1. Ни одно требование применительно к любому договору или сделке, на осуществление которых, прямо или косвенно, в целом или в части, повлияли меры, принятые в соответствии с настоящим Регламентом, в том числе требования о возмещении убытков или иные схожие требования, как требование о компенсации или гарантийные требования, в частности, требование о продлении или выплате по облигации, поручительству или возмещению ущерба, в особенности финансовой гарантии или финансовой гарантии на возмещение ущерба, в любой форме, не должно быть удовлетворено, если оно предъявлено:	1. Ни одно требование применительно к любому договору или сделке, на осуществление которых, прямо или косвенно, в целом или в части, повлияли меры, принятые в соответствии с настоящим Регламентом, в том числе требования о возмещении убытков или иные схожие требования, как требование о компенсации или гарантийные требования, а именно требование о продлении или выплате по облигации, поручительству или возмещению ущерба, в особенности финансовой гарантии или финансовой гарантии на возмещение ущерба, в любой форме, не должно быть удовлетворено, если оно предъявлено:

(a) физическими или юридическими лицами, организациями или органами, внесенными в список в Приложении I;	(a) юридическими лицами, организациями или органами, внесенными в списки в Приложениях к настоящему Регламенту, **или юридическими лицами, организациями или органами за пределами [ЕС], имущественные права которых прямо или косвенно принадлежат им более чем на 50%;**
	(b) любым другим российским лицом, организацией или органом;
(b) любым физическим или юридическим лицом, организацией или органом, действующим посредством или от имени лиц, организаций или органов, указанных в пункте (a).	(c) любым лицом, организацией или органом, действующим посредством или от имени лиц, организаций или органов, указанных в пунктах (a) или (b) настоящего параграфа.
2. В любом разбирательстве по принудительному исполнению требования бремя доказывания того, что удовлетворение требования не запрещено параграфом 1, должно лежать на физическом или юридическом лице, организации или органе, который предъявляет указанное требование.	2. В любом разбирательстве по принудительному исполнению требования бремя доказывания того, что удовлетворение требования не запрещено параграфом 1, должно лежать на лице, которое предъявляет указанное требование.
3. Настоящая статья действует без ущерба праву физических или юридических лиц, организаций или органов, указанных в параграфе 1, на судебный пересмотр правомерности неисполнения договорных обязательств в соответствии с настоящим Регламентом.	3. Настоящая статья действует без ущерба праву лиц, организаций или органов, указанных в параграфе 1, на судебный пересмотр правомерности неисполнения договорных обязательств в соответствии с настоящим Регламентом. ...

Необходимыми кумулятивными условиями для применения оговорки о запрете требований являются:

1) наличие требования,

2) связь требования с договором или сделкой,

3) влияние санкций по Регламенту 269 или 833 на исполнение договора или сделки в целом или в части,

4) предъявление требования подсанкционным лицом.

Наличие требования

Понятие требования определено в ст. 1(a) Регламента 269[34]:

«...термин «требование» означает любое требование вне зависимости от того, заявлено оно в рамках разбирательства или нет, до или после 17 марта 2014 г., на основании или в связи с договором или сделкой, и включает в себя, в частности, следующее:
(i) требование об исполнении любого обязательства, вытекающего из договора или сделки, или в связи с ними;
(ii) требование о продлении или выплате по облигации, поручительству или возмещению ущерба в любой форме;
(iii) требование о компенсации в отношении договора или сделки;
(iv) встречное требование;
(v) требование о признании или приведении в исполнение, в том числе посредством процедуры экзекватуры, судебного, арбитражного или аналогичного решения вне зависимости от места его вынесения».

Связь требования с договором или сделкой

Понятия договора или сделки закреплено в ст. 1(b) Регламента 269 следующим образом[35]:

«...термин «договор или сделка» означает любую сделку вне зависимости от ее формы и применимого права, включающую в себя один или несколько договоров или схожих обязательств между одними и теми же или разными сторонами; для указанной цели термин «договор» включает в себя облигацию, поручительство или возмещение ущерба, в частности, финансовую гарантию и финансовую гарантию на возмещение ущерба, и кредит, юридически независимый или нет, а также любое соответствующее положение, вытекающее из указанной сделки или связанное с ней».

[34] Определение отсутствует в Регламенте 833, однако ст. 11 Регламента 833 содержит указание на определенные типы требований: «*... требования о возмещении убытков или иные схожие требования, как требование о компенсации или гарантийные требования, а именно требование о продлении или выплате по облигации, поручительству или возмещению ущерба, в особенности финансовой гарантии или финансовой гарантии на возмещение ущерба ...*»

[35] Аналогичное положение отсутствует в Регламенте 833, однако представляется, что такое же определение должно использоваться и для целей его применения для того, чтобы обеспечить последовательное применение и толкование права ЕС.

Влияние санкций по Регламенту 269 или 833 на исполнение договора или сделки в целом или в части

Ярким примером могут служить ситуации, когда договор с контрагентом не может быть исполнен или был расторгнут из-за ограничительных мер[36]. По аналогии, оговорки о запрете требований будут применимы к «*процентам, требуемым российскими контрагентами по договору в связи с предполагаемыми убытками, возникшими ввиду* [санкционного] *запрета*[37]».

На уровне государств-членов ЕС имеются следующие представления относительно влияния Регламентов 269 и 833 на исполнение договора или сделки. Власти Германии, к примеру, проконсультировавшись с Комиссией, пришли к выводу, что (i) возврат предоплаты, направленный на приведение правовых отношений к *status quo ante*, и (ii) требования об оплате, вытекающие из гарантий (и контргарантий), обеспечивающих аванс, являются юридически неприемлемыми в соответствии со ст. 11 Регламента 833[38], хотя до 14 декабря 2022 г. регулятор указывал на неприменение ст. 11 к требованиям о возврате аванса[39].

Главное управление казначейства Франции подчеркнуло, что оговорки о запрете требований не могут быть использованы, если контракт или сделка не были затронуты санкциями[40].

Соответственно, в то время как французский регулятор указывает на неприменимость оговорки о запрете требований к договорам,

---

[36] Европейская комиссия. Часто задаваемые вопросы об исполнении договоров и требований, 26 августа 2022 г., вопрос 7 (FAQ on Execution of Contracts and Claims, 26 August 2022, FAQ 7). URL: https://finance.ec.europa.eu/document/download/6140fb1d-0ec6-4b52-b94c-4537383bf2ac_en?filename=faqs-sanctions-russia-execution-contracts-claims_en_0.pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[37] Там же.

[38] Федеральное министерство экономики и защиты климата. Вопросы и ответы по санкциям в отношении России, 4 октября 2023 г., Вопрос 51. URL: https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/FAQ/Sanktionen-Russland/faq-russland-sanktionen.html (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

[39] См.,напр., BMWK, Fragen under Antworten zu Russland-Sanktionen, 25 November 2022, FAQ 51. Доступ получен через WayBackMachine, URL: https://web.archive.org/web/20221210120516/https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/FAQ/Sanktionen-Russland/faq-russland-sanktionen.html.

[40] Главное управление казначейства Франции. Часто задаваемые вопросы, касающиеся применения экономических и финансовых санкций, 15 июня 2016 г., Вопрос 32bis. URL: https://www.tresor.economie.gouv.fr/Institutionnel/Niveau2/Pages/f3234489-26a1-48f7-8a05-f31d34551f13/files/d30c8579-086d-42e1-a43f-8b79a677dc46 (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

не затронутым санкциями, власти Германии толкуют эту оговорку чрезмерно широко, запрещая любые сделки, в том числе те, которые не затронуты санкциями и направлены только на возврат лиц в первоначальное положение, существовавшее до введения санкций (например, возврат аванса). При этом подход немецкого регулятора сменился на кардинально противоположный в декабре 2022 г. без какого-либо обоснования.

Представляется, что требования о возврате предоплаты (авансов) не должны подпадать под действия оговорок о запрете требований. Это связано с тем, что требования о возврате неотработанного аванса в связи с расторжением договора рассматриваются в различных правопорядках как имеющие иную, внедоговорную природу (являются требованиями из неосновательного обогащения), отличную от компенсации и возмещения убытков, нацелены сугубо на возврат отношений к *status quo ante* и не связаны с требованиями из позитивного интереса, которые призваны вернуть лицо в положение, как если бы договор был надлежаще исполнен (т.е. не являются мерой ответственности).

Данный довод подтверждается и Принципами европейского договорного права, которые могут применяться как *lex mercatoria*[41] и которые различают требования из неосновательного обогащения (возврата предоплаты) и возмещения убытков: при расторжении договора сторона, заплатившая определенную сумму авансом, имеет право на возмещение этих средств, при условии что сторона не получила никакого встречного исполнения[42], в то же время компенсация убытков направлена на то, чтобы *«максимально приблизить потерпевшую сторону к тому положению, в котором она находилась бы, если бы контракт был должным образом исполнен»*[43].

С учетом процитированных ранее позиций органов ЕС о перечне требований, на которые распространяется оговорка о запрете требований, и ее целях, по нашему мнению, возврат неотработанного аванса не должен подпадать под ее действие. Очевидно, что, удержав аванс после расторжения договора и при этом не исполнив свои обязательства, оператор ЕС неосновательно обогатился. Сам по себе возврат аванса не будет означать, что подсанкционное лицо нивелировало негативные последствия санкций, против чего выступают органы ЕС при

[41] *Lando, O.* Some Features of the Law of Contract in the Third Millenium, ch. III 22 A.

[42] Principles of European Contract Law, Article 9:307.

[43] Principles of European Contract Law, Article 9:502.

введении санкций. Такое лицо могло понести убытки и любые другие негативные последствия ввиду неполучения экономической выгоды от договора, который так и не был исполнен (например, упущенная выгода). И именно те требования, которые связаны с негативными последствиями применения санкций, должны подпадать под действие оговорки, но не требования из неосновательного обогащения в виде требований о возврате неотработанного аванса.

Представляется, что такое толкование оговорки о запрете требований является справедливым, сбалансированным и соответствует устоявшемуся в праве ЕС принципу пропорциональности[44], через призму которого следует толковать законодательство ЕС (т.е. ст.ст. 11 Регламентов 269 и 833).

Предъявление требования подсанкционным лицом

Оговорки о запрете требований применяются только в том случае, если требования предъявлены лицами, на которых распространяются санкции[45].

Соответственно:

– если требование вытекает из применения санкций, введенных в соответствии с Регламентом 269, оговорка о запрете требований применяется только в том случае, если требование подано либо (i) лицом, указанным в приложении I к Регламенту 269, либо (ii) лицом, действующим через такое лицо или от его имени;

– если требование вытекает из применения санкций, введенных в соответствии с Регламентом 833, оговорка о запрете требований применяется только в том случае, если это требование предъявлено либо (i) лицами, перечисленными в приложениях к Регламенту 833, либо лицами за пределами ЕС, которые более чем на 50% принадлежат им, (ii) любым другим российским лицом, или (iii) любым лицом, действующим через или от имени лиц, упомянутых в пунктах (i) и (ii).

---

[44] См. *Rosneft and others v. Council*, CJEU, Judgement of 13 September 2018, Case T-715/14; см. также: *Melli Bank plc v. Council* (Case C-380/09 P), para. 52; *British American Tobacco (Investments) and Imperial Tobacco* (Case C-491/01), para. 122; *ABNA and Others* (объединенные дела C-453/03, C-11/04, C-12/04 and C-194/04) para. 68; *Vodafone and Others* (Case C-58/08) para. 51.

[45] Европейская комиссия. Часто задаваемые вопросы об исполнении договоров и требований, 26 августа 2022 г., вопрос 7 (FAQ on Execution of Contracts and Claims, 26 August 2022, FAQ 7). URL: https://finance.ec.europa.eu/document/download/6140fb1d-0ec6-4b52-b94c-4537383bf2ac_en?filename=faqs-sanctions-russia-execution-contracts-claims_en_0.pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

В этой связи Европейская комиссия истолковала термин «российские лица» как «*включающий российских лиц и российских резидентов, которые являются лицами других государств*»[46].

Последствия применения оговорки о запрете требований

При наличии всех указанных выше критериев можно выделить следующие последствия применения оговорок о запрете требований.

1) Запрет на удовлетворение требований, которые подпадают под действие оговорок, – операторы ЕС должны отказаться от удовлетворения таких требований. Суды или арбитражные трибуналы схожим образом обязаны отказать в их удовлетворении.

2) Изменение бремени доказывания – важно отметить, что оговорки о запрете требований не запрещают лицам, на которых распространяются санкции, пользоваться средствами правовой защиты, что следует прямо из текста оговорок (ст.ст. 11(3) Регламентов 833 и 269).

Несмотря на оговорку о запрете требований, лица, на которых распространяются санкции, могут продолжать добиваться исполнения договоров или сделок или требовать соответствующей компенсации. Однако для этого такое лицо должно доказать, что требование не подпадает под действие данной оговорки. В частности, такое лицо должно доказать, что (i) оно не является подсанкционным, или (ii) на договор или сделку не распространяются – в зависимости от обстоятельств – положения Регламента 269 или 833.

Интересно отметить, что 20 ноября 2024 г. Апелляционный суд Королевства Швеция направил запрос в Суд ЕС о толковании ст. 11 Регламента 833 спустя 7 лет после начала спора и 3 года после арбитражного решения по делу *NV Reibel v. VO Stankoimport*.

Фактические обстоятельства данного спора:

– договор был подписан в декабре 2015 г., после вступления в силу Регламента 833;

– арбитражное разбирательство началось в 2017 г., когда компания «Станкоимпорт» подала иск в связи с неисполнением обязательств по поставке товаров;

– сначала истец обратился в Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (**SCC**), однако потом было установлено, что у SCC от-

[46] Европейская комиссия. Часто задаваемые вопросы об исполнении договоров и требований, 26 августа 2022 г., вопросы 7 и 8 (FAQ on Execution of Contracts and Claims, 26 August 2022, FAQ 7). URL: https://finance.ec.europa.eu/document/download/6140fb1d-0ec6-4b52-b94c-4537383bf2ac_en?filename=faqs-sanctions-russia-execution-contracts-claims_en_0.pdf (дата обращения: 2 февраля 2025 г.).

сутствовала юрисдикция для разрешения спора. Впоследствии в 2021 г. стороны передали спор на рассмотрение в арбитраж *ad hoc*;

– арбитражный трибунал обязал ответчика выплатить 2 616 886 евро истцу, однако решение не было признано шведским судом, что поставило под сомнение возможность исполнения арбитражных решений, вынесенных в пользу российских компаний.

В запросе к Суду ЕС поднимаются следующие вопросы:

– следует ли толковать Регламент 833 так, что сторонам договора запрещено заключать мировые соглашения по требованиям, которые, согласно ст. 11(1) Регламента 833, не могут быть удовлетворены, и что любые такие мировые соглашения являются недействительными с гражданско-правовой точки зрения?

– следует ли толковать ст. 11 Регламента 833 так, что суд, рассматривающий требование об отмене арбитражного решения, должен *ex officio* определить, соответствует ли применение права арбитрами Регламенту 833, и если нет, то должен ли суд отменить арбитражное решение полностью или частично, если арбитры применили право в нарушение Регламента 833?

– следует ли толковать ст. 11(1) Регламента 833 таким образом, что она не препятствует удовлетворению требований, если требования касаются (i) возврата аванса за товары, не поставленные из-за запрета, предусмотренного Регламентом 833 и (ii) процентов по требованиям в пункте (i)?

Данный запрос в очередной раз подтверждает наличие правовой неопределенности в части применения оговорок о запрете требований в действующей правоприменительной практике.

Арбитражная ассоциация (PAA) направляет позицию в качестве *amicus curia* в адрес Суда ЕС к предстоящему рассмотрению дела.

Возможность получить прямые разъяснения последствий применения оговорок о запрете требования на уровне Суда ЕС является хорошей перспективой – подсанкционные лица смогут получить ясную позицию суда (т.е. правовую определенность), даже если интерпретация оговорок со стороны Суда ЕС будет негативной.

Представляется, что оговорки о запрете требований должны применяться ограничительно и запрещать лишь исполнение арбитражных решений, но не их признание. В случае отмены санкций у лица, вступившего в правоотношения с иностранным контрагентом, должна сохраниться возможность защитить свое право, нарушенное в период действия санкций, при возвращении экономической ситуации к состоянию на момент кристаллизации правоотношений.

Противоположный подход может повлечь невозможность защиты нарушенного права ввиду пропуска предельного срока на предъявление арбитражного решения к исполнению (по аналогии со ст. 246 АПК РФ)[47].

Аналогичный подход (признание решений не запрещается) избран и Верховным Судом Российской Федерации в отношении арбитражных решений, вынесенных в пользу лиц, на которых распространяются российские контрсанкционные ограничения. Верховный Суд РФ указал на то обстоятельство, что сама по себе выдача исполнительного листа для исполнения арбитражного решения не препятствует применению к иностранному кредитору из так называемой «недружественной» юрисдикции ограничительных мер[48]. Представляется, при таком подходе арбитражное решение будет исполнимо, но с особенностями, установленными контрсанкционным регулированием. При проекции этого подхода на ограничительные меры ЕС можно представить ситуацию, при которой арбитражное решение будет признано, однако перечисление денежных средств в пользу кредитора будет производиться на замороженный счет (либо депозит суда или нотариуса) или откладываться до снятия санкций.

Более того, применение санкционных регламентов не должно приводить к недействительности частноправовых договоров. Регламенты ЕС 269 и 833 не содержат положений о недействительности договоров, которые подпадают под их действие. Соответственно, только исполнение этих договоров со стороны оператора ЕС будет запрещено, но это никак не влияет на действительность гражданско-правовых обязательств сторон по договорам.

При анализе условий применения Оговорок стоит отметить дела *PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty's Treasury and Others*[49] *и Shanning v. Rasheed* [50], рассмотренные в Суде ЕС.

Решение Суда ЕС от 28 марта 2017 г. в деле *PJSC Rosneft Oil Company v. Her Majesty's Treasury and Others* (C-72/15) стало важным юри-

[47] Некоторые европейские юрисдикции устанавливают предельный срок для подачи заявления о приведении арбитражного решения в исполнение, который может зависеть от применимого к отношениям сторон права или национального процессуального законодательства. К таким юрисдикциям относятся, например, Бельгия, Испания и Италия.

[48] См. Определение Верховного суда РФ от 12 декабря 2024 г. № 309-ЭС23-16287.

[49] *Rosneft and others v. Council*, CJEU, Judgement of 13 September 2018, Case T-715/14.

[50] *Shanning International Ltd and Others v. Rasheed Bank and Others* [2001] UKHL 31.

дическим прецедентом для анализа санкций ЕС, включая Оговорки. Суд подтвердил, что, несмотря на ограничения в своей компетенции по рассмотрению вопросов, относящихся к Общей внешней политике и политике безопасности (CFSP), он вправе рассматривать вопросы правомерности ограничительных мер, наложенных на физических и юридических лиц, в частности, если такие запросы поступают от национальных судов государств членов-ЕС.

Ключевое значение этого дела состоит в закреплении принципов пропорциональности санкций, их совместимости с международными обязательствами ЕС (в данном случае с Соглашением о партнерстве и сотрудничестве между Европейскими сообществами и Россией от 24 июня 1994 г.), а также правовой определенности положений права ЕС и их сопоставимости с фундаментальными правами, такими как права на собственность и предпринимательскую деятельность.

В другом значимом решении по делу *Shanning v. Rasheed* было подчеркнуто, что санкции должны применяться с учетом контекста и целей нормативных актов. Указанная правовая позиция может быть важна для толкования того, как именно оговорки о запрете требований влияют на обязательства сторон в рамках санкционных режимов. Палата Лордов указала, что из *travaux préparatoires* Регламента ЕС 3541/92 не следует, что при введении оговорка о запрете требования предполагала автоматическое расторжение договоров и освобождение сторон от обязательств по ним.

Таким образом, оговорки о запрете требований создают серьезные препятствия для взыскания долгов по договорам и сделкам и для лиц, попавших под санкции. Тем не менее само по себе применение оговорок не является безусловным и зависит от наличия совокупности кумулятивных условий, при этом оговорка о запрете требований не прекращает обязательство сторон.

Применение оговорки о запрете требований за пределами ЕС

В рамках ЕС (т.е. в судах государства-члена ЕС или арбитраже с местом арбитража, расположенном в государстве-члене ЕС), на наш взгляд, вполне вероятно, что оговорка о запрете требований может рассматриваться как полная защита. Такой вывод следует из:

– истории развития оговорки о запрете требований, которая изначально была направлена на то, чтобы подсанкционные лица не могли получить какого-либо удовлетворения их требований, а не только в принудительном (судебном) порядке;

– решения Суда ЕС по делу *Rosneft v. Council*, в котором цель оговорки описывается как лишение соответствующего истца возможности «получить исполнение» затронутого санкциями договора или «получить средство правовой защиты» в случае неисполнения. Трактовка оговорки как допускающей вынесение судебного решения об ответственности подорвала бы эту цель, поскольку судебное решение в таком случае могло бы быть приведено в исполнение за пределами ЕС;

– решения Суда ЕС по делу *SH v. TG*, в котором упоминается действие похожего положения (ст. 12 Регламента ЕС 204/2011) как запрещающего требования, а не как запрещающего принудительного исполнения требований.

Иной подход применяется в тех случаях, когда иск подается в юрисдикцию за пределами ЕС. Как признается в деле *Shanning v. Rasheed*[51], подход, избранный в оговорке о запрете требований, отражает тот факт, что ЕС не может влиять на исход исков, поданных в других юрисдикциях. Скорее, в таком случае именно коллизионные нормы *lex fori* будут определять, какой эффект – если таковой имеется – следует придать оговорке о запрете требований. Если результатом применения норм является то, что оговорка о запрете требований не действует в качестве средства защиты ответчика по иску, то единственной опцией ответчика является апелляция к оговорке в судах государства-члена ЕС в процессе приведения судебного или арбитражного решения в исполнение. Например, при разбирательстве в российском суде велика вероятность того, что санкции будут признаны незаконными и противоречащими публичному порядку РФ[52].

При применении английского материального права стоит обратить внимание на принцип, изложенный в деле *Ralli Bros v. Compania Naviera*[53], который недавно был применен в контексте санкций в деле *Celestial Aviation Services Ltd v. Unicredit Bank AG*[54].

В данном деле ответчик ссылался на то обстоятельство, что он не может произвести выплаты по аккредитивам в пользу истца, по-

[51] *Shanning International Ltd and Others v. Rasheed Bank and Others* [2001] UKHL 31.

[52] Постановление Конституционного Суда РФ от 13 февраля 2018 г. № 8-П. См. также: Решение Арбитражного суда города Москвы от 17 января 2018 г. и Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 10 апреля 2018 г. по делу № А40-171207/2017.

[53] *Ralli Bros v. Compania Naviera* [1920] 2 KB 287.

[54] *Celestial Aviation Services Ltd v. Unicredit Bank AG* [2023] EWHC 663 (Comm).

скольку это повлечет нарушение санкций США. Истец же настаивал на том, что аккредитивы подчинены английскому праву и должны оцениваться соответствующим образом – тот факт, что аккредитивы или их исполнение будут рассматриваться как незаконные в соответствии с правом какой-либо другой страны, «*в общем говоря, не имеет значения*»[55].

Принцип, изложенный в деле *Ralli Bros v. Compania Naviera*, действует как «ограниченное исключение» из этого общего правила. Правило в деле *Ralli Bros* предусматривает, что английский суд не будет обязывать совершить действие, которое требует от стороны спора совершить что-либо, что является незаконным по праву страны, в которой это действие должно быть совершено[56]. Таким образом, суд пришел к выводу, что данное правило применяется только в том случае, если исполнение обязательства потребует от исполняющей его стороны незаконных действий в требуемом месте исполнения.

Далее суд постановил, что в случае обязательства произвести платеж на банковский счет в Англии местом исполнения является Англия, и поэтому не имеет значения, что законодательство США запрещает осуществление платежа. Аналогичным образом в деле *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust*[57] английский суд указал, что банк-ответчик не может ссылаться на санкции США против Ливии, которые дают ему право удерживать средства истца в ситуации, когда последний намеревался снять средства со своего счета в долларах США, открытого в Лондоне. И это несмотря на то, что компания Bankers Trust сама была зарегистрирована в США и поэтому нарушила бы американское законодательство даже при осуществлении платежа в Лондоне. В обоих случаях суды провели различие между действиями, необходимыми в соответствии с договором для его исполнения (т.е. осуществлением платежа на соответствующий счет или с него), и действиями, которые просто «подготавливают» сторону к исполнению (например, поиск средств, необходимых для осуществления платежа), даже в тех случаях, когда на практике исполнение не могло иметь места без подобных «подготовительных действий». Соответственно, не имело значения, что для выплаты Bankers Trust в Лондоне 131 млн долларов США ему потребовался бы источник денежных средства из США – это случай-

[55] *Dana Gas PJSC v Dana Gas Sukuk Ltd* [2017] 2 CLC 735, para. 46; *Banco San Juan Internacional v. Petroleos de Venezeula SA* [2020] EWHC 2937 (Comm), para. 76.

[56] См. *Dana Gas*, para. 79.

[57] *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust* [1989] QB 728.

ность, что у него не было доступных средств в Лондоне, а не иного предмета предоставления по договору.

Таким образом, действие оговорки за пределами ЕС не гарантирует операторам ЕС ту же защиту, которую они имеют при разбирательстве в судах государств-членов ЕС или с местом арбитража на территории ЕС. При этом любопытным является вопрос о возможности применения санкций судом/трибуналом в качестве норм непосредственного применения или возможности хотя бы ссылаться на санкции как на фактическое обстоятельство в споре. Последний подход сам по себе может позволить не применять публичное право иностранного государства и в то же время обеспечит возможность защиты для лиц в процессе, которые не могут не подчиняться санкционному регулированию (санкциям или контрсанкциям).

3.2. Оговорки об освобождении от ответственности

Статья 10 Регламентов 269 и 833 (в соответствующей части) предусматривает:

> «1. Замораживание средств и экономических ресурсов или отказ в предоставлении средств или экономических ресурсов, осуществляемые добросовестно на том основании, что такие действия соответствуют настоящему Регламенту, не влекут за собой какой-либо ответственности для физического или юридического лица, организации или органа, осуществляющего их, или его директоров или сотрудников, если только не будет доказано, что денежные средства и экономические ресурсы были заморожены или удержаны в результате халатности.
> 2. Действия физических или юридических лиц, образований или организаций не влекут за собой какой-либо ответственности, если они не знали и не имели разумных оснований подозревать, что их действия могли бы нарушить меры, закрепленные в настоящем Регламенте».

Регламент 269 не определяет «ответственность» для целей применения ст. 10. Однако Суд ЕС в своем решении по делу *Mohsen Afrasiabi and Others* рассматривал вопрос о том, что входит в понятие «ответственность». Дело связано с уголовным преследованием лиц, которые подозревались в нарушении положений Регламента ЕС 423/2007, поскольку обвиняемые участвовали в запрещенных поставке и монтаже

поставляемой из Германии в Иран печи для спекания керамики. Суд ЕС указал на то, что оговорка об отсутствии ответственности, содержащаяся в ст. 12(2) Регламента ЕС 423/2007, освобождает от любой ответственности любого рода (включая уголовную) лиц, которые не знали и не имели разумных оснований подозревать, что их действия нарушат запрет, указанный в Регламенте[58].

Применимость ст. 10(1) Регламента 269 зависит от законодательства, применимого к соответствующему договору, места исполнения, страны суда, а также от того, является ли соответствующая сторона договора лицом ЕС. Средства защиты, которые могут быть доступны подсанкционным и пострадавшим лицам, должны анализироваться в каждом конкретном случае на основании применимого права.

Оператор ЕС может ссылаться на ст. 10 Регламента 269 в качестве средства защиты для исключения ответственности только при соблюдении следующих условий:

(i) замораживание или отказ в предоставлении средств или экономических ресурсов были осуществлены добросовестно на том основании, что такие действия соответствуют Регламенту 269; и

(ii) денежные средства и экономические ресурсы не были заморожены или удержаны в результате халатности.

При анализе добросовестности убеждения лица в том, что оно действует в соответствии с Регламентом 269, нужно учитывать следующее:

(i) замораживание было произведено добросовестно при понимании, что оператор ЕС действовал в соответствии с Регламентом 269, что означает, что оператор ЕС действовал исходя из честных убеждений и намерения соблюдать Регламент 269 без какого-либо намерения причинить вред или обмануть контрагента[59]. Это означает, что действия оператора ЕС были основаны на разумном толковании Регламента 269 и других соответствующих нормативных актов и существовало четкое понимание того, что ст. 2 Регламент 269 применима, и что замороженные средства или экономические ресурсы принадлежат или контролируются лицом, включенным в санкционный перечень. Оператор ЕС должен быть в состоянии доказать, что его решение о замораживании средств было принято на основе достоверной информации.

---

[58] *Mohsen Afrasiabi and Others*, CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011 Case C-72/11, para. 55.

[59] Judgement of Frankfurt Regional Court No. 2-07 O 121/17, 14 December 2018, para. 42–47.

(ii) Франкфуртский областной суд в своем недавнем решении указал, что полный отказ в предоставлении средств или экономических ресурсов физическим или юридическим лицам, связанным с Россией, выходит за рамки цели Регламента 269[60]. Его цель не состоит в том, чтобы запретить любое взаимодействие с физическими и юридическими лицами, имеющими связь с Россией, поэтому суды требуют от физических и юридических лиц, ссылающихся на ограничение ответственности, доказать, что их действия соответствовали Регламенту 269 и что у них были разумные основания полагать, что денежные средства и экономические ресурсы могли попасть в руки подсанкционных лиц.

(iii) аналогичным образом Суд ЕС отметил, что замораживание средств и отказ в их предоставлении лицу, имеющему отношение к подсанкционному, оправданы только в том случае, если в результате такого предоставления подсанкционное лицо получит все полномочия по распоряжению такими средствами или экономическими ресурсами в свете, в частности, наличия финансовых или юридических связей между получателем средств и таким лицом (по смыслу применимого права)[61].

Применительно к английскому правопорядку стоит кратко остановиться на особенностях ст. 44 SAMLA.

Контрагент может потребовать освобождения от ответственности за нарушение договора, ссылаясь на ст. 44 SAMLA:

> «Защита в отношении действий, совершаемых в целях комплаенса
> 1. Настоящий раздел применяется к действию, совершенному с разумным убеждением, что это действие соответствует:
> a. Правилам, предусмотренным статьей 1...
> 2. Лицо не несет ответственности в каком-либо гражданском разбирательстве, в котором это лицо в отсутствие настоящей статьи было бы привлечено к ответственности в связи с данным действием.
> 3. В данной статье термин «действие» включает в себя бездействие».

В отличие от оговорок ЕС об освобождении от ответственности, бремя доказывания в соответствии со ст. 44 SAMLA лежит на контрагенте, который выбирает защиту от ответственности в соответствии с данной статьей.

---

[60] Judgement of Frankfurt Regional Court No. 2-07 O 121/17, 14 December 2018.

[61] *SH v. TG*, CJEU, Judgement of the Court (Third Chamber) of 17 January 2019, Case C-168/17, para. 87.

Стандарт доказывания в соответствии со ст. 44 SAMLA является пониженным – от контрагента требуется только доказать, что он действовал, исходя из разумных оснований полагать, что он соблюдает санкции Великобритании, чтобы избежать ответственности.

Для применения ст. 44 SAMLA лицо, ссылающееся на нее, должно доказать, что:

(i) оно искренне полагало, что ему запрещено исполнять договор в соответствии с санкциями Великобритании (например, доказать, во что верили любые соответствующие сотрудники такого контрагента в любое время, т.е. путем раскрытия своих внутренних сообщений, содержащих основания для решения не исполнять договор); и

(ii) что такое убеждение было объективно обоснованным (то есть простой ссылки на то, что сторона боялась, что исполнение может нарушить санкции, недостаточно).

Таким образом, аналогично ст. 10 Регламента 269 ст. 44 SAMLA защищает операторов от ответственности за ошибочные действия, совершенные в обоснованном предположении, что эти действия соответствуют санкциям Великобритании. Однако стандарт доказывания в соответствии со ст. 44 SAMLA – критерий «разумного убеждения», по-видимому, ниже, чем критерий «добросовестности и отсутствия халатности», предусмотренный в санкционном регулировании ЕС.

4. Способы защиты против Оговорок

Отсутствие детальных разъяснений порядка применения Оговорок как со стороны регуляторов, так и в правоприменительной практике, а также недостаток доктринальных материалов, которые бы осуществляли комплексное юридическое исследование оснований и механизма их применения, создают значительные сложности для лиц, чьи права были нарушены в результате применения и действия Оговорок. Тем не менее, несмотря на кажущуюся непреодолимость Оговорок, существуют стратегии и подходы, которые могут помочь в их преодолении. Ключевой частью юридической стратегии с учетом данных обстоятельств является применение тактики «лучшая защита – это нападение». Активная позиция пострадавшего лица может существенно повлиять на исход дела.

Статья 47 Хартии ЕС об основных правах закрепляет право на эффективное обжалование и на доступ к беспристрастному суду. В ч. 1 прямо предусмотрено, что каждое лицо, чьи субъективные права и свободы, гарантированные правом Союза, были нарушены, управомочено

на эффективное обжалование в суде при соблюдении условий. Статья 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод тоже закрепляет право на эффективное средство правовой защиты. Следовательно, Оговорки напрямую создают юридические препятствия для доступа подсанкционных лиц к правосудию, а также нарушают фундаментальные права человека, закрепленные в международном праве и праве ЕС.

В настоящей статье мы бы хотели перечислить следующие способы преодоления Оговорок:

1) Доказывание факта несоответствия требования кумулятивным критериям для применения оговорки о запрете требований.

Как указано выше, критерии для применения оговорки о запрете требований являются кумулятивными, что означает, что при несоблюдении хотя бы одного из критериев контрагент утрачивает право ссылаться на такую оговорку.

Таким образом, например, можно убедить суд или арбитражный трибунал в том, что один из критериев не представлен и не доказан в конкретном споре, поскольку заявитель не является лицом, к которому должны применяться ограничительные меры, или что применение оговорки к нему является необоснованным. Это требует предоставления исчерпывающих доказательств, подтверждающих отсутствие связи с санкционными лицами.

2) Применение Оговорок только к части договора, затронутой санкциями.

Оговорки не должны автоматически аннулировать весь договор. Если санкции затрагивают лишь определенную часть договорных обязательств, то оставшиеся положения при условии их отделимости от «санкционной» части договора должны исполняться операторами ЕС, то есть должно происходить разделение договорных обязательств, часть из которых возможно исполнить, а другую часть – нет. Такой подход способствует сохранению баланса договорных отношений и предотвращает неосновательное обогащение одной из сторон. В этом контексте важно однозначно определить положения договора, на которые распространяются санкционные ограничения, и иные положения, которые не затрагиваются санкциями.

Иной подход привел бы к следующей ситуации в контексте двух почти идентичных договоров поставки:

– первый договор не затронут санкционными ограничениями;

– исполнение второго невозможно из-за того, что один из предметов поставки, составляющий 10% от общей экономической ценности

этого договора, является предметом двойного назначения в контексте Регламента 833. Соответственно, на этот договор распространяются Оговорки.

Таким образом, два почти одинаковых договора могут быть кардинально по-разному оценены со стороны арбитражных трибуналов и судов. В связи с этим в разбирательстве важно обращать внимание на эту непропорциональность и, возможно, апеллировать к тому, что договор должен быть исполнен в части, не затронутой санкциями, и, соответственно, требования из этой части договора не должны затрагиваться Оговорками.

3) Применимое право и действие Оговорок.

Если договор подчиняется праву государства, не являющегося членом ЕС, или Великобритании, то действие Оговорок может быть ограничено или вовсе исключено. Например, английские суды, как видно из дела *Mints & Ors v. PJSC National Bank Trust & Anor*[62], не обязаны следовать Регламентам Совета ЕС, если договор подчиняется английскому праву и не предполагает исполнения в пределах ЕС. Кроме того, суд признал, что введение санкций против стороны спора (в данном случае банка) не является препятствием для вынесения судебного решения в ее пользу и исполнения такого решения, поскольку применение санкционного Регламента не должно нарушать Хартию основных прав ЕС (права на доступ к суду и к эффективному средству правовой защиты).

Дело *SIBUR International GmbH v. Kimberly-Clark Ltd* демонстрирует успешный пример, когда арбитражный трибунал признал неправомерным отказ ответчика в уплате денежных средств в пользу истца на основании ст. 44 SAMLA. SIBUR International GmbH (компания, акционеры которой находятся под санкциями), просила признать и привести в исполнение на территории России решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма по спору против Kimberly-Clark Ltd. 11 октября 2024 г. Арбитражный суд Московской области в рамках дела № А41-72465/2024 вынес определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, тем самым подтвердив, что Оговорки не должны создавать юридические препятствия для исполнения договорных обязательств и исключать ответственность сторон.

Дело АО «Балтийский завод» против Wartsila Oyj Abp (дело № А56-82244/2022) тоже представляет собой интересный пример того, как

[62] *Mints & Ors v. PJSC National Bank Trust & Anor* [2023] EWCA Civ 1132.

именно российские суды подходят к толкованию и квалификации Оговорок. В частности, в данном деле российский арбитражный суд прямо приходит к выводу о том, что санкции ЕС не препятствуют вынесению решения в пользу истца и исполнению такого решения. Фактические обстоятельства данного дела сводятся к следующему:

– в 2020 г. стороны заключили договоры поставки оборудования. Истец (покупатель) оплатил аванс. В обеспечение исполнения обязательств по договорам ответчик (финский поставщик) представил независимые гарантии возврата авансовых платежей. После февраля 2022 г. ответчик в одностороннем порядке отказался от договоров, не возвратил аванс, проигнорировал требование о выплате по гарантиям;

– Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области сначала прекратил производство по делу в связи с наличием арбитражной оговорки (Арбитражный регламент Торговой палаты в г. Хельсинки, Финляндия). Однако 13 ААС отменил это определение и указал на наличие компетенции на основании ст. 248.1 АПК РФ;

– при повторном рассмотрении российские суды первой и апелляционной инстанций применяли санкции ЕС как составную часть права Финляндии. Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области указал на ст. 11 Регламента 833 как на основание невозможности исполнения обязательства, а также на то, что в силу этой статьи бремя опровержения невозможности исполнения лежит на истце;

– 13 ААС отменил решение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, удовлетворил иск и отметил, что в условиях невозможности исполнения со стороны ответчика истец все еще может обратить взыскание на активы в РФ, исполнение может быть произведено на специальный счет или в депозит нотариуса, а также третьими лицами;

– таким образом, суд указал, что санкции ЕС не препятствуют вынесению решения в пользу истца и исполнению такого решения.

Итого, применение Оговорок, как нам представляется, должно зависеть от конкретных положений договора и применимого права. С точки зрения общеправовых принципов Оговорки не должны юридически препятствовать удовлетворению требований в отсутствие применения положений Регламентов ЕС. Возможно, в будущем появится больше дел, в рамках которых подсанкционным лицам удастся оспорить действие Оговорок.

4) Отсутствие добросовестности при неисполнении обязательств.

Успешная защита может быть построена, в частности, на доказательстве отсутствия добросовестности со стороны контрагента, ссыла-

ющегося на Оговорки. В свою очередь, даже если заявитель формально подпадает под действие санкций, он может попытаться доказать свою добросовестность в исполнении обязательств. Это включает в себя предоставление доказательств того, что заявитель (российское подсанкционное лицо) предпринял все необходимые меры для соблюдения санкционного режима, не имел намерения нарушить его и вступал в переговоры с контрагентом с целью выработки альтернативных способов исполнения обязательства.

Например, для удержания денежных средств и экономических ресурсов, по ст. 10(1) Регламента 269, необходимой предпосылкой является добросовестность оператора ЕС при совершении таких действий. Он должен проверить соответствие лица критериям контроля и сущности санкционных ограничений, а не опираться сугубо на публикации в СМИ или, к примеру, на обоснование санкций в санкционных списках без дополнительной проверки и запроса информации.

Если контрагент этого не сделал, не отреагировал на какие-либо попытки заявителя переубедить его в обратном и сослался на оговорку об отсутствии ответственности, то он не сможет считаться добросовестным, что, соответственно, влечет наступление ответственности (начисление процентов, денежных санкций и взыскание убытков) за неправомерное удержание денежных средств и экономических ресурсов.

Для доказательства недобросовестности контрагента подсанкционное лицо может использовать следующую стратегию:

– Доказать, что ответчик занимает непоследовательную позицию в рамках переговоров и судебного/арбитражного разбирательства. Если контрагент ранее не ссылался на санкции как на основание для неисполнения обязательств, а затем изменил свою позицию, это может свидетельствовать о злоупотреблении правом. В частности, для обоснования своей правовой позиции истец может ссылаться на доктрину эстоппеля, чтобы доказать противоречивую позицию контрагента и лишить его права на предъявление возражений в части применения или неприменения Оговорок.

– Истец может предъявить доказательства, подтверждающие, что им предпринимался ряд мер с целью уведомить контрагента о возможности исполнения обязательств, несмотря на санкции. Однако сам по себе факт того, что контрагент не принял во внимание данную информацию и данные документы, может указывать на отсутствие добросовестности с его стороны.

– Истец вправе доказать отсутствие должной осмотрительности (due diligence) на стороне контрагента перед заключением договора или при его исполнении.

– Истец вправе доказать, что контрагент руководствовался исключительно информацией, публикуемой органами власти и институтами ЕС, без проведения какой-либо проверки.

Доказательство недобросовестности контрагента может иметь юридическое значение для подтверждения его противоречивого поведения и применения доктрины эстоппеля.

5) Возможность перечисления средств в депозит.

В качестве альтернативного варианта суды могут разрешить перечисление денежных средств в счет исполнения и оплаты долга на депозитный счет[63]. Это позволяет сохранить права кредитора, не нарушая санкционный режим. Такой подход обеспечивает баланс между соблюдением санкций и защитой прав пострадавших лиц.

В деле *Fortenova Grupa D.D. v. LLC Shushary Holding & Ors*[64] истец обратился в суд за приказом, разрешающим внесение денежных средств, причитающихся дочерней компании ПАО «ВТБ», «Шушары», в депозит суда. Поскольку обе компании находились под санкциями США, ЕС и Великобритании, «Шушары» могли бы получить денежные средства только в случае отмены санкций в будущем (или получения лицензии). Суд, подчеркивая необходимость соблюдения договорных обязательств, разрешил истцу внести денежные средства на депозит в целях исполнения обязательств перед подсанкционным лицом, несмотря на действующие санкции. Английский суд указал, что санкции не должны препятствовать исполнению должником обязательства и освобождать его от обязательств перед подсанкционным кредитором. Суд согласился с дополнительным вариантом исполнения обязательства в случае отсутствия у кредитора заблокированного счета в ЕС/Великобритании.

Тем не менее стоит отметить, что данная стратегия не всегда работает на практике. Так, в деле *Ministry of Defence of the Islamic Republic of Iran v. International Military Services Ltd*[65] спор касался оговорок о запрете требований и об освобождении от ответственности, закрепленных

[63] *Mohsen Afrasiabi and Others*, CJEU, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 21 December 2011, Case C-72/11, para. 55.

[64] *Fortenova Grupa D.D. v. LLC Shushary Holding & Ors* [2023] EWHC 1165 (Ch).

[65] *Ministry of Defence & Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v. International Military Services Ltd* [2020] EWCA Civ 145.

в ст.ст. 38 и 42 Регламента ЕС 267/2012 (обновленная версия Регламента 423/2007). Английский суд пришел к выводу, что требование о выплате процентов, начисленных в период действия санкций, является требованием подсанкционного лица к неподсанкционному и подпадает под действие Регламента. Таким образом, требование было отклонено на основании оговорки о запрете требований.

Примечательно, что проценты не были просто заморожены, пока санкции оставались в силе, и не были переведены на депозитный счет, то есть английский суд, вероятно, исходил из того, что подсанкционные лица не имеют права требовать уплаты процентов в течение всего периода действия санкций. Соответственно, после снятия ограничений лица, ранее находившиеся под санкциями, не вправе привлекать контрагентов к ответственности за действия (бездействие), совершенные в период действия Оговорок. Этот вывод английского суда соотносится с вышеуказанной позицией Совета ЕС о том, что ст. 11 Регламента 833 применительно к возможности исполнения обязательств следует толковать в качестве форс-мажорного обстоятельства, которое при этом носит временный характер, не прекращая обязательство.

6) Иные способы преодоления Оговорок.

В некоторых случаях может быть целесообразно обратиться к альтернативным правовым механизмам, таким как медиация или переговоры, для достижения внесудебного урегулирования спора при условии возможности добровольного исполнения. Это может быть особенно эффективно, если стороны заинтересованы в быстром и эффективном разрешении возникшего между ними юридического спора. Оговорки должны быть истолкованы в соответствии с международным правом. Заявитель может использовать международно-правовые нормы для оспаривания применения Оговорок в его конкретном случае.

Истец вправе, в частности, ссылаться на принцип добросовестности в международном праве. Этот принцип является одновременно общим принципом права и общим принципом международного права. Одним из вариантов практического применения этого общего принципа является широко известная доктрина *abus de droit*, которая запрещает злоупотребление правами государства и предписывает, что всякий раз, когда утверждение права «затрагивает область, охватываемую договорным обязательством, оно должно осуществляться *bona fide*, то есть разумно»[66].

[66] General Agreement on Tariffs and Trade (Geneva, 30 October 1947), United Nations, Treaty Series, vol. 55, No. 814, p. 187.

7) Факультативный способ защиты – международный инвестиционный арбитраж.

Расширительное толкование Оговорок со стороны регуляторов приводит к тому, что добиться принятия по итогам судебного или арбитражного разбирательства решения в свою пользу и его исполнения крайне трудно для подсанкционных и пострадавших лиц. С другой стороны, оспаривание санкций также не всегда является эффективным механизмом защиты[67].

Международный инвестиционный арбитраж может являться дополнительным компенсационным инструментом защиты подсанкционных лиц и привлечения государств и государственных образований к ответственности по международному праву за нарушения стандартов обращения с иностранными инвесторами. Однако доказывание этих неправомерных действий сопряжено с особенностями процессуально- и материально-правового характера.

Во-первых, при обращении с иском в инвестиционный арбитраж будет подниматься вопрос о наличии у трибунала юрисдикции на рассмотрение спора.

В некоторых делах отстаивается позиция, что действие арбитражной оговорки может быть расширено за счет положения о режиме наибольшего благоприятствования (**MFN**). Данное положение позволяет инвесторам обращаться к наиболее выгодным положениям из других двусторонних инвестиционных договоров (**ДИД**), заключенных государством-ответчиком с государствами, отличными от государства инвестора, и предоставляющих более широкий перечень гарантий.

Цель оговорки MFN – обеспечить равные условия для иностранных и местных инвесторов, а также для иностранных инвесторов из разных стран[68]. Наряду с национальным стандартом обращения, стандарт MFN относится к категории «условных стандартов» в том смысле, что стандарт обращения с инвесторами определяется исходя из того, как

[67] К примеру, в Суде ЕС рассматривалось дело Михаила Фридмана по оспариванию санкций ЕС (Case T-304/22, *Fridman v. Council*). В 2023 г. Суд ЕС начал рассматривать данное дело и в апреле 2024 г. снял с Фридмана санкции, действовавшие по март 2023 г. Однако в марте 2023 г. Совет ЕС указал новые основания для включения Фридмана в санкционные списки. В результате Фридман продолжает оставаться в санкционных списках ЕС, поскольку продление санкций и их введение по новым основаниям требуют оспаривания в отдельном процессе.

[68] *Bayindir v. Pakistan* (I) (ICSID Case No. ARB/03/29), Award, 27 August 2009, para. 387 со ссылкой на Noah Rubins & N. Stephan Kinsella, International Investment, Political Risk and Dispute Resolution – A Practitioner's Guide (2005), pp. 225–226.

государство обращается с другими лицами, находящимися в таком же положении[69] (в этом случае с инвесторами из третьих стран).

Некоторые трибуналы расширяют арбитражную оговорку со ссылкой на оговорку MFN, аргументируя это тем, что арбитражные оговорки в иных ДИД охватывают более широкий перечень ситуаций и что сфера действия оговорок должна быть не менее узкая[70]. Однако в других случаях трибуналы, наоборот, применяют оговорку MFN только к гарантиям инвесторов по ДИД, но не к пределам действия арбитражной оговорки[71].

Соответственно, в условиях отсутствия единообразного подхода трибуналов к вопросу о применимости стандарта MFN к арбитражной оговорке в ДИД инвестору придется доказывать возможность такого расширения оговорки в ситуации, когда арбитражная оговорка, например, распространяется только на определение размера компенсации за экспроприацию, но не на установление факта экспроприации[72].

Во-вторых, к некоторым вопросам, которые будут подниматься в разбирательстве по существу спора, относятся (i) возможность квалификации заморозки активов и запрета на удовлетворение требований в качестве *de facto* неправомерной экспроприации, а также (ii) возможность принятия санкций государствами и государственными образованиями ввиду реализации так называемых «полицейских полномочий» и (iii) присвоение поведения государству или государственному образованию.

(i) Квалификация заморозки активов и запрета на удовлетворение требований в качестве de facto неправомерной экспроприации

При оценке последствий действий государства практика инвестиционного арбитража наиболее часто прибегает к оценке того, привели ли действия государства-ответчика к «существенной утрате» инвестиции либо ее экономической ценности[73].

---

[69] *McLachlan C., Shore L., Weiniger M.,* International Investment Arbitration: Substantive Principles (Second Edition), Oxford University Press 2017, P. 280–281.

[70] См., напр.: *Rosinvestco v. UK* (SCC Case No. 079/2005), para. 124–139.

[71] См., напр.: *Renta 4 S.V.S.A and others v. Russia* (SCC Case No. 24/2007), para. 68–120.

[72] См., напр.: ст. 8 ДИД между Великобританией и Россией (как правопреемницей СССР).

[73] См., напр.: *The North American Coal Corp. and another v. Turkey* (ICSID Case No. ARB/02/5), Award, 19 January 2007, para. 278.

Кроме того, устоявшаяся практика относит к косвенной экспроприации и так называемую «ползучую экспроприацию», а именно: серию действий государства-ответчика, которые в совокупности приводят к экспроприации, хотя бы каждое из этих действий и не приводит к экспроприации[74]. Таким образом, для установления экспроприации необходимо оценивать последствия действий ответчика, а не его намерения[75].

По нашему мнению, принятие ограничительных мер, вынуждающих операторов замораживать активы подсанкционных и пострадавших лиц и удерживать их денежные средства, может рассматриваться в качестве *de facto* неправомерной экспроприации, поскольку лица утрачивают экономическую ценность инвестиций[76].

(ii) Санкции в качестве реализации «полицейских полномочий»

Установление факта экспроприации тесно связано с вопросом о полномочиях ответчика (в частности, на принятие правового регулирования), осуществление которых вылилось в утрату или уменьшение стоимости инвестиции. Так, принятие санкций может не быть расценено как экспроприация, если действия ответчика будут признаны реализацией так называемых «полицейских полномочий» или неотъемлемого права ответчика регулировать определенный круг правоотношений[77]. В этой связи в разбирательстве будет подниматься также вопрос о правомерности односторонних санкций с точки зрения международного права.

Международный суд ООН в своем решении по делу *Certain Iranian Assets*[78] указывает на то обстоятельство, что государство или госу-

[74] *Telenor v. Hungary* (ICSID Case No. ARB/04/15), Award, 13 September 2006, para. 63.

[75] См.: W. Michael Reisman and Robert D. Sloan, Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation (2003), 74 BYIL 115, 121.

[76] Государства-ответчики могут апеллировать к тому факту, что санкции являются временной мерой воздействия и могут быть отменены в будущем. Однако даже временная утрата инвестиции может быть признана экспроприацией (см., напр., *Wena Hotels v. Egypt* (ICSID Case No. ARB/98/4), Award, 8 December 2000, para. 99).

[77] В деле *Nord Stream 2 AG v. European Union* ЕС утверждает, что «*регуляторная деятельность, направленная на достижение легитимных целей общественного благополучия, не подлежит компенсации*» (*Nord Stream 2 AG v. European Union* (PCA Case No. 2020-07), Respondent Rejoinder on Merits & Reply on Jurisdiction, 22 February 2022, para. 852–867).

[78] *Certain Iranian Assets* (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), ICJ Judgment, 30 March 2023.

дарственное образование не может игнорировать свои обязательства по международному праву о разумности, транспарентности, пропорциональности и правовой определенности при введении и применении санкций[79].

(iii) Присвоение (атрибуция) поведения государству или государственному образованию

Для того чтобы претендовать на какое-либо возмещение, инвестор должен будет доказать, что вред был причинен международно-противоправным деянием[80], то есть доказать причинно-следственную связь между действиями ответчика и причиненным вредом (утратой или частичной инвестиций). Такая связь будет установлена, если действия (бездействие) государства или государственного образования соответствуют критериям «предсказуемости» или «близости» вреда[81]. Равным образом «отдаленный» или «косвенный» ущерб, по общему правилу, не подлежит возмещению[82]. При этом причинно-следственная связь может быть установлена также в том случае, если международно-противоправное деяние не является единственной причиной ущерба[83].

Таким образом, истцам нужно будет доказать, что именно действия государства-ответчика привели к утрате инвестиций или уменьшению их стоимости. При этом ответчики могут возражать, ссылаясь на то, что, в частности, санкционное регулирование ЕС принималось коллегиально с участием государств-членов ЕС, поэтому ответственность государства-члены должны нести как минимум совместно с ЕС.

Итого, эффективная защита от действия Оговорок требует комплексного подхода, включающего анализ применимого права, дока-

---

[79] См.: *Certain Iranian Assets* (*Islamic Republic of Iran v. United States of* America), ICJ Judgment, 30 March 2023, para. 106, 150, 186.

[80] Приложение к Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 56/83 от 12 декабря 2001 г., Ответственность государств за международно-противоправные деяния, ст. 31.

[81] Доклад Комиссии международного права, Тексты проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями, Пятьдесят третья сессия Генеральной Ассамблеи ООН, 2001 г., Комментарий 10 к ст. 31.

[82] Там же.

[83] См., напр.: *CME v. Czech Republic* (*ad hoc*), Partial Award, 13 September 2001, para. 580; см. также: Доклад Комиссии международного права, Тексты проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния с комментариями, Пятьдесят третья сессия Генеральной Ассамблеи ООН, 2001 г., Комментарии 12–13 к ст. 31.

зательства отсутствия добросовестности контрагента и использование ряда иных альтернативных правовых механизмов. Хотя Оговорки представляют собой серьезное юридическое препятствие для удовлетворения требований подсанкционных лиц, они не являются непреодолимыми, и при правильной стратегии такие лица могут добиться эффективной защиты своих прав в судебном и/или арбитражном порядке.

5. Заключение

Проблема неисполнения обязательств по договорам, затронутым санкциями, является актуальной, поскольку Оговорки активно используются иностранными контрагентами и банками для отказа в осуществлении оплаты за выполненные работы, поставленные товары и оказанные услуги, а также для отказа в возврате неотработанных авансов. Пострадавшими сторонами зачастую становятся российские подсанкционные лица и те лица, к которым необоснованно применяются санкционные ограничения.

Существующая правовая неопределенность, обусловленная отсутствием детальных разъяснений со стороны регуляторов и недостатком судебной практики, усугубляет ситуацию.

Несмотря на кажущуюся абсолютную императивность Оговорок, нами было показано, что они не применяются безусловно, а зависят от совокупности кумулятивных факторов, несоблюдение хотя бы одного из которых влечет утрату права операторов ссылаться на Оговорки как на причину неисполнения обязательств, избегая при этом ответственности.

Выводы и рекомендации для подсанкционных и пострадавших от санкций лиц могут быть сформулированы следующим образом:

1. Таким лицам необходимо максимально точно проанализировать договорные обязательства, четко разграничивая положения, которые могут быть затронуты санкциями, и те, которые остаются вне их действия. Возможно исполнение обязательств по договору в части, не затронутой санкциями, поскольку Оговорки не должны применяться в таком случае.

2. При заключении договоров с иностранными контрагентами следует тщательно выбирать применимое право и юрисдикцию, отдавая предпочтение правовым системам, которые не признают автоматическое действие Оговорок в полном объеме или предоставляют более широкие возможности для защиты прав пострадавшей стороны. Если договор подчиняется праву государства, не являющегося членом ЕС,

или Великобритании, то действие Оговорок может быть ограничено или вовсе исключено. Аналогичный подход должен использоваться при выборе суда для разрешения спора или места арбитража.

3. Подсанкционные и пострадавшие от санкций лица должны активно собирать доказательства недобросовестности контрагента, ссылающегося на Оговорки. Это может включать в себя доказательства противоречивой позиции контрагента относительно применения Оговорок и обстоятельств, на которые он опирается, отсутствие должной осмотрительности (*due diligence*) при заключении договора и санкционном комплаенсе и т.д.

4. Можно воспользоваться факультативным способом защиты в виде подачи иска в международный инвестиционный арбитраж. Успех взыскания компенсации в таком случае мы оцениваем выше, чем в случае коммерческого арбитража или судебного разбирательства с местом арбитража в ЕС или с применимым правом государства-члена ЕС. Перспективы взыскания убытков (привлечения суверена к ответственности по международному праву) должны оцениваться в каждом конкретном случае с учетом обстоятельств дела.

Следование этим рекомендациям позволит российским компаниям существенно снизить риски, связанные с применением оговорок no claims и no liability, и повысить шансы на успешное разрешение споров и удовлетворение исковых требований. Только комплексный подход, включающий в себя активные действия (в том числе на этапе досудебного урегулирования спора), позволит эффективно противодействовать злоупотреблению Оговорками и обеспечить защиту прав и законных интересов подсанкционных и пострадавших лиц в условиях действующих ограничений.

Section 3

INVESTMENT DISPUTES AND INVESTMENT ARBITRATION

Раздел 3

ИНВЕСТИЦИОННЫЕ СПОРЫ И ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ

THE USE AND ABUSE OF "DUE PROCESS" IN INTERNATIONAL ARBITRATION

Bernardo M. Cremades,
International Arbitrator

Abstract:

It is imperative that the established legal principle that no one can be sentenced without being heard, without due process, be observed at all times in arbitration proceedings. A breach of due process constitutes clear grounds for the annulment of arbitral awards. It is therefore essential that the Tribunal exercises due care in ensuring that all the parties' requests are treated with equal consideration and diligence. Occasionally, however, legal counsel with an overly litigious approach may abuse the concept of due process in certain requests for evidence or time extensions. This is done under the threat of the potential annulment of the award if their requests are denied. While respecting the parties' wishes, the Tribunal must nevertheless be firm in its decision-making to prevent what could be interpreted as an obstruction of the proceedings. It is the responsibility of the Tribunal to guarantee due process, while also ensuring that justice is dispensed promptly, and unnecessary delays are avoided.

Key words: *the origin of "due process of law"; "due process" in international Arbitration; content and requirements of arbitral due process; the need for strong Arbitral Tribunals; proof in international Arbitration; the breach of "due process"; abuse of "due process"; "due process" and judicial control; "due process" - shield or sword?*

Аннотация:

В ходе арбитража необходимо постоянное соблюдение устоявшегося правового принципа, согласно которому никто не может быть осужден, будучи не заслушанным, без надлежащей правовой процедуры. На-

рушение надлежащей правовой процедуры является явным основанием для отмены арбитражных решений. В этой связи крайне важно, чтобы Трибунал проявлял должную осмотрительность, обеспечивая всем заявлениям сторон равное рассмотрение и внимание. Однако порой юридические представители с чрезмерно сутяжническим подходом могут злоупотреблять концепцией надлежащей процедуры посредством запросов на предоставление доказательств или продление сроков. Подобное происходит под угрозой возможной отмены арбитражного решения в случае отказа в удовлетворении соответствующих запросов. Уважая желания сторон, Трибунал, тем не менее, должен проявлять твердость в принятии решений, предотвращая возможность их истолкования в качестве воспрепятствования разбирательству. Именно на Трибунал возлагается ответственность за обеспечение надлежащей правовой процедуры, а вместе с тем за оперативность отправления правосудия и недопущение необоснованных задержек.

Ключевые слова: *происхождение «надлежащей правовой процедуры», «надлежащая процедура» в международном коммерческом арбитраже, содержание и требования надлежащей процедуры арбитража, потребность в «сильных» Составах Арбитража; доказательства в международном арбитраже; нарушение «надлежащей процедуры»; злоупотребление «надлежащей процедурой»; «надлежащая процедура» и судебный контроль; «надлежащая процедура» — щит или меч?*

The reference in Article 38.1 (c) of the Statute of the International Court of Justice to "the general principles of law recognized by civilized nations" has given rise to a rich evolution of international law and, most particularly, economic international law. Bin Cheng made an important contribution with his book "General Principles of Law as applied by international Courts and Tribunals".[1] The seminal chapter on the principle "*auditur et altera pars*" should particularly be taken into account in all arbitral proceedings.

The demands of due process are present in relation to any decision made by an arbitrator during the processing of arbitral proceedings. However,

[1] BIN CHENG, "General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals", Cambridge 2006.

relatively frequently lawyers representing the parties raise questions of due process in a threatening way, suggesting that if the arbitrator does not accept their procedural proposals the result would be a breach of due process. The lawyers do not fail to draw attention to the consequences for the enforcement of the decisions of a breach of due process.

Therefore, it is of great interest to analyse and distinguish when it is justified to raise questions of due process, and when they are an abuse which the arbitrator should reject for the benefit of orderly and effective arbitral management

The origin of "due process of law"

The requirements of due process are the reflection in arbitral proceedings of constitutional demands. Amendment 14 of the Constitution of the United States of America informs us that "*no State shall deprive any person of life, liberty or property, without due process of law*".[2] In England the term "due process" first appears in the Magna Carta, 1354 version, during the reign of Edward III.[3]

In the history of Castile and Aragon the action of *amparo* or appeal for legal protection developed as a procedural guarantee in addition to the ordinary guarantees for citizens. The *Liber Iudiciorum* (Fernando III, 1241) stated that "*you shall be king, if you abide by law, but if you do not abide by law, you shall not be king*".[4] The Tercera Partida (title 23, Law 13) spoke of "*recurso omissio medio*".[5] The legislation of Castile was reflected in the American territories. The colonial *amparo* (Andrés Lira) took shape in the Viceroyalty of New

[2] Amendment XIV, section 1, of the Constitution of the United States of America: "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States, nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws".

[3] The phrase "due process of law" appeared in a statutory rendition of Carta Magna in 1354 during the reign of Edward III of England as follows: "no man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law..." (28 Edw. 3, c 3).

[4] JULIO GONZALEZ GONZALEZ, "Reinado y diplomas de Fernando III", Córdoba, Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Córdoba, doc. 670, page 212 et seq.

[5] "Las Siete Partidas del Rey D. Alfonso X el Sabio"(King of Castille and Leon 1221–1284), Imprenta Real, Madrid 1807.

Spain.[6] The so-called "*recurso de obedézcase pero no se cumple*" ["*appeal of obedience without compliance*"] appears in the code of the laws of the Indies (law 22, title 1, second book). Behind this concept is the origin of the legal possibility of respecting an order, but where the order is not complied with because the person who ought to enforce it legally deems that it is not lawful.[7]

In the Kingdom of Aragon the confrontation between the Crown and the different administrative levels gave rise to the so-called "Justice of Aragon", which, with the so-called "process of manifestation", had authority even over the king to avoid abuse of persons. The kings of Aragon took an oath before the Justice[8] with the formula described by Antonio Pérez: "*we who are equal to you and all together more than you, make you king of Aragon, if you swear to comply with the laws and, if not, we do not*".[9]

We can see, therefore, how "due process" emerges in the Anglo-Saxon world. At the same time, the appeal for legal protection is established in the kingdoms of Castile and Aragon, precisely to avoid the abuse of persons, even by the king himself.

Today, in the Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10 December 1948, it is stated (Article 10) that "*everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations...*".[10] The European Convention for the Protection of Human Rights (4 November 1950) also states (Article 6) that "*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*".[11]

---

[6] ANDRES LIRA GONZALEZ, «El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo», Fondo de Cultura Económica, Mexico 1972.

[7] Vid. GARCIA GALLO, "La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI", Estudios de Historia del Derecho Indiano, Madrid 1972, page 169 et seq.

[8] GUILLERMO FATAS CABEZA," Heráldica aragonesa. Aragón y sus pueblos". Zaragoza, 1990, page 20.

[9] ANTONIO PEREZ,» Relaciones de Antonio Pérez secretario de Estado que fue del Rey de España», 1598. Vid. RALPH GIESEY, "If not, not. The Oath of the Aragonese and the Legendary Laws of Sobrarbe", Princeton University Press, 1968.

[10] Universal Declaration on Human Rights, United Nations General Assembly, Paris, December 10, 1948. Art. 10: "everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him".

[11] European Convention on Human Rights, drafted in 1950 by the Council of Europe, entered into force on September 3, 1953. Art. 6, "Right to a fair trial: 1) in the determination

Our constitutions also contain fundamental rules guaranteeing due process. Article 24.1 of the Spanish Constitution speaks of "effective legal protection", the text of which is used in the Spanish Constitutional Court's case law to speak of effective arbitral protection. Article 24.1 continues that under no circumstances shall a person be deprived of their right of defence.[12]

"Due process" in international arbitration

The requirement of due process as a constitutional guarantee is something that has been developing in Anglo-Saxon and continental laws as a fundamental right of the citizen. In arbitral proceedings, the basic rule consists of submitting to the principles of equality, fair hearing and the right of contradiction. The parties should be treated equally and each one should be given sufficient opportunity to present their case.

Due process in international arbitration requires the arbitrators to conduct the proceedings and, consequently, draft their awards in such a way that their awards are enforceable. And this means that they should make their best efforts to ensure that their awards are not subject to annulment in the place of the arbitration and that they are also enforceable where the person entitled to enforce them wishes to do so.

In their decision making, arbitrators should first ask themselves in accordance with which applicable law the content of the due process should be assessed. Naturally, their starting point must be the wishes of the parties in dispute. Furthermore, the arbitrators should take into account conventional and customary international law.

The world of international arbitration currently enjoys a great array of international treaties, notably the 1958 New York Convention and the 1965 Washington Convention with regard to arbitration to protect investment. I believe that both Treaties should be a starting point when analysing the meaning of due process requirements.

Moreover, we currently enjoy the benefits of an important customary international economic law. The difficulty inherent in other sectors of international law to delimit custom and usage is simplified in the world of arbitration by the "*opinio juris*" of the legal rules repeatedly endorsed in arbitral awards.

of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law".

[12] Art. 24 de la Constitución Española, 1978: "1) todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

Content and requirements of arbitral due process

It is the arbitrator who should, in view of the circumstances, decide whether a decision can be required or, on the contrary, prohibited, depending on his or her understanding of due process. Suffice to recall the old Russian proverb "*do not fear the law, but the judge*". In order to ascertain what the content of due process is in arbitration entails analysing the different stages of the arbitral proceedings. In that respect, a magnificent book by Kurkela-Turunen (Due process in International Commercial Arbitration)[13] analyses the stages of arbitral proceedings presenting questions for arbitrators of due process in the following six general areas:

1. when interpreting the arbitral agreement as the basis for accepting or denying their own jurisdiction. It is well known that the arbitral agreement has a positive effectiveness, permitting the development of arbitral proceedings, and a negative effectiveness, excluding the ordinary courts from hearing matters covered by the arbitral agreement. That exclusive nature is precisely why the interpretation of the agreement, when accepting or denying their own jurisdiction, raises problems of legal certainty. Their decision-making activity must remain within the limits of the agreement without incurring in *ultra* or *infra petita*;

2. jurisdictional aspects not directly related to the arbitral agreement. This is the case, for example, of the arbitrability of the subject-matter of the lawsuit, the participation of parties who have not formally signed the arbitral agreement, possible *res judicata* or *lis pendens,* or the exception of *forum non conveniens*. The admission or refusal of the participation of *amicus curiae* may also raise questions of due process. In this context the appropriateness of the bifurcation of the proceedings is frequently raised. This is a decision that should be made depending on the circumstances of each case because, what is sometimes appropriate for the effectiveness of the proceedings, can on other occasions simply cause delay;

3. the constitution of the arbitral tribunal itself. The correct appointment of the arbitrators forms an essential part of the arbitration. Their impartiality and independence, and their duty to disclose any circumstance that might call into question their performance of their duties is fundamental in all arbitral proceedings. The arbitrators should avoid direct communication with either of the parties and should ensure that the tribunal secretary, if one is appointed, should comply with their duty to help the arbitrators and not influence decision-making;

[13] KURKELA-TURUNEN, "Due Process in International Commercial Arbitration", second edition, Oxford University Press, 2010.

4. with regard to the facts upon which the parties' claims are based and the evidence to be filed, the arbitrators should first decide who has the burden of proof and then establish the limits for one party to request the other party to adduce certain documentation;

5. the tribunal should guarantee the performance of the arbitral agreement in good faith. One of the arbitrators' most important tasks is to indicate the facts relevant for the decision, based on the clear idea amongst litigants that cases are won or lost based on the presentation of the facts. There is a current trend in international arbitration to file numerous documents, which trend Michael Schneider has rightly branded as the "paper tsunami" of arbitration.[14] Arbitrators are responsible for fixing certain limits in order to be able to clarify which facts are relevant or irrelevant in the decision to be made; and

6. arbitrators should give each party a reasonable opportunity to present its case. This is required by Article V 1b of the New York Convention which states that recognition and enforcement of an arbitral award may be refused if a party "was otherwise unable to present his case". This is where arbitrators should exercise their authority, subject to the essential principles of hearing, contradiction and equality. The tribunal should conduct the proceedings promptly and minimize potential costs, guiding the parties through procedural orders or instructions to establish clearly the relevant facts. The procedural time schedule should be realistic because, as Gabrielle Kaufmann-Kholer rightly observes, best is the enemy of good.[15] Arbitrators are under the obligation to combine discretionally what may seem like two poles apart. As Dominique Hascher puts it, between legal certainty and speedy proceedings.[16] Johnny Veeder speaks of the necessary balance between the arbitrator's reasonable

[14] MICHAEL SCHNEIDER, "The paper tsunami in international arbitration: problems, risks for the arbitrator's decision making and possible solutions", in Written Evidence and Discovery in International Arbitration, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Paris 2009, page 365 et seq.

[15] GABRIELLE KAUFMANN-KOHLER, "Beyond Gadgetry – Substantive New Concept to Improve Arbitral Efficiency ", 5 J. WORLD INVESTMENT & TRADE, Feb. 2004: "The calendar must be realistic: "Le mieux est l'ennemi du bien.»

[16] DOMINIQUE HASCHER, «Principales et Pratiques de Procédure dans l'Arbitrage Commercial International», in Recueil des Cours of the Hague Academy of International Law 108, Tome 279 (1999) : «l'arbitrage doit se dérouler dans des conditions de sécurité juridique et de célérité afin d'assurer la validité de la sentence et de diminuer les coûts que les parties doivent assumer. Les arbitres font fréquemment référence à ces exigences quand il leur faut décider de l'opportunité de se prononcer par voie de sentence partielle ou organiser l'administration de la preuve.»

activity and his efficiency: "due process" is essentially a moral question, not a legal concept.[17]

In short, the content of due process can be summed up in two fundamental procedural points: access to justice and reasonableness of the proceedings.

The need for strong Arbitral Tribunals

Philippe Pinsolle presented an interesting paper at the ICCA meeting on the Island of Mauritius in May 2016.[18] He focused on the danger of arbitration *vis-à-vis* what he referred to as a "weak Arbitral Tribunal". In his opinion, a tribunal fearful of the aggressiveness of the parties' lawyers constitutes a great danger for the effective development of the arbitral proceedings. In his opinion, domestic laws on arbitration and arbitral institution rules confer sufficient powers on arbitrators to perform their duties. National judges and tribunals in arbitration-friendly countries protect them in the exercise of their powers. His work is an interesting exercise of comparative law on the subject. In his opinion, the key points are as follows: the possible annulment of the proceedings if the ground for annulment is not first raised before the Arbitral Tribunal itself; disregarding submissions filed in breach of the procedural calendar; refusing to allow additional written submissions; refusing to accept late written evidence; refusing to hear witness evidence; calling by the Arbitral Tribunal of a witness on its own motion or relying on statements given by witnesses not called by the parties; not allowing or limiting cross-examination; refusing or limiting irrelevant expert evidence; rejecting untimely requests for the submission of documents; and failure to answer each argument raised by the parties. The key issue is to ascertain whether the tribunal should avoid being considered as a "weak Arbitral Tribunal" in such circumstances. In any case, an arbitrator shall conduct an arbitration in a manner the arbitrator considers appropriate for a fair and expeditious disposition of the dispute:[19]

---

[17] JONNNY VEEDER, "Due process, the balancing of fairness and efficiency", IBA Arbitration Day, Dubai 2009.

[18] PHILIPPE PINSOLLE, "The need for strong arbitral tribunals", Mauritius, 2016, ICCA Plenary.

[19] Art. 17 "Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties' dispute." (UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010).

Proof in international arbitration

In his decision-making the arbitrator has sufficient reasons to doubt in adopting a strong or weak position. Proof in international arbitration frequently requires such doubt of the arbitrator.

National procedural laws do not apply in international arbitration. The arbitrators decide procedural questions. Hence, the standard procedure agreed with the parties in procedural order number 1, sets out the guidelines for the conduct in the arbitral proceedings. Frequently, it should deal with the fusion of the legal cultures of the common and the civil lawyer. The subject-matter of the proceedings is different: in civil law, the judge determines and applies the law, whereas, in the Anglo-Saxon system, the judge organizes a fair combat between the parties. The Anglo-Saxon lawyer tends to attach greater importance to the hearing, the lawyer bears in mind his historic function of addressing the jury, the members of which sometimes did not know how to read; hence, the tedious and reiterated trend of reading texts that the arbitral tribunal should already know. For the continental lawyer, however, the written stage is the important part. UNCITRAL's work has permitted that, in practice, the use of both legal cultures has become balanced in international arbitral proceedings. However, well-founded doubts arise with regard to questions of documentary, witness or expert evidence.

In civil law, the parties file their documented statements, whereas, in Anglo-Saxon law, the documents are requested after the parties have exchanged their pleadings. The continental lawyer is reluctantly becoming accustomed to the importance of discovery of documents and depositions of witnesses. It can be said that the civil lawyer affirms, requests and proves, whereas the Anglo-Saxon lawyer affirms and hopes to prove. Hence, the difficult mixture in international arbitration: the claim and the defence should be complete and documented and subsequently the documents to which access could not be gained when drafting the statements are sought. Fishing expeditions are not allowed; the request for documents should be made explaining why and for what purpose they are sought; the arbitrators know the facts as a result of having read the written statements and are in a position to control the reasonableness and length of the other party's requests for documentation. The arbitrator plays the role of moderator, but lacks the power of the State judge; he can, however, request of his own accord certain documents which he deems essential. The parties' reluctance or refusal can give rise to inferring the consequences that the arbitrator deems appropriate in his assessment of the documentary evidence.

The difference between the witness in international arbitration and the witness in proceedings before a national judge is clear: in arbitration the person who has in some way been involved in the facts, usually a client or an employee, appears as a witness; he is not neutral because, since he has been involved, he has an interest in the dispute. Hence the controversy surrounding the possibility of preparing witnesses, which is something that, in principle, is repugnant to the continental lawyer's professional ethics. The filing of witness declarations with the pleadings, in order to avoid surprising the other party, has become an essential element of witness evidence; the lawyer helps to draft those declarations, so that they are more convincing for the arbitrators, without inventing facts, but rather to help the witness to recall them. Should cross-examination be limited to written testimony or should it deal with any relevant fact? Does formal truth prevail over material truth? The arbitrator should avoid abuses of cross-examination, such as trying to corner the witness or surprising him about facts in respect of which he is not prepared.

The civil law judge appoints the expert, whereas in common law the parties present their experts. In international arbitration it can be said that the Anglo-Saxon system prevails, but with preliminary written reports. Frequently the arbitrator himself appoints an expert to present an independent opinion from those offered by the parties' experts. One speaks of the rigidity of legal proceedings and the flexibility of arbitration. However, flexibility does not mean the chaotic weakness of the arbitrators in conducting the proceedings. It should not be forgotten that the purpose of all evidence is to convince the person who has to judge what the parties affirm and seek. The arbitrators should assess in each case the relevance of the evidence presented, and in their discretion should decide the usefulness of the evidence for their own conviction.

The breach of "due process"

When a breach of due process has been committed, the arbitral award may be annulled or not enforced, where appropriate. However, this should only occur in cases in which "*the most basic notion of morality and justice*" is violated.[20]

When that occurs, normally the sanctions are not directly imposed on the arbitrator who breached his duty, but rather, as W. Park affirms, the party that wins the arbitration pays the price of the arbitrator's defective conduct because that party, and only that party, suffers the consequences of the an-

[20] Vid. Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v Société General de l'Industrie du Papier Rakta and Bank of America, Yearbook 1976, page 215.

nulment or non-enforcement of the judgment which accepted its claims but was subsequently annulled or not enforced.[21]

The arbitrator is rarely subject to actions of responsibility for failing to perform his duties. The arbitrator enjoys a certain immunity in performing his jurisdictional activity. It is true, however, that the arbitrator originally performs his duties under an arbitral agreement and, therefore, is required to fulfil his contractual obligations *vis-à-vis* the parties. Nowadays, judicial decisions holding the arbitrator liable when he has breached his purely contractual obligations (for instance, accepting the appointment without disclosing a conflict of interest with a consequent annulment of the award) are becoming widespread.

Abuse of "due process"

In many arbitral situations, "due process" has today become a real threat to the arbitral tribunal. When, in a party's submissions or at the arbitral hearing, one of the lawyers lets the expression "due process" slip, the tribunal usually understands it as a threat that, if the arbitrator does not agree to their petition, the award will subsequently be annulled.

In this day and age, we are living in times of significant conflict. Arbitration has ceased to be a method for resolving disputes between gentlemen but has become a vast industry where it would seem that aggressiveness is a virtue for the lawyer defending the party's interests. Many refer to 'due process' as a real paranoia in the arbitration proceeding. Much has been written on Due Process Paranoia.[22] Challenges to arbitrators are used as a strategic weapon, and claims for compensation against arbitrators or arbitral institutions, as well

[21] W. PARK, "The procedural Soft Law on International Law, non-governmental instruments", Kluwer International, Leiden, 2006, pages 146 and 147.

[22] Vid. REMY GERNAY, "Due Process Paranoia", Kluwer Arbitration Blog, 2016; VALERIA ARROYO ZÚÑIGA and MELANIE MATAMOROS ÁLAVA, "El Due Process Paranoia: ¿un obstáculo o una ventaja en arbitrajes nacionales?", Revista Ecuatoriana de Arbitraje, num 14 (2024); RENJITH NAIR, ALTAMASH QURESHI and RICHA PHULWANI, "Due Process Paranoia – an impediment to efficient arbitral proceedings?", International Bar Association, (2023); ERIKA WILLIAMS, HANNAH FAS AND TOM HANNAH, "Due Process Paranoia and its Role in the Future of International Commercial Arbitration", Australasian Legal Information Institute, https://classic.austlii.edu.au/au/journals/ANZRIArbMedr/2018/7.pdf (2009); R. METSCH, "Prospect Theory and due process paranoia: what behavioural models say about arbitrators' assessment of risk and uncertainty", Arbitration International, Volume 36, Issue 2, June 2020, pages 233-252; J. OLE JENSEN, "Due Process Paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators", Revista Brasileira de Arbitragem, Volume 14, Issue 54, pages 73-94 (2017); J. Arbisman, A. Genest and E. Giakoumakis, "Due Process

as criminal prosecutions of arbitrators for declaring jurisdiction at the initial stage of arbitral proceedings, are ever-more frequent in the life of international arbitration. The arbitrators who perform their duties against the State in the place of the arbitration are sometimes subjected to inadmissible pressure. The use of public opinion as a weapon of pressure against the arbitral tribunal is unacceptable. It is the general practice of many law firms to have an important communications department, generating news items which are not always to the benefit of the necessary neutrality of arbitrators' activity.

Arbitrators are criticised excessively, and are made responsible for the defects of the large industry of arbitration. However, nothing is mentioned about the excessive length of the time limits fixed by lawyers in the procedural timetable. The parties have a legitimate right to the proceedings taking place efficiently and rapidly. The parties' interests occasionally interfere with the interests and professional obligations of the persons representing them. With an adequate exchange of written communications, the arbitrators can know what is asked of them without the need for excessively long and inefficient hearings. At many of these hearings dozens and dozens of lawyers meet around the tribunal's table, but their presence is not justified over the weeks that the hearing might last. The excessive presentation of witnesses is often unnecessary, and there is the proliferation of experts who sometimes do nothing but confuse the tribunal. These are subjects which would have to be analysed at leisure. The Anglo-Saxon technique of cross-examination may be very useful in search of the material truth of the facts, but cross-examinations are frequently theatrical representations for the display of the lawyer in question; sometimes, in that exercise, one gets the impression that the lawyer forgets that his task is to convince the tribunal rather than to be thinking of the transcription of his interventions, frequently intended for his client.[23]

I understand that all these excesses can constitute a real breach of "due process" for which only the professionals representing the parties should be held responsible. The documentary "tsunami" to which Michael Schneider referred, only confuses arbitrators. A vast part of the documentation, not to mention the repetition of authorities filed, is totally unnecessary. The arbitrator has to put a gargantuan amount of effort into doing what the parties' representatives ought to have done: present crystal clear and concisely documented conclusions.

and Procedural Irregularities", GAR The Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards, February 8, 2004.

[23] Vid. "Rethinking the Paradigms of International Arbitration", Dossier XX, ICC Institute of World Business Law, Paris, September 2023, edited by B. Cremades and P. Peterson.

As a result, arbitration costs have rocketed. When the proceedings end, the tribunal asks the parties for the costs that they have incurred, and these can be really scandalous. All this raises the question of whether, in fact, as a result of these macro arbitral proceedings, we are making it impossible for the parties to the arbitral agreement to access justice. Thus, the excessive cost of arbitration can constitute a real ground of denial of justice. To that end, the solution of the financial sector has been the third party funder, which actually permits access to arbitral justice but, in turn, increases the cost of the proceedings.

"Due process" and judicial control

In Latin America there is lively debate around the judicial control of arbitral awards. The excessive resort to the appeal of *amparo* on the basis of a violation of constitutional rights in the arbitration has led to abuses that only serve to delay arbitral proceedings in the courts. Too often the nullity of arbitral awards is sought for breaches of public policy, which is understood as including any constitutional violation. In many jurisdictions the concept of public policy used by judges and courts in the revision of arbitral awards is not well defined.

Latin American scholarship is divided between the procedural lawyers who insist excessively on the need for a detailed constitutional control, and the supporters of the flexibility and efficiency of arbitration. The issue even raises questions of professional ethics. Some praise the lawyers that use all available appeals and means for the benefit of their client. They do not think that an unreasonable abuse of the right of defence might constitute an ethical breach that could be subject to a disciplinary sanction. For many, the lawyer should use all procedural means within their reach in defence of the interests of their client.

When it is said that arbitral tribunals should be strong the seat of the arbitration should not be overlooked, for here lies the eventual judicial control by local judges. Many Latin American countries guarantee the protection of fundamental rights through the appeal of *amparo* in prejudice to the fundamental right of judicial security and certainty, as correctly pointed out by Francisco Gonzalez de Cossío. The appeal of *amparo* is permitted to lessen fundamental rights such as the freedom to agree to arbitration for the resolution of conflicts and the legal security of those involved in the arbitral process.[24]

[24] FRANCISCO GONZALEZ DE COSSIO, "Procesos constitucionales y procesos arbitrales: ¿agua y aceite?", Revista Ecuatoriana de Arbitraje, num. 6, 2014, page 229 et seq.

"Due process", shield or sword?

Embedded in the origins of due process requirements is the protection of the right of defence. Today, there is added to this function that of an aggressive sword through the use of the magic words "due process" to force the tribunal to accept certain procedural claims. The criticism against arbitrators at the same time as the silence in respect of the abuses by lawyers in arbitral proceedings is noteworthy. Recently, we have had the opportunity to listen to the President of the International Bar Association, Mr. David W. Rivkin, who has criticized the current defects of arbitral proceedings as if they were the result of the dubious work of the arbitrators. In his speech delivered in Hong Kong on 27 October 2015 he states, *inter alia*, that "*with regard to the hearing itself, every arbitrator should undertake to give his undivided attention, instead of replying to e-mails, doing sudoku puzzles or getting involved in any other distracting activity*".[25] I do not know Mr. Rivkin's experience in arbitral matters but, from reading his speech, he gives the impression of Don Quixote de la Mancha, fighting against ferocious giants which were, in fact, only windmills. The great finding of the President of IBA is the need to draw up a new contract whereby arbitrators are more exactingly committed to the parties who directly or indirectly appoint them. Perhaps he should focus more on the performance of the lawyers in order to obtain better results in arbitral proceedings.

International arbitration is currently in the crossfire of international politics. First were the Bolivarian states, which initiated forceful criticism of investment arbitration.[26] Later, the European Union signed the Treaty of Lisbon in which it tried to eliminate the powers of the member states of the Union with regard to arbitration to protect investment, in favour of the European Commission.[27] Thus, investment protection arbitration was exposed to the

[25] DAVID W. RIVKIN, "A new Contract between Arbitrators and Parties", HKIAC Arbitration Week Keynote Address, October 27, 2015.

[26] Bolivia notified its withdrawal from the ICSID convention on May 2, 2007. Two years later, Ecuador followed the same steps. Venezuela withdrew from ICSID in July 2012.

[27] The Treaty of Lisbon was signed in Lisbon on December 13, 2007. Art. 207,1: "the common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investments, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, expert policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external actions".

politicization of the political parties within the framework of the European Parliament. When the treaty on the protection of investment between the European Union and the United States of America (TTIP) is discussed, the left-wing parties take arbitration to protect investment as a rallying point in their political fights.[28] In the United States, the New York Times' fierce criticism is undoubtedly justified by the abuse of class actions in arbitration to protect the consumer, which, in practice, gives rise to real situations of a lack of proper defence.[29] In Europe the criminal use of arbitration in the Tapie case, or in Spain, the criminal conviction of the respected arbitrator, Stampa, for his decisions during arbitration proceedings, has logically discredited commercial arbitration.[30]

We find ourselves in these circumstances at the present time. Undoubtedly, like all institutions, international arbitration should accept certain constructive criticism to improve this dispute-resolution method. With regard to arbitral proceedings, it is beneficial to emphasise the need for the correct use of due process, and to identify the abuses to be avoided that are occurring. However, it is not acceptable to single out the arbitrators for criticism, overlooking the real abuses committed by many professionals participating in international arbitration. Let he who is without sin cast the first stone.

[28] Vid. ELIZABETH WARREN, "The Trans-Pacific Partnership clause everyone should oppose", The Washington Post, February 25, 2015.

[29] JESSICA SILVER-GREENBERG and ROBERT GEBELOFF, The New York Times: "Arbitration Everywhere, Stacking the Deck of Justice", Oct. 31, 2015; "Rule on Arbitration Would Restore Right to the Banks", May 5, 2016; "Court Rules Companies Cannot Impose Illegal Arbitration Clauses", May 26, 2016; "Start-ups Embrace Arbitration to Settle Workplace Disputes", May 14, 2016; "Bill Seeks to Limit Use of Arbitration to Avoid Courts", Feb. 4, 2016.

[30] DOUGLAS THOMSON, "Tapie award overturned in France", Global Arbitration Review, Feb. 18, 2015.

JUDICIAL REVIEW OF NON-ICSID AWARDS: MATTERS OF JURISDICTION

Maxim Osadchiy,
Founder, Osadchiy Dispute Resolution LLP
Teaching Associate, Queen Mary University
(London)

Abstract:
There is considerable uncertainty regarding the standard that national courts should apply when reviewing post-award challenges to arbitral jurisdiction in investment treaty arbitration. The full de novo assessment of arbitral jurisdiction that courts tend to employ when reviewing jurisdictional challenges in commercial arbitration may not be appropriate in all cases, because investment treaty awards have certain unique features that may call for bespoke treatment of jurisdiction in post-award proceedings. As challenges to investment treaty awards proliferate and courts are becoming occasionally more prone to attempts to reassert their reviewing powers – particularly on matters of EU law – there is a need to develop a standard that would more appropriately reflect those features.

Key words: *review of jurisdiction, judicial review, standard of review, deference to arbitrators.*

Аннотация:
В настоящее время существует значительная неясность в отношении стандарта, который национальные суды должны применять при пересмотре решений инвестиционных арбитражей по вопросам компетенции на стадии после вынесения арбитражного решения. Полный, de novo стандарт пересмотра вопросов компетенции состава арбитража, который суды применяют при пересмотре решений арбитров в отношении компетенции в коммерческом арбитраже, не во всех случаях может

быть оправдан. Решения инвестиционного арбитража обладают рядом уникальных характеристик, которые могут обусловить применение особого стандарта пересмотра вопросов компетенции арбитража на стадии после вынесения решения. В условиях увеличения количества заявлений об оспаривании решений инвестиционных арбитражей и время от времени более активных попыток национальных судов осуществить свои функции по осуществлению контроля за арбитражем, особенно в отношении вопросов права Европейского союза, существует необходимость выработать стандарт, который в более полной мере отразит такие характеристики.

Ключевые слова: *пересмотр компетенции арбитража, судебный контроль, стандарт пересмотра, уважение к решениям арбитров.*

1. Introduction

There is considerable uncertainty regarding the standard that national courts should apply when reviewing challenges against investment treaty awards on jurisdictional grounds. Indeed, although the national court's role in reviewing a tribunal's award on jurisdiction is well-established – 'the last word ... will lie with a court' – the type of intervention that the court is meant to undertake is not so clear.[1]

Is the court to conduct a *de novo* hearing, considering the question of jurisdiction afresh; or is it merely to review the tribunal's decision applying a presumption that this decision is correct? Should new evidence or arguments be permitted as of right, or only in limited circumstances and with the court's permission? Does party autonomy have a role to play in informing the scope of judicial review at the post-award stage?

There are presently no clear, let alone consistent, answers to these questions. While almost all national systems permit full, independent assessment of arbitrators' findings on jurisdiction, typically at the post-award stage, the

[1] Alan Redfern, J. Martin Hunter, Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Redfern and Hunter on International Arbitration (5th edn, Oxford University Press 2009), 5.126. *See* also Amokura Kawharu, "Arbitral Jurisdiction" (2008) 23 New Zealand Universities Law Review 238, 259 ("there is little settled law" as to whether the court should review the question de novo or it should apply the presumption that the decision was correct).

modalities of the review differ, particularly with respect to the treatment of new evidence and the review of relevant elements of fact.[2]

The lack of a coherent and consistent approach to the review of arbitral jurisdiction is not conducive to the predictability and finality of arbitration as a dispute resolution process.[3] It also imperils the New York Convention's objective of ensuring uniform treatment of arbitral awards[4] and complicates advice on enforcement prospects. For businesses—whose ability to operate successfully and sustainably often depends on long term-planning—the situation is even harder to tolerate.

The stakes are arguably higher – and the lack of clarity even more perilous – when it comes to the review of *investment treaty awards*. There is an increased complexity and technicality of jurisdictional issues in treaty arbitration and international law.[5] Moreover, investment treaty proceedings tend to be more complex, lengthier and are often more costly to resolve, exacerbating the consequences of any unjustified attempts of national courts to reassert their power to scrutinise awards more closely.

This article aims to identify the standard that would more appropriately reconcile the tension between party autonomy and efficiency of the process on one hand, and the need for meaningful oversight and scrutiny on questions of jurisdiction at the post-award stage on the other.

Following this introduction, Section 2 examines the legal framework applicable to the review of arbitral jurisdiction by national courts in the investment treaty context and identifies two principal models of review. Section 3 considers the standard most appropriate for investment treaty awards, given their unique features. Section 4 concludes.

---

[2] Maxim Osadchiy, 'Calibrating De Novo: Judicial Review of Arbitral Jurisdiction', (2024), 41, Journal of International Arbitration, Issue 1, pp. 1–28, p. 14.

[3] Lord Neuberger, Arbitration and the Rule of Law, Hong Kong Lecture at the Chartered Institute of Arbitrators Centenary Celebration, 20 March 2015. ("The predictability of arbitration on the international stage is one of its central merits as a dispute resolution process. Arbitration famously favours finality.").

[4] Gary Born, "New York Convention: A Self-Executing Treaty" (2018) 40 Michigan Journal of International Law 115, 177. The situation is arguably also contrary to the rule of law as users of arbitration and those supporting them 'must be able to establish with the minimum degree of effort what the law entails'. Report of the Bills Committee on Arbitration Bill (LC Paper No. CB(2)83/10-11).

[5] G. Kaufmann-Kohler, 'Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?' in Annulment of ICSID Awards, 189, 196 (E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds), Juris, New York 2004).

2. Judicial Review of non-ICSID Awards on Jurisdiction

1. International framework

It is now well-established that recourse against non-ICSID investment arbitration awards is a matter for national courts.[6] In all such arbitrations, be it under the UNCITRAL Rules, the SCC Rules, the ICC Rules, or the ICSID Additional Facility Rules, the normal way to challenge an investment treaty award is through national courts.[7] Any such challenge will ultimately be anchored in a national jurisdiction and subject to the laws and practices of that jurisdiction.[8]

Although the exact grounds for setting aside or refusing enforcement of a foreign arbitral award vary from jurisdiction to jurisdiction, most developed arbitral regimes follow the framework and core principles laid down in the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. The Model Law, together with the New York Convention, laid the foundation of the system of international commercial arbitration as we know it today, and they continue to support its growth and acceptance across the globe.[9]

The grounds relevant to jurisdictional challenges at the post-award stage are found in Articles 34 and 36 of the Model Law. Article 34 provides, in relevant part, that an arbitral award 'may be set aside' where (1) the arbitration agreement 'is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of [the country where the award was made]' (Article 34(2)(a)(i)); or (2) 'the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or

---

[6] *See*, *e.g.* Kateryna Bondar, Annulment of ICSID and Non-ICSID Investment Awards: Differences in the Extent of Review, 32(6) Journal of International Arbitration 621-675 (2015); Gaetan Verhoosel, Annulment and Enforcement Review of Treaty Awards: To ICSID or Not to ICSID, in Albert Jan van den Berg (ed.), 50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference 285-317 (ICCA Congress Series, Vol. 14, Kluwer Law International, 2009); N. D. Rubins, Judicial Review of Investment Arbitration Awards, TDM 2 (2005).

[7] K. Hobér, N. Eliasson, Review of non-ICSID Awards by National Courts, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (2nd Edition) Katia Yannaca-Small (ed.), pp. 759-796, para. 28.11.

[8] *See, e.g.*, J. van Haersolte-van Hof & A. Hoffmann, The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts, in The Oxford Handbook of International Investment Law (P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer eds., 2008).

[9] 172 countries have signed and ratified the New York Convention, and ninety-three countries have adopted the Model Law as of the time of writing.

contains decisions on matters beyond the scope of submission to arbitration...' (Article 34(2)(a)(iii)).[10] The same grounds are found in Article 36 of the Model Law, which deals with applications to enforce arbitral awards.

These provisions are silent on the nature and mode of the review[11] and simply reaffirm the courts' power to refuse enforcement of an arbitral award for lack of jurisdiction.[12] They do not offer any concrete practical guidance as regards the standard of review courts should employ when assessing challenges to arbitral awards based on a lack of jurisdiction, or the factors that can or should be relevant to that assessment.

Aron Broches, a leading commentator and one of the drafters of the Model Law, observed that 'it proved difficult ... to reach agreement on the scope of review'.[13] As a result: '[t]here is nothing in the Model Law drafting history to guide courts as to the approach they should take in assessing the grounds for setting aside and refusing enforcement of awards; apart from the general recognition that courts have a discretion not to set aside or refuse enforcement if the departure from the applicable standard is immaterial.'[14]

2. Court practice

In the absence of any concrete guidance from either of the founding instruments or international bodies such as the International Council for Commercial Arbitration or the International Bar Association, courts across the globe have developed their own reviewing standards, often largely independently of each other. This article does not seek to survey these standards

[10] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 (with amendments), as adopted in 2006.

[11] Emmanuel Gaillard & George Bermann, Guide on the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958Comment to Article V(1)(a) (2017) para. 48, http://newyorkconvention1958.org/index.php? lvl=cmspage&pageid=10&menu=621&opac_view=-1 (accessed 18 Dec. 2024).

[12] This is consistent with Prof. Buchand's conclusion with respect to the applicable standard of review under Art. II(3) of the New York Convention: 'Article II(3) is simply silent on that aspect of the court's role [that is, how courts should review arbitration agreements]'. See Frederic Bachand, Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction? 22(3) Arb. Int'l 471(2006), doi: 10.1093/arbitration/22.3.463.

[13] Aron Broches, Commentary on the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Arts 16, 31 (Kluwer Law and Taxation Publishers 1990).

[14] Amokura Kawharu, "Arbitral Jurisdiction" (2008) 23 New Zealand Universities Law Review 238, p. 262.

comprehensively but rather focuses on two jurisdictions—England and Wales, and Switzerland — to illustrate two principal models for judicial review of arbitral jurisdiction at the post-award stage. It then considers the standard that would be most appropriate for investment treaty awards, given their unique features.

a. England and Wales

In England and Wales, the courts' review of the tribunal's jurisdiction is governed by the English Arbitration Act 1996 (the "**Arbitration Act**"). At post-award stage, such review may occur in the context of set aside (Section 67) or enforcement (Sections 101 and 103) proceedings. Like the Model Law, the Arbitration Act does not prescribe — or describe — how the courts should exercise their reviewing power when dealing with challenges to the tribunal's jurisdiction.

On the current state of authorities, courts would conduct a full rehearing — rather than a review — of the question of arbitral jurisdiction, both as to fact and law.[15] Courts would undertake a 'full judicial determination' of the matter and would give no weight to the tribunal's own view of its jurisdiction, 'however full was the evidence before it and however carefully deliberated was its conclusion'.[16] New evidence — and arguments — are permitted as of right, irrespective of whether a party challenging jurisdiction participated in the proceedings.[17] Courts may refuse to admit new evidence if that would

[15] *Dallah Real Estate and Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan* [2010] UKSC 46, [2011] 1 AC 763, para. 26 ('Domestically, there is no doubt that, whether or not a party's challenge to the jurisdiction has been raised, argued and decided before the arbitrator, a party who has not submitted to the arbitrator's jurisdiction is entitled to a full judicial determination on evidence of an issue of jurisdiction before the English court'), paras 27—28 (concluding that the same standard extends to the review of foreign arbitral awards). *See* also Departmental Advisory Committee on Arbitration Report on the Arbitration Bill (1996), para. 143, https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-004-4914?transitionType=Default&contextData=(sc.Default) (accessed 16 Dec. 2024). ('Since the arbitral tribunal cannot rule finally on its own jurisdiction, it follows that both its findings of fact and its holdings of law may be challenged'.).

[16] *Id.*, para. 30. Lord Mance acknowledged, however, that an enforcing court will "examine, both carefully and with interest, the reasoning and conclusion of an arbitral tribunal which has undertaken a similar examination," and that courts "welcome useful assistance.", para. 31.

[17] *Azov Shipping Co. v. Baltic Shipping Co.* [1998] EWHC 1211 (Comm) (per Rix J), para. 16. ('Where ... there are substantial issues of fact as to whether a party has made the relevant agreement in the first place, then it seems to me that, even if there has already been a full hearing before the arbitrators the court, upon a challenge under section 67, should not be placed in a worse position than the arbitrator for the purpose of determining that challenge') (emphasis added).

result in substantial prejudice to the other side,[18] or impose cost or other consequences.[19] The circumstances in which the court would do so remain obscure, however.[20]

Courts have employed the same full *de novo* assessment of arbitral jurisdiction when reviewing jurisdictional challenges to investment treaty awards.

One of the first cases to grapple with the issue was the Court of Appeal decision in *Occidental Exploration Production Co.* v. *Republic of Ecuador.*[21] The case concerned whether an English court can determine an Section 67 challenge to the substantive jurisdiction of an arbitration tribunal constituted under a bilateral investment treaty between the USA and the Republic of Ecuador. The Court of Appeal decided that the question of jurisdiction could be considered by the English courts and saw no 'sensible basis for suggesting that there is or should be any difficulty about an English Court, in the context of an English award, determining the scope of arbitrators' jurisdiction under Section 67...'[22]

Courts have since reviewed numerous challenges to jurisdiction of investment treaty tribunals.[23] In so doing, they confirmed that the task for the court in resolving the s.67 challenges is to determine whether the tribunal had substantive jurisdiction *de novo*, unconstrained by the evidence or arguments deployed before the tribunal.[24] This is so whether the case involves a question of jurisdiction *ratione personae* or *ratione materiae*.[25]

---

[18] *Primetrade AG v Ythan Ltd* [2006] 1 Lloyd's Rep 457, paras 62 and 63 (the court may decide not to permit new evidence to be adduced if that would result in substantial prejudice to the other side which cannot fairly be dealt with either in costs or, if appropriate, an adjournment).

[19] *Electrosteel v ScanTrans* [2002] EWHC 1993 (Comm), in particular, paras 22-23 (noting that where parties seek to have two evidential bites of the cherry in disputes as to the jurisdiction of arbitrators "(1) evidence introduced late in the day may well attract a degree of scepticism and (2) the Court has ample power to address such matters when dealing with questions of costs."). *See* also *The Ythan* [2006] 1 Lloyd's Rep. 457 at paras 59-63.

[20] *Czech Republic v Diag Human SE and Stava* (s.67). ('[T]he circumstances in which the court can refuse to admit new evidence on a s.67 application, and in particular how far the prior conduct of the arbitration bears on that issue, remains obscure.').

[21] *The Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Prod* [2005] EWCA Civ 1116.

[22] *The Republic of Ecuador v. Occidental Exploration & Prod* [2005] EWCA Civ 1116, para 55.

[23] *See*, *e.g.*, *Czech Republic v Diag Human SE and Josef Stava* [2024] EWHC 2102 (Comm); *Czech Republic v European Media Ventures SA* [207] EWCA Civ 656, para 13; *The Kyrgyz Republic v Stans Energy Corporation* [2017] EWHC 2359 (Comm), para 42; *GPF GP S.à.r.l. v. Republic of Poland* [2018] EWHC (Comm) 409 [70] (Eng. High Ct.), paras 64-72.

[24] *Czech Republic v Diag Human SE and Josef Stava* [2024] EWHC 2102 (Comm), paras 5 and 6.

[25] *GPF GP S.à.r.l. v Republic of Poland* [2018] EWHC 409 (Comm), para 70.

Although full judicial review of arbitral jurisdiction in challenges against investment treaty awards has so far not revealed any particular cause for concern, a recent reported case involving a challenge to the substantive jurisdiction of an ICC tribunal illustrates some of the perils of *de novo* review.

In *Province of Balochistan v Tethyan Copper Company Pty Ltd* [2021] EWHC 938 (Comm), the claimant sought to re-litigate issues of corruption that had taken two years to deal with at the arbitration stage (albeit in the context of a separate ICSID arbitration).[26] The issue arose in the context of an application to set aside an ICC award for lack of substantive jurisdiction under Section 67 of the Arbitration Act (among other grounds).[27] The claimant proposed that the same corruption allegations be assessed by the Court, as well as an entirely new set of wide-ranging allegations and further substantial evidence of fact.[28] Although the judge ultimately found that the corruption allegation was precluded by the Arbitration Act's waiver provisions[29]—recognising, all the while, the need to avoid any delay in deciding challenges to arbitral awards[30] – these arguments were finally settled only two years after the claimant issued the proceedings.[31]

This framework for review of jurisdictional challenges is under review, following the Law Commission's proposals for reform of the Arbitration Act. Once implemented, the improved framework would limit the scope of judicial review by introducing certain conditions for advancing challenges to jurisdiction at the post-award stage.[32]

---

[26] *Province of Balochistan v Tethyan Copper Company Pty Ltd* [2021] EWHC 938 (Comm).

[27] Arbitration Act 1996, Section 67. Substantive jurisdiction includes, among other things, questions as to whether there is a valid arbitration agreement and what matters have been submitted to arbitration. Arbitration Act 1996, Section 30.

[28] A move that would, according to the Respondent, turn "the streamlined and efficient process designed to deal with arbitration claims into a full-blown corruption trial with dozens of witnesses, thousands of documents and allegations spanning nearly three decades". *Province of Balochistan v Tethyan Copper Company Pty Ltd* [2020] EWHC 938 (Comm), para 4(iv).

[29] *Province of Balochistan v Tethyan Copper Company Pty Ltd* [2021] EWHC 938 (Comm), paras 262, 265, 386.

[30] *Province of Balochistan v Tethyan Copper Company Pty Ltd* [2021] EWHC 938 (Comm), paras 27–29 (citing Section 1 of the Arbitration Act 1996 and authorities stressing that a court's intervention into the process should be "minimal and well-defined").

[31] The set aside application was filed in August 2019.

[32] Under the amended regime, there will be three conditions to advancing a challenge under s.67: (i) a party may not raise an objection which was not raised before the tribunal (reflect-

b. Switzerland

In Switzerland, the grounds relevant to jurisdictional challenges at the post-award stage are found in letters b and c of Article 190 paragraph 2 of the Swiss Private International Law Act (the "**PILA**"). An award may be set aside where the arbitral tribunal wrongly accepted or declined jurisdiction (letter b) or where the arbitral tribunal ruled beyond the claims submitted to it, or failed to decide one of the claims (letter c).[33] All set aside applications are dealt with by the Swiss Federal Supreme Court (the "**Swiss Supreme Court**"), the only court competent to review challenges to international arbitral awards.[34]

The Swiss Supreme Court would review and assess issues of jurisdiction with respect to the correct application of the law fully, with no deference to the arbitral tribunal's treatment of its jurisdiction.[35] However, the tribunal's determinations on questions of fact are entitled to deferential treatment, and are generally insulated from full judicial scrutiny.[36] The Swiss Supreme Court is therefore bound by the facts as established by the tribunal, even if the facts were "established in an obviously inaccurate manner or in violation of the law".[37] A party contesting arbitral jurisdiction is generally not allowed to raise

ing the current position under s.73); (ii) a party cannot adduce new evidence unless it could not, with reasonable diligence, have been put before the tribunal; and (iii) the court will not embark on a full hearing of the evidence and arguments (as is the current approach) unless in the interests of justice.

[33] PILA, Article 190. For a general overview of the framework applicable to review of investment treaty awards, *see* Matthias Scherer, Veijo Aulis Heiskanen, et al., 'Domestic Review of Investment Treaty Arbitrations: The Swiss Experience', ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2009, Volume 27, Issue 2), pp. 256–279.

[34] PILA, Article 191. Article 77 para. 1 lit. a 1 of the Swiss Federal Law on the Federal Supreme Court (LFSC).

[35] Phillip Landolt, Judicial Review of Arbitral Awards in Switzerland, in Judicial Control of Arbitral Awards, Cambridge University Press, Chapter 21, p. 340 (Larry A. DiMatteo, Marta Infantino and Nathalie M-P Potin eds, 2020). *See* also 4A_473/2018, Swiss Supreme Court ([setting aside] a ruling of the arbitral tribunal that a party was bound by the arbitration agreement on a legal ground that was raised by neither party to the proceedings, in the exercise of its power *ex officio* to examine any challenge to jurisdiction of the tribunal with respect to questions of law).

[36] ATF 142 III 239, consid. 3.1; ATF 140 III 477, consid 3.1. *See* also O. Carruzzo & C. Kiss, Les particularités du contrôle des sentences exercé par le Tribunal fédéral Suisse en matière d'arbitrage international, La semaine judiciaire 635, 650 (2023).

[37] Swiss Supreme Court, SA v. Vietnam, 4A_616/2015, 3.1.2. The quote is from the English translation of the judgement available on the official website of the Swiss Supreme Court: www.bger.ch.

new arguments or introduce new evidence,[38] although such arguments and evidence may be admissible if the party had been unable to deploy them in arbitration.[39]

The legal framework for judicial review of investment treaty awards in Switzerland is largely identical to the general framework described above.[40] Like their English counterparts, Swiss courts do not generally distinguish between commercial and investment treaty awards when dealing with challenges to arbitral jurisdiction.

The first decision to address a set aside application against an investment treaty award was *Poland v. Saar Papier*.[41] It concerned a challenge to jurisdiction of an arbitration tribunal constituted under a bilateral investment treaty between Germany and Poland. Poland argued, among other things, that the tribunal lacked jurisdiction because the scope of the BIT's arbitration clause was limited to disputes over expropriation, whereas the impugned measures were not expropriatory. In reviewing the challenge, the Swiss Supreme Court observed that while it was free to review whether the tribunal correctly determined its jurisdiction, it was not allowed to review the tribunal's findings on the merits, nor consider new factual or legal assertions.[42] The Court has since rendered over twenty-five decisions in proceedings brought against treaty-based arbitral awards, mostly on jurisdictional grounds, with more than half of the challenges brought and decided in the last five years.[43]

---

[38] 4A_418/2019, Swiss Supreme Court, 2.5 ('The Federal Tribunal may not rectify or supplement the factual findings of the arbitral tribunal, even where they are blatantly inaccurate or based on a violation of the law within the meaning of Art. 95 BGG'.). The quote is from the English translation of the judgment available on the official website of the Swiss Supreme Court: www.bger.ch (accessed 19 Dec. 2024).

[39] The newly introduced Article 190a PILA (in force since January 2021) expressly allows a party to request review of the award if it "has subsequently become aware of significant facts or uncovered decisive evidence which it could not have produced in the earlier proceedings despite exercising due diligence" (among other grounds for review of an award). PILA, Article 191a.

[40] Hanno Wehland, 'Setting- Aside Proceedings Against Treaty-Based Arbitral Awards in Switzerland and Their Contribution to the Debate Regarding the Fundamental Requirements for Protection under Investment Treaties', (2024), 41, Journal of International Arbitration, Issue 5, pp. 559–576, p. 561.

[41] Swiss Supreme Court, 20 Sep. 2000, ASA Bull. 3/2001, p. 487.

[42] *Id*., consid. 4.b, consid. 4bb.

[43] Hanno Wehland, 'Setting- Aside Proceedings Against Treaty-Based Arbitral Awards in Switzerland and Their Contribution to the Debate Regarding the Fundamental Requirements

The deferential approach to arbitrators' findings on jurisdiction is well illustrated in the Swiss Supreme Court decision in *Recofi v Vietnam*.[44] It involved a challenge to the negative jurisdictional ruling of an arbitral tribunal constituted under a bilateral investment treaty between France and Vietnam. Recofi argued, among other things, that the tribunal had erred in finding that there had been no qualifying "investment" under the BIT. The Swiss Supreme Court, adhering to its narrow remit, stressed that it would only review the correctness of the tribunal's determination with respect to jurisdiction and would not supplant or complete factual determinations on its own motion.[45] The Court thus conducted only a limited review of the tribunal's jurisdictional ruling, finding that arbitrators had taken the correct legal approach to determining the meaning of an 'investment' under the BIT and refraining from review of matters of facts.[46]

3. Interim conclusion

The English model perhaps epitomizes the most extreme form of *de novo* review where courts are permitted to conduct full, independent assessment of arbitral jurisdiction both as to law and facts, with new evidence and arguments permitted as of right (albeit subject to the courts' case management powers).[47] The Swiss approach, by contrast, is on the whole more accommodating: the tribunal's findings of fact with respect to jurisdiction are generally final, and new evidence and arguments are generally not admissible in challenges to the tribunal's jurisdiction at the post-award stage.[48] Neither jurisdiction seems to distinguish between commercial and investment treaty awards for the purposes of judicial review of arbitral jurisdiction at the post-award stage. These differences are not trivial and can have significant implications for finality of awards and efficiency of the process. At the very least, full *de novo* review of arbitral jurisdiction at the post-award stage could add considerably to the length and costs of the proceedings. At its most extreme, it could allow the

for Protection under Investment Treaties', (2024), 41, Journal of International Arbitration, Issue 5, pp. 559–576, p. 559.

[44] Swiss Federal Supreme Court, 20 Sep. 2016, 4A_616/2015.

[45] Swiss Federal Supreme Court, 20 Sep. 2016, 4A_616/2015, paras. 3.1.1–3.1.2.

[46] Swiss Federal Supreme Court, 20 Sep. 2016, 4A_616/2015, para. 3.4.3.

[47] Maxim Osadchiy, 'Calibrating De Novo: Judicial Review of Arbitral Jurisdiction', (2024), 41, Journal of International Arbitration, Issue 1, pp. 1–28, p. 14.

[48] *Id*.

losing party to re-run its entire case on jurisdiction again – possibly with support of additional evidence and arguments – as if the underlying arbitration never existed or happened.

3. What is the Appropriate Standard of Judicial Review for non-ICSID Awards?

What is the appropriate standard of review of arbitral jurisdiction in challenges against investment treaty awards? Is it a compete rehearing of the matter where new evidence is permitted as of right and arbitrators' findings on jurisdiction are practically disregarded? Or is it a more deferential standard where arbitrators' findings on jurisdiction are generally final and no new evidence or arguments are permitted at the post-award stage?

To answer this question, it is first necessary to understand the unique features of investment treaty awards and the challenges they pose in any set aside or enforcement proceedings. Indeed, if one accepts the *sui generis* nature of investment arbitration,[49] it is only natural for investment treaty awards to possess characteristics distinct from those emanating from commercial arbitration disputes.

First, investment treaty arbitrations involve an important sovereign element.[50] They arise out of public international law instruments negotiated and entered into by states and often involve the review of a state's public policies and acts of its legislature, executive, and judiciary.[51] They are thus different from purely commercial arbitrations and may create challenges for national courts when asked to review and adjudicate such matters.[52] One challenge is that courts may be required to interpret and apply investment treaty provisions without the benefit of hearing from all parties to the treaty: this may raise issues of noninterference with the affairs of other states.[53] Another is a concern that courts may take a particular view of the matter because a state

[49] A. Roberts, Clash of Paradigms: Actors and Analogies Shaping the Investment Treaty System. American Journal of International Law. 2013;107(1): pp. 45–94.

[50] A. Roberts, C. Trahanas, Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina, The American Journal of International Law, Vol.108, 2014, p. 11.

[51] J. Salacuse, The Law of Investment Treaties 355 (2010). *See* also G. Van Harten, Investment Treaty Arbitration and Public Law 65-67 (2007).

[52] K. Hobér, N. Eliasson, Review of non-ICSID Awards by National Courts, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (2nd Edition) Katia Yannaca-Small (ed.), pp. 759–796, para. 28.159.

[53] *Id*., para. 28.135.

is a party to the proceedings, either due to legitimacy concerns or a possible bias against or in favour of that state.[54]

Second, and relatedly, the nature of consent in investor-state proceedings is different from purely commercial arbitration matters. In investor-state arbitration, the treaty represents a nation state's standing offer to arbitrate with amorphous and potentially innumerable present and future private investors, whether or not any specific agreement has been concluded with the particular complainant.[55] This contrasts with commercial arbitration, where the parties to the contract – and thus to any potential arbitration – are known in advance. It is no trifling matter for a sovereign nation to subject itself to suit by private parties and one should not presume that any country would take this step lightly.[56]

Third, challenges to jurisdiction in investor-state proceedings are often complex.[57] It is not clear whether national judges in all relevant jurisdictions are sufficiently equipped to fully appreciate and correctly decide these matters, given the (often obvious) limits of their public international law expertise and their daily caseload. Some argue that, in most instances, the arbitrators whose award is being challenged are far more experienced and better qualified to determine the jurisdictional issues at stake than the judges reviewing their decision.[58] The issue is potentially less acute in countries like Switzerland, where all arbitration-related matters are concentrated at the highest court, helping to ensure better expertise of judges.[59]

---

[54] *Id*., para. 28.137.

[55] Jan Paulsson, Arbitration without Privity (1995) 10 ICSID Rev., pp. 232-257, p. 233. *See* also *BG Group v. Republic of Argentina*, 134 U.S. 1198 (2014), Concurring Opinion of Justice Sotomayor, p. 2.

[56] *BG Group v. Republic of Argentina*, 134 U.S. 1198 (2014), Dissenting Opinion of Chief Justice Roberts and Justice Kennedy, p. 9.

[57] Matthias Scherer, Veijo Aulis Heiskanen, et al., 'Domestic Review of Investment Treaty Arbitrations: The Swiss Experience', ASA Bulletin, (© Association Suisse de l'Arbitrage; Kluwer Law International 2009, Volume 27, Issue 2), pp. 256–279, para 1.2.2 ('complex jurisdictional issues are a hallmark of investment disputes'); G. Kaufmann-Kohler, 'Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?' in Annulment of ICSID Awards, 189, 196 (E. Gaillard & Y. Banifatemi (eds), Juris, New York 2004) ('There is an increased complexity and technicality of (jurisdictional) issues in treaty arbitration and international law'.).

[58] K. Hobér, N. Eliasson, Review of non-ICSID Awards by National Courts, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (2nd Edition) Katia Yannaca-Small (ed.), pp. 759–796, para. 28.136.

[59] N. Rubins, Autonomous Arbitration: Were We Dreaming? 'Chapter 1: Autonomous Arbitration: Were We Dreaming?', in Stavros Brekoulakis, Romesh Weeramantry, et al. (eds),

Finally, investor-state arbitrations often lack a tangible link to any particular legal order because the seat of arbitration is often a mere coincidence rather than a deliberate choice by the parties. Unlike commercial contracts, investment treaties seldom specify the seat of arbitration. It is typically determined by the tribunal, in consultation with the parties, principally for reasons of neutrality and convenience.[60] To this extent, it is reasonable to assume that intention and expectation of the parties is that the reviewing court would take a narrow approach when considering challenges to arbitral jurisdiction, particularly so when the tribunal has already decided those matters.[61] Indeed, given the lack of any tangible connection with the seat of arbitration, national laws have no obvious interest in controlling the arbitration process.[62]

What is the level of scrutiny from domestic courts that would take due account of those features and the challenges they pose? The need for courts to police consent due to the sovereign character of investment treaty disputes would support a full and independent assessment of arbitral jurisdiction, ensuring that the parties have consented to arbitration and guarding against the risk of aberrant outcomes.[63] Indeed, the possibility of having an award set aside or not enforced provides a powerful incentive for arbitrators to scrutinize their approach to jurisdiction and avoid overreach.[64] This could also address the concern sometimes expressed that some arbitrators may be incentivized to provide expansive rulings on jurisdiction, as they are paid only if and to the extent that a case proceeds.[65]

Achieving the Arbitration Dream: Liber Amicorum for Professor Julian D.M. Lew KC, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2023), pp. 11–22, p. 19.

[60] E. Rubinina, 'The Choice of the Seat in Investment Arbitration', in Barton Legum (ed.), The Investment Treaty Arbitration Review, Sixth edition (Law Business Research, 2021), pp. 250–272.

[61] Julian D.M. Lew, Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, Arbitration International, Volume 22, Issue 2, 1 June 2006, Pages 179–204, p. 201.

[62] *Id.*, p. 180.

[63] Maxim Osadchiy, 'Calibrating De Novo: Judicial Review of Arbitral Jurisdiction', (2024), 41, Journal of International Arbitration, Issue 1, pp. 1–28, p. 20.

[64] A. Roberts, C. Trahanas, Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina, The American Journal of International Law, Vol.108, 2014, p. 11.

[65] William W.Park, Bridging the Gap in Forum Selection: Harmonizing Arbitration and Court Selection Clauses, 8 Transnat'L, L. & Contemp. Probs. 50 (1998) ('Presumably arbitrators will be more likely than courts to find jurisdiction, since arbitrators get paid if they hear a dispute'). *See*, however, Georgios. Petrochilos, Procedural Law in International Arbitration (Oxford University Press 2004) 135 ('[A]n arbitrator is the first person to have an interest in preserving his professional reputation by acting impartially. Otherwise, the market will, in

At the same time, the complexity of jurisdictional issues and the alleged gap in public international law expertise between national judges and investment treaty arbitrators could militate in favour of a more deferential standard of review. It is important not to overestimate the importance of this factor, however, or the size of the gap. Domestic courts routinely handle an array of public international law matters, including diplomatic immunities, international human rights standards, nationalisation compensation standards for foreigners, and 'a myriad of other issues that we think of as being 'international law' issues'.[66] A recent survey of national court decisions concerning challenges to investment treaty awards revealed 'no particular cause for concern', concluding that the jurisdictions surveyed offered predictable court review mechanisms of investment treaty awards.[67] While not all jurisdictions can boast of the same calibre of judges and quality of judiciary one finds in popular seats like Switzerland and England and Wales, those most frequently chosen as a seat for investment treaty matters typically can.

Another factor that would arguably support a more limited review of arbitral jurisdiction at the post-award stage is the presumed expectation of the parties regarding the scope of judicial intervention. When the seat of the arbitration is coincidental and there is otherwise no evidence of the parties' intention to have jurisdictional findings reviewed fully by the national courts, it is reasonable to assume, in the investment treaty context, that the parties expected the reviewing courts to take a deferential approach to the arbitrators' findings on jurisdiction. This expectation is consistent with the core promise of arbitration to provide an efficient, expeditious, and enforceable process for resolving cross-border disputes.[68] A full review of jurisdiction,

due course, starve him of arbitral appointments.'). Jan Paulsson, The Idea of Arbitration 57 (Oxford University Press 2013) ('[S]peculations that arbitrators "always find a way to take jurisdiction" ... are contradicted by innumerable arbitral decisions declining jurisdiction'.).

[66] Rosalyn Higgins, 'Problems and Process, International Law and How We Use It', pp. 208–209.

[67] K. Hobér, N. Eliasson, Review of non-ICSID Awards by National Courts, Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues (2nd Edition) Katia Yannaca-Small (ed.), pp. 759–796, para. 28.158.

[68] These promises are well-encapsulated in Gary Born's five Es: efficiency, expedition, expertise, even-handedness, and enforceability. Alison Ross, Global Arb. Rev., Born Takes 'Games of Thrones' Message to Freshfields (16 Nov. 2018), https://globalarbitrationreview.com/article/born-takes-game-of- thrones-message-freshfields (accessed 21 Dec. 2024). Some commentators question whether the same considerations apply when dealing with jurisdictional issues in the investment treaty context. *See*, *e.g.*, A. Roberts, C. Trahanas,

where new evidence is permitted as of right and the arbitrator's findings with respect to questions of fact are accorded no deference by the reviewing court, may lead to inefficiencies in the process, contrary to arbitration's stated goals of obtaining the fair resolution of disputes without unnecessary delay or expense.[69] Indeed, as one English judge put it, were a court to arrive at a different conclusion on jurisdiction, the arbitral proceedings would have been a 'waste of time and money'.[70]

Pulling the threads together: there are considerable arguments to support both sides of the debate. A full *de novo* review of jurisdiction can help ensure legitimacy of the process and guard against the risk of jurisdictional overreach and expansive jurisdictional rulings influenced by financial considerations. This may be particularly important in the investment treaty context, given the nature of consent and importance of ensuring that a sovereign nation has, in fact, agreed to subject itself to suit by private parties. The attainment of this goal can however come at a significant cost to the process and the expectations of the parties. A full review of arbitral jurisdiction can lead to considerable inefficiencies and defy the presumed intention of the parties to have proceedings largely detached from the laws and practices of any particular state. These considerations could justify substantial deference to arbitral tribunals when dealing with matters of arbitral jurisdiction at the post-award stage.

4. Conclusion

If nature abhors a vacuum, it is surprising that the one created by a lack of guidance on the question of judicial review of arbitral jurisdiction in the investment treaty context has not been filled yet. In the absence of clear, concrete directions on the approach courts should take to these matters, there is a danger that the proverbial scales of finality and fairness may become prone to imbalances, including by allowing wiggle room for an overzealous judge

Judicial Review of Investment Treaty Awards: BG Group v. Argentina, The American Journal of International Law, Vol.108, 2014, p. 11 ('there is little evidence that investors choose investment treaty arbitration because it is speedy and cheap'). However, anecdotal evidence suggests that efficiency and expeditiousness are just as important in this context.

[69] *See*, e.g., English Arbitration Act 1996, s.1 ('The provisions of this Part are founded on the following principles, and shall be construed accordingly – (a) the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense'.).

[70] *Tajik Aluminium Plant v. Hydro Aluminium AS* [2006] EWHC 1135 (Comm), para. 38.

to examine a dispute's legal merits under the guise of correcting arbitrator excess of authority.[71]

As challenges to jurisdiction of investment treaty tribunals proliferate, and as lawyers are becoming more inventive and sophisticated in their argumentation – and courts occasionally more prone to attempts to reassert their reviewing powers – there is a need to develop a standard that provides a reasonable counterpoise between arbitral autonomy and judicial control mechanisms. This standard should take due account of the unique features of investment treaty awards and the challenges they pose for the reviewing court.

[71] William W. Park, "Why Courts Review Arbitral Awards" (2001) Festschrift für Karl-Heinz Böckstiegel. p. 598.

ENDING SISYPHUS' STRUGGLE: PROPOSAL FOR A RUSSIA-EU CLAIMS TRIBUNAL

Andreas Schregenberger,
LL.M. (Georgetown), MJur (Zurich),
Counsel, Gabriel Arbitration, Zurich

Rodrigo Carè,
LL.M. (Georgetown), MJur (Roma Tre),
Senior Counsel, Galadari Advocates, Dubai

Abstract:

Sanctions have immobilized billions in Russian assets, presenting profound legal and enforcement challenges for both Russian nationals and Western entities. Existing remedies, including administrative delisting proceedings and investor-state arbitration, often fail to provide meaningful relief, while political and statutory barriers complicate enforcement. This article advocates for a neutral international tribunal, modelled on the Iran-US Claims Tribunal, to address disputes arising from sanctions and counter-sanctions, offering a balanced forum for resolution. By exploring the geopolitical roots of sanctions, evaluating current legal pathways, and proposing a structured framework, the article underscores the necessity of such a tribunal as a vital component of international dispute resolution in an increasingly fragmented global order.

Key words: *asset freezing; bilateral investment treaty; Certain Iranian Assets; CJEU; countermeasures; delisting; DIFC; ECHR; enforcement of foreign arbitral award; EUCJ; European Union; friendly countries; Gulf Cooperation Council; human rights; ICJ; ICSID; Investor-State arbitration; Iran-U.S. Claims Tribunal; ISDS; IUSCT; judicial review; Lugovoy law; OFAC; OFSI; OPEC; overcompliance; PCA; Russia-EU Relations; sanctions; Security Council Switzerland; TFEU; UAE; UNCC; unilateral sanctions; United Kingdom; Yukos.*

Аннотация:

Санкции обездвижили миллиарды российских активов, создав существенные юридические и правоприменительные сложности как для российских граждан, так и для западных компаний. Существующие средства защиты, включая административные процедуры делистинга и арбитраж между инвесторами и государствами, часто не обеспечивают значимой поддержки, а политические и законодательные барьеры затрудняют исполнение. Настоящая статья выступает за создание нейтрального международного трибунала, созданного по образцу Трибунала по претензиям между Ираном и США, для рассмотрения споров, возникающих в связи с санкциями и контрсанкциями, предлагая сбалансированный форум для их разрешения. Исследуя геополитические истоки санкций, оценивая существующие правовые пути и предлагая упорядоченную структуру, статья подчеркивает необходимость подобного трибунала как жизненно важного компонента разрешения международных споров в условиях все более фрагментированного глобального порядка.

Ключевые слова*: заморозка активов; двусторонний инвестиционный договор; некоторые иранские активы; CJEU; контрмеры; делистинг; ДМФЦ; ЕСПЧ; исполнение иностранного арбитражного решения; EUCJ; Европейский Союз, дружественные страны; Совет сотрудничества стран Персидского залива; права человека; МС ООН; МЦУИС; арбитраж между инвесторами и государствами; Трибунал по претензиям между Ираном и США; ISDS; IUSCT; судебный контроль; Закон Лугового; OFAC; OFSI; ОПЕК; чрезмерное соблюдение санкционных требований; ППТС; Российско-Европейские отношения; санкции; Совет Безопасности Швейцария; TFEU; ОАЭ; UNCC; односторонние санкции; Великобритания; ЮКОС.*

I. Between a Rock and a Hard Place: The European Unilateral Sanctions in a Multipolar World

A. The New U.S. Foreign Policy and the EU's Stance

The outcome of the 2024 U.S. elections presents a pivotal challenge for European nations.

If the incumbent Trump administration softens the U.S. stance against Russia, the EU will face a stark dilemma: maintain its independent sanctions

framework – risking backlash within and beyond its borders – or align with the U.S, risking the credibility of its ongoing support for Ukraine. In spite of its "special relationship" with the U.S., the UK post-Brexit sanctions regime has so far aligned with that of the EU, and there is currently a renewed interest in Britain in re-establishing a closer relationship with the EU, which will likely include coordination on security issues. As for Switzerland, having adopted a number of EU sanctions against the Russian Federation, it can generally be expected to lean towards the EU regarding any aspects of a potential withdrawal from the sanctions against Russia by the U.S., and the corresponding rebalancing of sanctions. This expectation arises particularly against the background of the strong economic ties between Switzerland and the EU, as formalized in the shape of various bilateral agreements. However, the course of these events remains uncertain, as President Trump, upon assuming office, threatened further significant taxes, tariffs, and sanctions on all Russian exports to the United States if no compromise is reached with Ukraine.[1]

Most importantly, as it is relevant for international investment law, it is worth noting that the overwhelming majority of Russian frozen assets are outside the U.S., primarily in Europe.[2] Therefore in either scenario, the Member States of the EU, the UK, and Switzerland would remain exposed to claims from Russian nationals, unprecedented in number and volume.

In response to the extensive sanctions regime imposed by Western nations following the escalation of its conflict in Ukraine, the Russian government has implemented a series of measures aimed at countering economic and geopolitical pressure.[3] While framed as a reaction to Western sanctions,

[1] Cybele Mayes-Osterman, *Trump Threatens Tariffs on Russia if Putin Doesn't 'Settle Now and Stop' Ukraine War*, USA TODAY (Jan. 24, 2025), https://www.usatoday.com/story/news/world/2025/01/22/trump-russia-tariffs-putin-ukraine-war/77882756007/, accessed on Jan. 26, 2025.

[2] Estimated $5 billion in the U.S., €300 billion within the EU, CHF 13 billion in Switzerland, and £31 billion in the UK.

[3] For example, with Decree No. 723 of Oct. 7, 2022 the Russian government transferred the rights and obligations under the 1995 Production Sharing Agreement (PSA) concerning the Chayvo, Odoptu, and Arkutun-Dagi oil fields (Sakhalin Island) from foreign investors – including ExxonMobil's subsidiary – to a newly established Russian entity and issued decrees transferring the management of the Russian subsidiaries of Ariston Thermo Rus and BSH Household Appliances (a subsidiary of Bosch) to a Gazprom subsidiary. See Kommersant, *Путин передал «дочке» «Газпрома» российские бизнесы Ariston и Bosch* (Apr. 26, 2024, 18:19), https://www.kommersant.ru, accessed on Jan. 26, 2025 and Anton Pokhilyak, *Путин передал в управление «Газпрому» российскую «дочку» Ariston. В Италии в ответ потребовали разъяснений*, LENTA.RU (Apr. 27, 2024, 13:26), https://lenta.ru, accessed on Jan. 26, 2025.

these steps expose Russia to potential claims under international investment treaties. Western investors and corporations affected by these expropriations could pursue claims under international investment agreements, alleging breaches of expropriation protections and the fair and equitable treatment standard, and some already have.[4] It is anticipated that the claims raised by the investors and the defences raised by the Russian government will likely mirror the discussion regarding the Russian claims against European states. The Council of Europe has also established the Register of Damage Caused by the Aggression of the Russian Federation Against Ukraine ('**RD4U**'), reportedly inspired by the United Nations Compensation Commission ('**UNCC**'), a system that faced significant criticism for creating a system that imposed financial and procedural imbalances on Iraq.[5] In February 2025, the EU has implemented further steps in this direction, in particular implementing the legal foundations for an International Claims Commission to handle claims recorded in the RD4U, following a Council decision authorizing negotiations for its creation.[6]

In parallel, after more than two years of inaction, Russian parties have started pursuing these claims. OJSC Belaruskali, one of the largest producers of potash fertilizers in the world, commenced €1 billion UNCITRAL proceedings against the Republic of Lithuania, with a tribunal seated in Geneva. Mikhail Fridman filed a UNCITRAL investment treaty claim against Luxembourg, seeking at least $16 billion under the Belgium-Luxembourg Economic Union's 1989 bilateral investment treaty with the U.S.S.R., reportedly proposing Hong Kong as the arbitration seat.[7] CTF

[4] It has been reported that Uniper has initiated steps under the Russia-Germany Bilateral Investment Treaty (BIT) and the Energy Charter Treaty (ECT) to challenge Russia's actions, see Toby Fisher, *Uniper Prepares Treaty Claim Against Russia*, GLOBAL ARB. REV. (Feb. 29, 2024), https://globalarbitrationreview.com, accessed on Jan. 26, 2025. Around the same time, Fortum Oyj (Uniper's majority shareholder until it transferred control to the German government in late 2022) filed a claim under Russia's bilateral investment treaties (BITs) with the Netherlands and Sweden, see Jack Ballantyne, *Finnish Energy Company Launches Billion-Euro Claim Against Russia*, GLOBAL ARB. REV. (Feb. 27, 2024), https://globalarbitrationreview.com.

[5] Michael E. Schneider, *How Fair and Efficient is the UNCC System: A Model to Emulate?*, 15 J. INT'L ARB. 1 (1998).

[6] European Commission, '*Recommendation for a Council Decision Authorising the European Commission to Participate, on Behalf of the European Union, in the Negotiations of the International Instrument Setting up the International Claims Commission for Ukraine*' COM(2025) 42 final, Feb. 4, 2025.

[7] Susannah Moody, *Sanctioned Businessman Files Mega-Claim Against Luxembourg*, GLOBAL ARB. REV. (Aug. 13, 2024), https://globalarbitrationreview.com.

Holdings S.A.[8] and ABH Holdings,[9] entities connected to Mr. Fridman, have also filed claims against Ukraine before ICSID under the Ukraine-Belgo-Luxembourg Economic Union investment treaty, and ABH is considering to file a claim also against Cyprus.[10]

B. Economic Isolation Across Eras: Iran Then, Russia Now

As international tensions evolved, Western states started exploiting sanctions regimes to freeze Russian assets and allocate them to Ukraine's war efforts.[11] These types of measures, though significant, are not unprecedented. In fact, they arguably represent a *déjà vu* of the Iran Hostage Crisis of 1979–1981, where all Iranian assets in the U.S. were frozen. In his memoir, Judge Brower recalls his contemporaneous experience as a young partner at White & Case:

> *"As useful as it was to lawyers like me, Carter's asset freeze was not primarily designed to help private parties make good their losses. It was a bargaining chip, made under sanctions legislation, designed to help balance out the bargaining chip the hostages represented for Iran. The freeze helped bring the Iranians to the negotiating table; but what really lit a fire under them was a former Hollywood actor. Ronald Reagan, an avowed hardliner on foreign affairs, was making a credible bid for the presidency. Tehran feared that, if it didn't come to terms with Carter, and Reagan came to office, it would find a deal much harder to come by".*[12]

Sometime later with the Algiers Accords (signed on Carter's last day in office) Iran and the U.S. reached a resolution, with American negotiators pledging the United States "*would not intervene politically or militarily in Iranian internal affairs*" and agreeing to release nearly $8 billion in Iranian

[8] *CTF Holdings S.A. v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/24/35.

[9] *ABH Holdings v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/24/1.

[10] Jack Ballantyne, *Fridman-Owned Entity Threatens Claim Against Cyprus*, GLOBAL ARB. REV. (May 29, 2024), https://globalarbitrationreview.com.

[11] See REPO for Ukrainians Act, signed into law by President Biden on 24 April 2024; Council Regulation (EU) 2024/1469, adopted on May 21, 2024; and the UK's Financial assistance to Ukraine Bill 2024-25. Switzerland has to date not adopted any law which would allocate frozen Russian assets to Ukraine's war efforts based in its policy of neutrality.

[12] Charles N. Brower, *Judging Iran: A Memoir of The Hague, The White House, and Life on the Front Line of International Justice* (Disruption Books 2023), p. 96.

assets frozen at the outset of the crisis. Whilst the comparison with the U.S.-Iran tensions of the 1980s is compelling, today's tensions between Russia and many Western nations present remarkable differences. The conflict of the 1980s involved only two nations, whereas today's conflict takes place between multiple nations in a (multipolar) world, where the influence of major countries such as China, India, and various nations in the Global South questions the predominance of the Western nations in the world order.

Russian nationals face considerable obstacles in accessing the banking system and basic services even in countries where they are not officially designated as "*Specially Designated Nationals*" ('**SDNs**'), and which have not adopted sanctions of any kind against Russia. Indeed, despite the absence of local sanctions regimes against Russia, practical difficulties persist even in friendly jurisdictions such as the UAE, Türkiye, or Hong Kong.

These challenges illustrate the extraterritorial effects of U.S. sanctions, which have long been a source of controversy in public international law.[13] The international nature of the banking system, coupled with the dominance of the U.S. dollar in global transactions, ensures that systemic financial institutions prioritize compliance with U.S. sanctions over adherence to the Blocking Statute.[14]

Historically opposed to secondary sanctions,[15] U.S. allies are incrementally expanding the reach of their own sanctions' frameworks. While the UK and EU measures stop short of explicitly adopting secondary sanctions, they represent a growing willingness to extend the territorial reach of national sanctions regimes.[16] In contrast, in Switzerland there are currently no secondary sanctions in place.[17] Any sanctions against the Russian Federation apply principally to acts that occur on Swiss territory (i.e. irrespective of the notion of nationality). The territorial scope of Swiss sanctions is thus limited to natural

[13] M. Sossai, *Legality of extraterritorial sanctions*, in *Economic Sanctions in International Law and Practice* (Ed. Masahiko Asada), 2019, Routledge, London, at 62.

[14] The Blocking Statute, laid down in Council Regulation (EC) No 2271/96, aims to protect EU operators from the extra-territorial application of third country laws.

[15] Secondary sanctions impose penalties on persons or organizations not subject to the sanctioning country's legal jurisdiction and are applied against entities engaged in the same dealings prohibited under primary sanctions.

[16] Ryan D. Junck et al., *UK Secondary Sanctions? The UK Broadens Its Designation Criteria to Target Foreign Persons With Exposure to the Russian Government and Military-Industrial Base*, SKADDEN INSIGHTS (Sept. 10, 2024), https://www.skadden.com.

[17] See Claudio Bazzani/Reto Ferrari-Visca/Stefan Bindschedler, in: *ICLG, Sanctions Switzerland 2025*, para. 2.12.

persons who reside in Switzerland, or to legal entities conducting business activities within or from Switzerland. Accordingly, foreign subsidiaries without any business activities in Switzerland are generally not covered by the Swiss sanctions regime.[18] This positions Switzerland as an outlier compared to the sanctions regimes of the U.S., the UK, or the EU, whose nationals are required to comply with their home country's sanctions obligations regardless of where they reside or conduct business.

II. Fighting the Sanctions – or How to Roll the Boulder Uphill

A. General Remarks and Methodology

It is uncontroversial that unilateral sanctions exert profound economic, social, and legal consequences on targeted individuals and entities. Indeed, a recent report by the UN Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on Human Rights (the '**UNSR's Report**') underscores the erosion of access to justice caused by unilateral sanctions and over-compliance.[19] According to recent data, restrictive measures against Russia have been adopted in 45 countries around the world.[20]

International Court of Justice. The Russian Federation could, in theory, take each and every one of these countries before the International Court of Justice ('**ICJ**'). That is what Iran did with the U.S. in the *Certain Iranian Assets* case. However, in spite of its success in the action, to date neither the order on interim measures, nor the final decision by the ICJ, has been implemented or enforced by the United States.[21] This is likely not the best forum for individual investors, not least because they would need to persuade the Russian government to espouse their claim.

European Court of Human Rights. Sanctions engage a number of fundamental rights enshrined in the European Convention on Human Rights

[18] See "*Sanctions Enforcement – Konsequenzen von Verstössen gegen die Russlandsanktionen*" (in the German original: "*Sanctions Enforcement – Consequences of Violations of the Russia Sanctions*") of 20 March 2023, available at https://hub.hslu.ch/economiccrime/sanctions-enforcement-konsequenzen-von-verstoessen-gegen-die-russlandsanktionen/ (retrieved on Dec. 19, 2024).

[19] See *U.N. Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Access to Justice in the Face of Unilateral Sanctions and Overcompliance*, U.N. Doc. A/79/183 (July 18, 2024), para. 25 and 30.

[20] Peter Piatetsky, *What Are Countries Doing to Counter Russia's War?,* CASTELLUM.AI (Sept. 22, 2024), https://www.castellum.ai.

[21] *UNSR's Report* at 37.

('**ECHR**'). However, the European Court of Human Rights ('**ECtHR**') is unlikely to provide satisfaction to SDNs challenging EU sanctions, as according to its *jurisprudence constante* EU law offers "equivalent protection" to the Convention, rebuttable only in cases of manifest deficiencies.[22] However, this presumption does not apply to non-EU parties to the ECHR, such as Switzerland, the UK, Ukraine, Monaco, Türkiye, Serbia, and Montenegro, where the ECtHR may scrutinize sanctions-related decisions more closely, as evidenced in *Al-Dulimi*.[23]

Inter-American Commission on Human Rights. A complaint against U.S. and Canadian sanctions may in theory be pursued before the Inter-American Commission on Human Rights ('**IACHR**'); however its opinions are not binding. The U.S. and Canada are not parties to the American Convention on Human Rights ('**ACHR**') and are not subject to the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights ('**IActHR**').

The courts of friendly jurisdictions. Recourse may also be taken in certain instances before the courts of friendly jurisdictions such as the UAE, Hong Kong, or Türkiye. Those writing are aware of a favourable judgment obtained in October 2024 by the Dubai branch of an EU subsidiary of a Russian SOE, where the Dubai courts ordered the locally licensed subsidiary of an international bank to return frozen funds due to non-compliance with the UAE Central Bank notification requirements.

The Russian Arbitrazh Courts. Russian nationals may also commence actions before the Russian Arbitrazh Courts under Article 248(1) of the Russian Arbitrazh Procedure Code (the '**Lugovoy Law**'), and several Russian institutions have recently obtained favourable judgements against Euroclear.[24] However, as discussed below at page 404, it is very difficult to enforce these judgments abroad.

Therefore, for the purposes of this analysis (focusing on international investment law), the authors will focus primarily on challenges of measures implemented by the EU, UK, and Switzerland, which appear to host the majority of Russian assets abroad. The review will focus on the case law of the EU Courts, as well as the national courts of these countries. Separately,

[22] *Bosphorus v Ireland* (2005) ECHR 440, para. 155 et seq.

[23] *Al-Dulimi v. Switzerland*, Eur. Ct. H.R. (Grand Chamber), June 21, 2016, para. 131. This case concerned the confiscation of assets of the applicants under UNSC sanctions. Ultimately, the ECtHR determined that Switzerland breached Article 6(1) ECHR (right to a fair trial) for having the Swiss Federal Tribunal restrict its review merely to verifying the applicants' inclusion on the UN sanctions list and the ownership of the assets.

[24] The analysis of the Art. 248(1) regime is outside the scope of this article, but it is sufficient to note that Sberbank was awarded $23 million in a recent judgement.

also arbitration proceedings framed under bilateral or multilateral investment treaties will be considered.

B. Judicial Review

In the EU, the implementation of EU sanctions by an EU Member State may in principle be challenged before its own courts. However, since the courts of Member States do not have the power to declare Union acts invalid,[25] these actions will inevitably result in a reference to the Court of Justice of the European Union ('**CJEU**').[26] EU sanctions may also be challenged directly before the EU courts.[27]

The wave of sanctions against Russia and the subsequent challenges by Russian nationals has created the opportunity for the development of this relatively novel area of EU law. Although the majority of challenges have been rejected,[28] some of them have been successful, typically on grounds of insufficient evidence.[29] Perhaps the most emblematic is the case of Mikhail Fridman, particularly in light of the subsequent investment claims. Although the designation under Regulation 269/2014 was annulled by the EU General Court,[30] subsequent acts of the Council introducing positive obligations to report assets within EU Member States and cooperate with verification by competent authorities remained in force. Mr. Aven and Mr. Fridman challenged the new measures,

[25] Case C-314/85, *Foto-Frost v Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 04199, para. 13 et seqq.

[26] Richard Gordon KC, Michael Smyth & Tom Cornell, *Sanctions Law* (1st ed. Bloomsbury Publ'g 2019), § 6.3. See also Judgment of 28 March 2017 in case C-72/15, *PJSC Rosneft Oil Company v Her Majesty's Treasury and Others*.

[27] Art. 275 of the Treaty on the Functioning of the European Union ('**TFEU**'). The EU Courts' jurisdiction in reviewing the legality of acts of EU bodies is grounded in Articles 263 and 261 TFEU, see Koen Lenaerts, Kathleen Gutman, and Janek Tomasz Nowak, '*Unlimited Jurisdiction of the Union Courts in Respect of Actions Relating to Sanctions'* in *EU Procedural Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford Academic, 2023).

[28] *Abramovich*, Case T-313/22, Gen. Ct. Dec. 20, 2023; *Timchenko*, Case T-644/22, Gen. Ct. Grand Chamber Sept. 11, 2024; *NSD*, Case T-494/22, Gen. Ct. First Chamber, Extended Composition Sept. 11, 2024; *Belavia*, Case T-116/22, Gen. Ct. Ninth Chamber May 29, 2024.

[29] *Prigozhina*, Case T-212/22, Gen. Ct. First Chamber Mar. 8, 2023; *Belshyna*, Case T-115/22, Gen. Ct. Ninth Chamber, Extended Composition Mar. 20, 2024; *Mazepin*, Case T-743/22, Gen. Ct. First Chamber Mar. 20, 2024); *Akhmedov*, Case T-363/22, Judgment, (Gen. Ct. First Chamber May 29, 2024); *Pumpyanskiy* v. EU Council, Case T-740/22, Gen. Ct. First Chamber June 26, 2024.

[30] *Fridman*, Case T-304/22, Apr. 10, 2024, para. 45.

arguing that the Council had exceeded its powers and violated proportionality by imposing reporting obligations that interfered with fundamental rights, but the new challenge was unsuccessful.[31] Notably, in addressing Mr. Fridman and Mr. Aven's argument that the reporting and cooperation obligations violated their right to privacy under Article 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union the court reasoned that:

> *"Fundamental rights are not absolute, and their exercise may be subject to restrictions justified by the objectives of general interest pursued by the European Union, provided that such restrictions in fact correspond to objectives of general interest and do not constitute, in relation to the aim pursued, a disproportionate and intolerable interference, impairing the very essence of the rights guaranteed"*[32]

After the departure of the United Kingdom from the European Union, EU regulations have been replaced by the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018 ('**SAMLA**'). A request for variation or revocation of a designation has to be brought first before the government (§ 23 SAMLA) and then to the courts by way of judicial review. In *Shvidler v Secretary of State for Foreign, Commonwealth and Development Affairs*, the applicant (the former president of Sibneft) was listed because there were "*reasonable grounds to suspect*" that he had received significant financial benefits from his association to Roman Abramovich, and therefore the designation "*aimed to exert indirect pressure on Mr. Abramovich and discourage others from associating with individuals or entities strategically significant to the Russian government*".[33] The *Dalston Projects* case[34] concerned the seizure of a superyacht in Canary Wharf ultimately owned and controlled by Mr. Sergei Naumenko. Mr. Naumenko is not an SDN, but the superyacht was detained in March 2022 pursuant to the Russia (Sanctions) (EU Exit) Regulations 2019 (as amended), which empower the Secretary of State to detain vessels "*owned, controlled or operated by a person connected with Russia*". The Court of Appeal dismissed both appeals, affirming the broad discretionary powers under the sanctions regime and the proportionality of the measures in light of the public interest.[35] These matters

[31] *Fridman*, Gen. Ct. Sept. 11, 2024.

[32] *Fridman*, ibid., p. 68.

[33] *Shvidler* [2023] EWHC 2121 (Admin), para. 98-101, 105, and 115-118.

[34] *Dalston Projects* [2023] EWHC 1885 (Admin).

[35] [2024] EWCA Civ 172.

were heard by the UK Supreme Court in January 2025, and a judgement is expected in the coming months.

Sanctions designations issued under the Swiss Embargo Act[36] are not *per se* subject to judicial review, because rulings and decisions concerning the internal and external security, neutrality, diplomatic protection and other foreign affairs are in principle subject only to appeal to the Federal Council, excluding any appeal to the Swiss courts. However, specific measures taken on the basis of the ordinance framework issued by the Federal Council may be challenged before the Swiss courts.[37] A de-listing application may be submitted to the Federal Department of Economic Affairs, Education and Research (EAER; *in German: Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung, WBF*) to be removed from the sanctions list. However, based on the allocation of competence under the Swiss Embargo Act,[38] the EAER has no independent power to remove any person from the sanctions list. Rather, any de-listing decision by the EAER must be approved by the Federal Council. In order to uphold the rule of law, it is submitted in Swiss legal doctrine that a negative decision must be communicated to the challenging party and a respective (formal) ruling must be issued by the EAER if a de-listing application is rejected. Such ruling may then be challenged before the Swiss Federal Administrative Tribunal, and subsequently before the Swiss Federal Tribunal.[39] On such basis, at least eleven de-listing applications have been submitted to the EAER, whereby five of them have been appealed before the Swiss courts.[40] To the best of the authors' knowledge, no de-listing application before the Swiss authorities and courts has been successful to date.

C. Investor-State Arbitration

It is understandable why, in recent years, Russian parties have developed scepticism toward investor-state as well as commercial arbitration, at least

[36] Swiss Federal Act on the Implementation of International Sanctions of 22 March 2002 (the '**Embargo Act**').

[37] Andrea Marco Steingruber, Kurzkommentar zum Bundesgesetz über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG), Art. 8 para. 14 and 30 et seq.

[38] See Art. 2(1) of the Swiss Embargo Act.

[39] Steingruber, ibid., Art. 8 para. 37 et seq.

[40] See Konrad Staehelin, *Russen wehren sich gegen Sanktionen in der Schweiz*, Tages-Anzeiger (June 4, 2024), https://www.tagesanzeiger.ch/krieg-in-der-ukraine-russen-wehren-sich-gegen-sanktionen-in-der-schweiz-122234405515.

when involving the Russian state or its SOEs. The Yukos saga remains a watershed moment in the history of investor-state arbitration; similarly, not long ago Naftogaz obtained a $5 billion award against Russia.[41] However, Russian parties have also used investor-state arbitration to protect their investments successfully, and Tatneft v. Ukraine represents a prominent example. It is also worth noting (although this was a commercial arbitration) that Gazprom Export recently obtained a favourable award against Gasum.[42] Thus international arbitration can be an effective tool.

There is one known precedent that resulted in an arbitral award directly addressing these issues in ISDS proceedings, in relation to Iranian sanctions. In *Dayyani v. South Korea*, an Iranian investor succeeded in a claim under the Iran-Korea BIT over South Korea's termination of their share purchase agreement to acquire Daewoo Electronics.[43] Another development relevant to the analysis of the effect of unilateral sanctions on international investment law is that of the judgment rendered by the International Court of Justice in *Certain Iranian Assets*, where the ICJ concluded that the U.S. violated the treaty by expropriating assets belonging to Iranian entities other than Bank Markazi without adequate compensation.[44]

As to the substantive principles involved, Russian claimants will likely argue that the asset freeze constitutes expropriation[45]. Russian claimants in investor-state arbitration against European states arising from the imposition of unilateral sanctions could also base their claims on several well-established standards of investment protection enshrined in the jurisprudence of investor-state tribunals, such as breach of fair and equitable treatment ('**FET**'), full protection and security ('**FPS**'), and prohibition of arbitrary

[41] Sebastian Perry, *Unpacking Naftogaz's Multibillion Win Against Russia*, Global Arbitration Review (Apr. 13, 2023), https://globalarbitrationreview.com.

[42] Jack Ballantyne & Sebastian Perry, *Finnish-Russian Gas Supply Award Surfaces*, GLOBAL ARB. REV. (July 11, 2024), https://www.globalarbitrationreview.com.

[43] Alison Ross, *Bruising Loss for South Korea at Hands of Iranian Investors*, GLOBAL ARB. REV. (June 8, 2018), https://www.globalarbitrationreview.com.

[44] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, 2023 I.C.J. (Mar. 30).

[45] See Pierre-Emmanuel Dupont, *The Arbitration of Disputes Related to Foreign Investments Affected by Unilateral Sanctions*, in *Economic Sanctions Under International Law* 203-204 (Ali Z. Marossi & Marisa R. Bassett eds., 2015). Notably, in *Certain Iranian Assets*, para. 192 the ICJ found that the measures enacted by the United States resulted in a deprivation of property rights, as Iranian companies were effectively stripped of control over their assets without compensation.

and discriminatory measures.[46] Respondent states are likely to raise defences based on the doctrine of clean hands, the qualification of the sanctions as countermeasures,[47] their essential security interests or non-precluded measures ('**NPM**'),[48] illegality resulting from secondary sanctions,[49] or the primacy of EU law. The latter defence will also be likely relied on in relation to the enforcement of awards or judgements in favour of SDNs.

III. The Boulder's Journey Down: The Challenge of Enforcing Arbitral Awards and Court Decisions in a Multipolar World

Even when Russian nationals succeed in investor-state arbitration, commercial arbitration, or Russian litigation, enforcing these decisions in Europe presents substantial challenges. In light of the EU's 15th sanctions package adopted in December 2024, it is clear that the EU courts are required to shield debtors from the enforcement of judgments obtained under the Lugo-

[46] In *Certain Iranian Assets*, Iran argued that U.S. legislative measures unfairly singled out Iranian entities for adverse treatment compared to other foreign entities or companies; however the ICJ did not specifically address this point in that it had already determined that the unreasonableness of the measures was in breach of the treaty (para. 55).

[47] Article 22 of the ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. The EU has previously characterized measures against Iran as countermeasures responding to alleged breaches of international obligations by Iran. However, as highlighted in *CPI v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/04/01, para. 161) and *Cargill v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/2, para. 429), tribunals have consistently rejected countermeasures as a defence in investor-state disputes, emphasizing that these disputes are between the investor and the host state, not between states.

[48] Notably, tribunals such as those of *CMS v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/8, para. 370) and *Enron v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/3, para. 335) have clarified that such clauses are not inherently self-judging unless explicitly stated. In *Certain Iranian Assets*, the ICJ found that the U.S. failed to convincingly demonstrate that Executive Order 13599 was necessary for protecting its essential security interests. It noted that the Order's justification focused on Iran's financial practices and anti-money laundering deficiencies, with no explicit reference to security considerations (para. 109).

[49] Respondent states may argue that even if a Russian investment complies with domestic laws, it could still violate international sanctions regimes, such as U.S. secondary sanctions, and therefore fail to qualify for treaty protection. Some scholars have expressed criticism, not least against an EU respondent, not least because a foreign investor based in the European Union (inter alia) is under an obligation to resist the application of certain US secondary sanctions, based on the EU Blocking Regulation (Pierre-Emmanuel Dupont, *Secondary Sanctions under International Investment Law*, in *The Cambridge Handbook of Secondary Sanctions and International Law* 265, 286 (Tom Ruys, Cedric Ryngaert & Felipe Rodríguez Silvestre eds., Cambridge Univ. Press 2024).

voy Law.[50] This provision reinforces the pre-existing "no claims" provision, which effectively absolves EU companies from performing contracts with Russian entities and possibly also from complying with awards or judgments obtained by them.[51]

The 15th EU sanctions package introduced stricter measures targeting Russia's financial and legal interactions with European entities, further curtailing enforcement mechanisms available to Russian claimants. This package expanded the prohibition on legal services, limiting EU law firms' ability to represent Russian individuals and entities in disputes, and reinforced asset freezes, making it increasingly difficult for sanctioned individuals to recover funds or enforce arbitral awards within the EU. Additionally, it broadened restrictions on transactions with Russian state-owned enterprises and tightened controls on circumvention strategies, ensuring that financial flows benefiting Russian interests are further constrained. The current scenario created by EU regulations appears again to be a *déjà vu* of a previous incident concerning Iranian sanctions. After losing in the *Dayyani* case,[52] South Korea invoked U.S. sanctions on Iran as a defence to delay payment of the arbitral award, asserting that it was unable to execute payment unless a license was obtained from OFAC[53], which was eventually granted in January 2022.

It is anticipated that Western claimants and investors will also struggle to enforce awards obtained against the Russian Federation or Russian SOEs (i.e. state-owned enterprises), by the effect of the anti-arbitration injunctions that the Russian courts can issue under the Lugovoy Law. However, the Western investors could enforce such awards against assets held by the Russian state outside Russia, or even against Russian SOEs, arguing that entities controlled by the Russian state should be treated as indistinct from the state (*alter-ego*

[50] New Article 11c added to the EU Council Regulation 833/2014 by the EU Council Regulation 2024/3192.

[51] Art. 11 of the EU Council Regulation No 833/2014. A Swedish court has recently sought a preliminary ruling from the CJEU in relation to the enforceability of arbitral awards addressing the enforceability of contracts affected by EU sanctions (Sebastian Perry, *Swedish Court Consults CJEU Over Russia Sanctions*, GAR (Dec. 6, 2024), https://globalarbitrationreview.com/. Notably, under a similar provision regarding Iran (Art. 38 of the Council Regulation (EU) No 267/2012 of 23 March 2012), the English High Court had ruled that EU sanctions law prohibits the payment of interest on an arbitration award in favour of Iran's Ministry of Defence (*Ministry of Defence v. International Military Services Limited* [2019] EWHC 1994 (Comm)).

[52] See above, p. 403.

[53] Cosmo Sanderson, *Iranians Launch Second Treaty Claim Against South Korea*, GAR (Oct. 28, 2021), https://globalarbitrationreview.com.

doctrine). This is a strategy which has already been employed with some success by the investors in *Everest v. Russia*,[54] where the Ukrainian courts ordered the seizure of assets belonging to the Russian state development corporation VEB to satisfy the award obtained against the Russian Federation.[55]

Conversely, Russian investors may find opportunities to enforce awards in friendly jurisdictions, as demonstrated recently in South Africa.[56] However, enforcing awards against European states presents a different challenge. Unlike Russia, which counts numerous SOEs engaged in business outside its territory, most Western economies have transitioned to market-driven systems, partly due to antitrust and state aid laws. The few remaining SOEs from European countries typically operate only within domestic markets, and rarely hold assets abroad. That said, one potential, albeit unexplored, avenue for Russian investors could be to attach receivables of European SOEs by garnishing the assets of their commercial debtors. For example, consider a state-owned European energy company, such as a national electricity supplier, which exports electricity to a foreign utility company under a long-term power purchase agreement. If the foreign utility company owes substantial payments to the European energy company for these exports, a Russian investor holding an arbitral award against the European state could seek a court order to garnish those receivables.

Therefore, Russian nationals not only face difficulties enforcing favourable judgments or awards against Western states, but also risk having their assets seized under the *alter-ego* doctrine. Both scenarios, in turn, could trigger investment claims. In *Dayyani,* after South Korea refused to pay the award, the Iranian investor initiated a second investor-state arbitration against Korea, seeking damages for the state's delay in payment, arguing that it violated Korea's obligations under the BIT. Following the seizure of its Ukrainian assets to satisfy the *Everest v. Russia* award, VEB sought and obtained emergency

[54] *Everest v. Russia*, PCA Case No. 2015-36.

[55] Supreme Court of Ukraine, Case No. 910/4210/20, July 20, 2022. There are also analogous precedents in *Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Nos. 18-2797 & 18-3124, 333 F. Supp. 3d 380 (3d Cir. 2019), aff'd, 333 F. Supp. 3d 380 (D. Del. 2018), where a US Court held a writ of attachment against shares in PDVSA's U.S.-based subsidiary, Petróleos de Venezuela Holding, Inc. (PDVH), to satisfy a $1.4 billion ICSID award against the Venezuelan state; and in *Walker v. Congo*, ICC Case No. 10030/AC/DC, where the Grand Court of the Cayman Islands allowed the creditor of an award against the Republic of Congo (ROC) to attach assets of two private entities formally separated from the ROC.

[56] Jimmy Moyaha, *High Court Gives Go-Ahead for Attachment of Google SA Assets*, Moneyweb (June 10, 2024), https://www.moneyweb.co.za.

relief to prevent the forced sale of its shares, arguing that the auction violated the protections guaranteed under the 1998 Russia-Ukraine bilateral investment treaty (BIT).[57] However, the Ukrainian courts refused to comply with the emergency award on public policy grounds.[58]

It is therefore evident that Russian investors may occasionally secure favourable awards or judgments, seemingly reaching the top of the hill, only to have their efforts undone by legislative shields[59] or courts invoking public policy defences,[60] much like Sisyphus' eternal boulder tumbling back down. The same challenges apply to Western claimants seeking to enforce decisions against Russian parties based on the Lugovoy Law.

IV. Proposal for a Russia-EU Claims Tribunal

A. Introductory Remarks

The quasi-reciprocal non-recognition of court judgements and arbitral awards by the Member States of the EU and by Russia threatens to undermine the effectiveness of international dispute resolution. This situation creates a significant risk that favourable outcomes in arbitration or litigation may lack enforceability, rendering them practically ineffective without an enforcement mechanism that aligns geopolitical realities and the legal frameworks of both sanctioning and sanctioned jurisdictions. As a result, current international dispute resolution mechanisms appear inadequate, inefficient, and unsuited to address disputes arising from both private and public law claims rooted in the new wave of geopolitical tensions stemming from our increasingly multipolar world.

Against this background, the authors propose the establishment of a new international tribunal to settle investment claims by Russian and Belarusian nationals against states deemed as unfriendly jurisdictions by the Russian Federation ('**Unfriendly States**') and nationals of Unfriendly States against the Russian Federation and Belarus. Such a tribunal might, for ease of reference, be denominated as the '**Russia-EU Claims Tribunal**' (or '**REUCT**'),

[57] Sebastian Perry, *Emergency Arbitrator Restrains Ukraine's Auction of Bank Shares*, GAR (Aug. 28, 2019), https://globalarbitrationreview.com.

[58] Kyiv Appellate Court, Case No. 824/178/19, 7 September 2020 and Ukraine Supreme Court, Case No. 824/178/19, Jan. 14, 2021.

[59] See the discussion above about the EU's 15th sanctions and the Russian Arbitrazh Procedure Code.

[60] As in the *Dayyani v. South Korea* case.

although it may potentially encompass all countries that have adopted any sanctions against Russia and have consequently been declared as Unfriendly States by the Russian Federation.

Such a Russia-EU Claims Tribunal could well draw inspiration from historical precedents of international tribunals, and in particular the Iran-United States Claims Tribunal established to address claims arising from the 1979 Islamic Revolution.[61] Additionally, the Venezuela Mixed Commissions, convened in the early 20th century to resolve disputes between Venezuela and creditor states, demonstrate the potential of neutral arbitral bodies to restore order and fairness in complex multiparty disputes.[62] On such basis, the authors will provide an overview of potential key features of the proposed Russia-EU Claims Tribunal.

B. The Iran-United States Claims Tribunal

The Iran-United States Claims Tribunal (or '**IUSCT**') was established against the background of the tense political situation between two states, which made the direct negotiation between them nearly impossible.[63] In essence, the Algiers Accords represented a settlement where Iran agreed to release the hostages, and the United States agreed to unfreeze Iranian assets. The Algiers Accords also established a mechanism for the settlement of claims between the parties and their nationals or for contractual disputes between them, provided that such claims arose before January 1981 and were filed by January 1982.[64] As a part of the Algier Accords, approximately $8 billion held by the New York Federal Reserve Bank and by overseas branches of U.S. banks were transferred to escrow accounts agreed with Iran, $1 billion of which was to be retained in a special "Security Account" as a fund for payment of awards by the IUSCT to U.S. claimants.[65]

---

[61] See Charles N. Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tribunal* (Martinus Nijhoff Publ'rs 1998); Jeremy Sharpe, *Iran-United States Claims Tribunal*, in Gior*getti, The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals* (Martinus Nijhoff Publ'rs, 2012).

[62] Richard B. Lillich & Burns H. Weston, *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (Nijhoff Publ'rs, 1st edition), p. 61.

[63] Niki Nozari, App*licable Law in International Arbitration: The Experience of ICSID and Iran-United States Claims Tribunal* (Peter Lang, 2019), p. 157.

[64] Lori Fisler Damrosch & Sean D. Murphy, *International Law: Cases and Materials*, p. 541 et seq. (7th ed. 2019, West Acad. Publ'g), p. 541 et seq.

[65] Brower and Brueschke, ibid., p. 4 et seqq., with further references.

The basic structure of the IUSCT may be described as follows: the Tribunal consists of nine arbitrators: three chosen by Iran, three chosen by the United States, and three by the six party-appointed arbitrators (or, if necessary, the appointing authority). Moreover, the Tribunal is divided into three Chambers. Each Chamber consists of three arbitrators, one from Iran, one from the U.S. and the other from a third country (who serves as President of the Chamber). A Chamber may hear all cases submitted to the Tribunal, except that some disputes concerning the interpretation or application of the Claims Settlement Declaration, also referred to as "A" cases or "interpretative disputes" should be decided by the full Tribunal (i.e. the Plenary Tribunal). Claims between the two governments, also referred to as "B" cases, are also to be heard by the Plenary Tribunal, along with cases where a Chamber is unable to reach a majority decision or where a consistent policy among the Chambers should be established.[66]

Almost 4,000 claims were filed and arbitrated or settled, and successful U.S. claimants were paid more than $2 billion. The last private claim was decided in 2003, leaving just government claims, principally those by Iran against the U.S. relating to a foreign military sales programme that was interrupted in 1979. Due to numerous decisions reached by the IUSCT on a wide range of claims for expropriation and breach of contract, the Tribunal has had an extraordinary impact on the development of this area of law.[67]

C. The Institutional Framework

A fundamental contribution to the establishment of the IUSCT was made by the Government of Algeria, which acted as a neutral intermediary.[68] In the present conflict between Western states and Russia, a comparable step would involve identifying a neutral, credible third-party intermediary to facilitate negotiations over potential dispute resolution mechanisms related to Russia-related sanctions. The authors submit that only countries who have not adopted any recent sanctions against the Russian Federation may be acceptable candidates for such a role from the Russian perspective. Potential candidates include *inter alia* Türkiye, the UAE, and Brazil, which have maintained diplomatic relations with Russia and are viewed as neutral.

[66] Brower and Brueschke, ibid., p. 10 et seqq., with further references; Nozari, ibid., p. 158 with further references.

[67] Damrosch and Murphy, ibid., p. 542; Brower and Brueschke, ibid., p. 8.

[68] Brower and Brueschke, ibid., p. 6, with further references.

The REUCT might also be established under the aegis of an international organization such as the UN Security Council or the Council of Europe. However, sponsorship by such organizations could pose challenges, including political sensitivities, bureaucratic complexities, and difficulties in achieving consensus among members. In the authors' view, the involvement of an international organization thus might, if anything, increase the complexity of achieving an effective agreement on the REUCT.

Irrespective of suitable third-party intermediaries, the success of the REUCT would strongly depend on its perceived inclusivity, neutrality, and effectivity. This in turn requires consensus among its respective stakeholders, in particular the Russian Federation and Belarus on one side, and the Unfriendly States on the other. It is also likely that Russia can and will insist on certain preconditions before agreeing to the treaty (including the respective claims settlement declaration), such as a partial lifting of the sanctions or a release of the frozen assets by the participating countries.

A practical approach to establishing the REUCT could initially involve a treaty solely between the Russian Federation and the EU, given the EU's unique position as a significant political block with (nevertheless) substantial economic ties to Russia and a key player in imposing sanctions. Such a treaty could therefore be structured to automatically allow for the accession of additional states through a predefined process. This would involve provisions specifying conditions for accession, such as mutual agreement by existing treaty members, compliance with predetermined criteria, or a simplified accession protocol to expedite the inclusion of new parties. This mechanism would be particularly advantageous in accommodating countries with significant stakes, such as the UK or the U.S., without requiring renegotiation of the treaty's core framework.

The treaty could also allow for provisional or ad hoc accession, allowing states to engage with the tribunal on a case-specific basis without requiring full membership. As with the ICSID's Additional Facility, states could access the dispute settlement mechanism so established on an ad-hoc basis, without committing to full treaty membership. In this respect, strong players such as the UK or the U.S., which might be both at the receiving end of claims and home to investors with interests in Russia, could impose additional restrictions or demand treaty renegotiations before joining.

D. The Architecture of the REUCT

The Claims Settlement Declaration and its implementation by the IUSCT may generally serve as an inspirational source for the architecture

of the REUCT.[69] At the same time, one of the key questions that arises is the appropriate number of arbitrators. In the case of the IUSCT, there were only two states involved, while in the present case there are multiple states involved.

At the initial stage, a possible approach would involve one Chamber consisting of three arbitrators representing all EU Member States, one Chamber with the same number of arbitrators for Russia and Belarus, and one Chamber composed of members from neutral countries, selected either by mutual agreement or by an appointing authority that guarantees neutrality and holds sufficient international stature, such as the Organization of Islamic Cooperation Arbitration Centre (OIC-AC) or the Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration (CRCICA). Additional Chambers could be created with each country acceding to the treaty, or for each political block – such as the U.S. and Canada, or the UK and other Commonwealth nations.

As set out above, the REUCT would be involved with different categories of disputes between different State parties and their nationals. Like the IUSCT, the REUCT would thus be established in order to resolve certain classes of claims in a multi-jurisdiction system. Accordingly, the scope of the REUCT's competence should be defined in terms of personal and substantive jurisdiction, with specific limitations detailed in the respective claims settlement declaration.[70] In any event, the Tribunal's jurisdiction should encompass a wide array of disputes, including claims arising from sanctions, expropriations, and breaches of international law.[71]

As to its procedural rules, the REUCT might adopt the UNCITRAL Arbitration Rules, modified to address its unique institutional needs.[72] In this regard, the IUSCT has demonstrated its flexibility and effectiveness in re-

[69] Claims Settlement Declaration, Art. III(1).

[70] Nozari, ibid., p. 158 et seq.; Mohsen Mohebi, *The International Law Character of the Iran-United States Claims Tribunal* (Kluwer Law International, 1999), p. 76.

[71] For reference, under Claims Settlement Declaration, Art. II(1) the IUSCT had a mandate to adjudicate "debts, contracts, expropriations, or 'other measures affecting property rights"; see George H. Aldrich, *The Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (Oxford Univ. Press 1996), p. 146.

[72] A modified version of the UNCITRAL Rules is also at the basis of the Russian Arbitration Association's Draft Protocol for equal access to justice, available at https://arbitration.ru/en/press-centr/news/asap-protocol-for-effective-arbitration-in-the-context-of-unilateral-sanctions/ (retrieved on Dec. 30, 2024).

solving complex international disputes.[73] As to the legal seat,[74] it is proposed that an ideal candidate would be a jurisdiction like the Dubai International Financial Centre (DIFC), that benefits from the unquestioned neutrality of its government, a *lex arbitri* based on the UNCITRAL Model Law, and its judiciary's extensive experience in the enforcement of arbitral awards, including against sovereigns.[75] In the authors' view, also a delocalized forum could be considered, for instance, at the offices of an international organization like the OPEC in Vienna.[76]

Consistent with international practice, the REUCT could apply a combination of international law, contractual provisions, domestic statutory law, and trade usages. Again, the jurisprudence by the IUSCT has proven the effectiveness of this approach with respect to disputes involving different legal systems.[77]

Last but not least, the enforceability of awards rendered by the REUCT will be a key component of its architecture. In that respect, the parties' incentive to comply with awards may be safeguarded setting-up a straightforward security account mechanism inspired by that put in place with the establishment of the IUSCT.

In particular, both Russian assets frozen in EU Member States and EU assets frozen in Russia and Belarus could be transferred to dedicated escrow accounts, ensuring payment to successful claimants on either side. Another option could involve an asset swap mechanism, so that, for example, awards obtained against Germany could be enforced against assets of German nationals in Russia. For this option to work, the obtainment of a realistic and fair valuation of the assets to be swapped in satisfaction of the amount awarded would be essential. Such accounts could be held in neutral jurisdictions with strong reputations in the banking industry, such as the UAE or Hong Kong.

---

[73] David D. Caron & Lee M. Caplan, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (2nd ed. Oxford Univ. Press 2013), p. 7.

[74] The Algiers Accords determine The Hague in the Netherlands as the legal seat of the Tribunal. At the same time, Iran and the United States are free to agree on any other place (see Art. VI(1) of the Claims Settlement Declaration).

[75] See e.g. *Pearl Petroleum Co. Ltd. & Others v. Kurdistan Regional Gov't of Iraq*, DIFC ARB 003/2017 (DIFC Ct. Arb. 2017).

[76] Pursuant to Art. 2 of the Washington Convention, arbitral proceedings under the ICSID Rules have no national legal seat, but have their legal seat at the offices of the International Bank for Reconstruction and Development.

[77] John R. Crook, "*Applicable Law in International Arbitration, The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience*," 83 Am. J. Int'l L. 278, 280 (1989).

On such basis, the (timely) payment of awards rendered by the REUCT would be a realistic and achievable goal, significantly building trust in the Tribunal's efficacy and attractiveness as a dispute resolution forum.

V. Conclusion

Much like the mythological Sisyphus, Russian nationals under the current framework find themselves in a repetitive struggle, with the perspective of obtaining favourable judgements or awards only to see their efforts thwarted by new unfriendly measures. The REUCT is therefore more than an academic exercise – it offers a route to breaking this cycle.

While no solution is without its challenges, the REUCT offers a bold, yet pragmatic, vision for addressing the fractures exposed by today's geopolitical tensions. As the history and success of the IUSCT demonstrates, ad-hoc dispute settlement mechanisms can restore order and equity even amidst deep-seated conflicts. By drawing on this legacy, the REUCT may provide a meaningful forum for resolving disputes arising from the conflict between Russian and Western states, reaffirming the resilience of the international legal system in the face of recent backlash.

К ВОПРОСУ ОБ ИСПОЛНЕНИИ РЕШЕНИЙ ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖЕЙ, ВЫНЕСЕННЫХ ПРОТИВ РОССИИ: ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ ДОКТРИНЫ ALTER EGO

Н.Г. Соколовский,
Адвокат, «Асари Лигал» АБ

Аннотация:
История инвестиционных споров с участием России показывает, что в случае проигрыша государство неохотно исполняет арбитражные решения. Резкий рост количества инвестиционных разбирательств против России после событий 2014 и 2022 годов ставит для российского государства проблему выплаты компенсаций особенно остро. При этом государственный иммунитет как средство защиты от взыскания продолжает терять свои позиции в международной практике. Для более эффективного исполнения решений инвестиционных арбитражей иностранные кредиторы активно применяют доктрину альтер эго, взыскивая государственные долги с государственных компаний. По результатам анализа истории этой доктрины и современных тенденций ее применения в статье делается вывод о том, что с точки зрения защиты интересов государства попытки ссылаться на юрисдикционный иммунитет будут малоэффективны.

Ключевые слова: *инвестиционный арбитраж, признание и приведение в исполнение арбитражных решений, доктрина альтер эго, юрисдикционный иммунитет.*

ON ENFORCEMENT OF INVESTMENT ARBITRATION AWARDS RENDERED AGAINST RUSSIA: CASE LAW OF APPLYING THE ALTER EGO DOCTRINE

Nikolay Sokolovsky,
Associate, Asari Legal AB

Abstract:
The history of Russia's investment disputes shows that, when the state loses, it is rather reluctant to comply with arbitral awards. The sharp increase in the number of Russia's investment arbitrations after the events of 2014 and 2022 makes the problem of recovery from the state especially serious. At the same time, state immunity as a defense against recovery continues to lose its significance in international practice. For more effective enforcement of investment arbitration awards, foreign creditors widely apply the alter ego doctrine, collecting state debts from state-owned companies. Having analyzed the history of the doctrine and current trends of its application, the author concludes that invoking jurisdictional immunity will be an ineffective tactic to protect the state's interests.

Key words: *investment arbitration, recognition and enforcement of arbitral awards, alter ego doctrine, jurisdictional immunity.*

1. Введение

Инвестиционный арбитраж традиционно воспринимается как удобное и эффективное средство разрешения споров между частными инвесторами и иностранными суверенами. Однако он не лишен недостатков для обеих сторон. Так, государства сталкиваются с колоссальными исковыми требованиями, которые наносят ощутимый урон бюджету. В связи с этим они могут быть не склонны исполнять арбитражные решения добровольно, что создает существенные трудности уже для инвесторов.

В случае отказа добровольно исполнить решение инвестор может прибегнуть к инструментам косвенного воздействия, чтобы побудить

государство добровольно погасить долг. В качестве таковых могут выступать, например, дипломатические механизмы (если государство инвестора готово их задействовать) или репутационное давление[1]. Однако если суверен-должник принципиально не намерен добровольно исполнять арбитражное решение, практически единственным доступным инвестору вариантом является принудительное исполнение арбитражного решения в другой юрисдикции.

Для России проблема исполнения решений инвестиционных арбитражей особенно актуальна. Как следует из отчета об исполнении арбитражных решений по инвестиционным соглашениям 2024 года, Россия занимает третье место в мире по количеству неисполненных арбитражных решений (10 решений) и первое – по сумме неисполненных требований (более 60 млрд долларов)[2]. Также в настоящее время против России ведется не менее 11 инвестиционных арбитражных разбирательств. Кризис вокруг Украины привел к значительному росту требований к России – иски от резидентов Украины составляют более трети инвестиционных споров России за всю ее современную историю (13 из 33)[3].

В свете того, что на данный момент Россия исполнила только 2 решения из 12 вынесенных в пользу инвесторов[4], неудивительно, что последние пытаются принудительно их исполнить в других юрисдикциях. Учитывая сложность обращения взыскания на собственность непосредственно государства, государственные компании представляются весьма привлекательными целями для взыскателей. Их привлечение к ответственности по долгам суверена является не самой простой задачей, однако практика знает достаточное количество положительных примеров. К тому же в условиях международной напряженности правовые механизмы могут существенно эволюционировать по соображениям политической целесообразности. В качестве наиболее яркого примера достаточно вспомнить кардинальные изменения в международном праве, произошедшие в связи с необходимостью осуждения преступлений нацизма[5]. В связи с этим актуально будет рассмотреть

[1] *Кайсин Д.В.* О некоторых проблемах приведения в исполнение судебных решений против иностранных суверенов // Законодательство. 2013. № 6. С. 51–53.

[2] Report on Compliance with Investment Treaty Arbitration Awards 2024 (3rd edition). Pp. 3–4, https://www.internationallawcompliance.com.

[3] Там же. С. 23–24.

[4] Там же.

[5] Например, Нюрнбергский трибунал пришел к выводу, что «*международное право налагает долг и обязанности на отдельных лиц так же, как и на государства*» и что

тенденции исполнения решений инвестиционного арбитража за счет имущества российских государственных компаний, а также их преломление через призму кризиса 2022 года.

2. Юрисдикционный иммунитет государства в контексте исполнения решений инвестиционного арбитража

Обязанность договаривающегося государства исполнить решение, вынесенное в рамках инвестиционного арбитража, является стандартным условием двусторонних и многосторонних инвестиционных соглашений. В п. 1 ст. 53 Вашингтонской конвенции[6] также предусматривается обязанность каждой стороны соблюдать и выполнять условия арбитражного решения.

Типовой текст двустороннего соглашения о взаимном поощрении и защите капиталовложений (двустороннее инвестиционное соглашение, далее – **ДИС**), утвержденный Правительством РФ в 2001 году[7], включал в себя следующую формулировку: «Арбитражное решение является окончательным и обязательным для обеих сторон в споре. Каждая Договаривающаяся Сторона обязуется обеспечивать выполнение такого решения в соответствии со своим законодательством». Утвержденные в 2016 году общие подходы к заключению ДИС также предусматривают, что «[р]ешения арбитражных органов, принятые в соответствии с договором, являются обязательными для сторон спора. Стороны договора должны обеспечивать их исполнение в соответствии со своим законодательством»[8].

«*преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными категориями, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права*», несмотря на распространенное мнение, согласно которому только государства и некоторые иные субъекты (но не физические лица) являются субъектами международного права и, как следствие, могут привлечены к ответственности за нарушение международно-правовых норм. См. Нюрнбергский процесс / под ред. К.П. Горшенина, Р.А. Руденко, И.Т. Никитченко. Т. 2. С. 461.

[6] Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (заключена в г. Вашингтоне 18.03.1965). Не ратифицирована РФ.

[7] Постановление Правительства РФ от 09.06.2001 № 456 «О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений».

[8] Постановление Правительства РФ от 30.09.2016 № 992 «О заключении международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты

Вместе с тем ДИС подробно не регулируют вопросы приведения в исполнение и исполнения решений против государств-подписантов ДИС. Наиболее благоприятный для инвесторов режим с точки зрения приведения в исполнение предусмотрен п. 1 ст. 54 Вашингтонской конвенции: конвенция обязывает государство рассматривать арбитражное решение как равнозначное окончательному решению собственного суда. Если решение вынесено не в соответствии с Вашингтонской конвенцией, подлежат применению соответствующие положения Нью-Йоркской конвенции как части национального законодательства[9], в том числе о нарушении публичного порядка[10].

Однако данный сценарий существенно осложняется международно-правовыми и национальными нормами о юрисдикционных иммунитетах иностранных государств и их собственности. Юрисдикционный иммунитет состоит из трех самостоятельных иммунитетов:

1) иммунитет от разбирательства в иностранном суде (судебный иммунитет в собственном смысле);

2) иммунитет от предварительных принудительных мер;

3) иммунитет от принудительного исполнения судебных актов.

Помимо международного обычая, на международном уровне юрисдикционные иммунитеты государства закреплены в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года (далее – **Конвенция ООН**) и Европейской конвенции об иммунитете государств (заключена в г. Базеле 16.05.1972) (далее – **Европейская конвенция**). Хотя Конвенция ООН на данный момент не вступила в силу, многие международные и национальные суды рассматривают ее как отражающую в той или иной степени сложившиеся международные обычаи и часто ссылаются на нее[11].

Существует два подхода к объему государственного иммунитета. Концепция абсолютного иммунитета подразумевает, что иностранные

инвестиций» (вместе с «Регламентом заключения международных договоров Российской Федерации по вопросам поощрения и защиты инвестиций»).

[9] Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (заключена в г. Нью-Йорке 29.12.1958).

[10] *Бессонова А.И.* Доктрина государственного иммунитета как способ защиты государственного имущества от исполнения по решениям международных инвестиционных арбитражей // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 12. С. 12–17.

[11] *Вялков А.В.* Судебные иммунитеты иностранных государств на стадии признания и приведения в исполнение решений арбитражей в России // Международное правосудие. 2017. № 4. С. 89–121.

суды и иные органы не обладают юрисдикцией в отношении любых действий государства и любого его имущества, если суверен прямо не отказался от такого иммунитета. Концепция функционального (ограниченного, относительного) иммунитета исходит из того, что иммунитет предоставляется государству и его имуществу исключительно для осуществления некоммерческих суверенных функций. Соответственно, наличие у государства иммунитета от юрисдикции *ratione materiae* зависит от квалификации его действий в качестве осуществления суверенных полномочий (*jure imperii*) или коммерческой деятельности (*jure gestionis*). Наличие у государственного имущества иммунитета от принудительных мер (предварительных или исполнительских) зависит от коммерческого или некоммерческого предназначения такого имущества.

Стоит обратить внимание, что судебный и исполнительский иммунитеты определяются независимо друг от друга. При исполнении судебного решения в отношении государства уже не имеет значения, в отношении каких действий оно вынесено – *jure gestionis* или *jure imperii* (если вынесение такого решения стало возможным в силу отказа государства от судебного иммунитета или предусмотренного местным законодательством исключения из него).

Как международное право (включая Конвенцию ООН), так и большинство национальных правопорядков сегодня придерживаются второго подхода[12].

Так, п. 1 ст. 10 Конвенции ООН исключает из сферы действия юрисдикционного иммунитета *ratione materiae* разбирательства, вытекающие из коммерческих сделок государства. Коммерческий характер сделки определяется, исходя исключительно из ее юридической природы, если стороны сделки не договорились или право страны суда не предусматривает, что необходимо также учитывать цель ее совершения (п. 2 ст. 2 Конвенции ООН). Так, правовые системы США и Швейцарии исходят исключительно из природы сделки, а суды Великобритании оценивают природу и цели сделки в комплексе[13].

Однако в подавляющем большинстве случаев подобные изъятия из юрисдикционного иммунитета не применимы к инвестиционным

[12] См. напр.: *Старженецкий В.В.* Эволюция института юрисдикционных иммунитетов государств: равный над равным власть имеет? // Международное правосудие. 2014. № 4. С. 123–140.

[13] *Кайсин Д.В.* О некоторых проблемах приведения в исполнение судебных решений против иностранных суверенов // Законодательство. 2013. № 6. С. 53–54.

спорам, поскольку они вытекают из суверенных действий государства, нарушающих международно-правовые обязательства, принятые им на себя в соответствии с ДИС.

Несмотря на отход от доктрины абсолютного иммунитета в последние десятилетия, юрисдикционный иммунитет государства в отношении его суверенных действий продолжает достаточно строго соблюдаться в мировой практике[14], хотя в праве отдельных стран встречаются и девиации.

Так, например, в США юрисдикционный иммунитет не распространяется на требования к иностранным государствам, включенным в список «государств-спонсоров терроризма», вытекающие из внесудебных казней, пыток и ряда других нарушений прав человека[15]. Конституционный суд Италии признал неконституционными положения законодательства, закрепляющие иммунитет иностранных государств от разбирательств, связанных с военными преступлениями и преступлениями против человечности[16].

В целом же международное право и национальные законодательства исходят из того, что снятие иммунитета в отношении действий *jure imperii* возможно только с явного согласия государства. При этом отказ от одного из иммунитетов не означает автоматически отказа от остальных[17]. Так, из ст. 17 Конвенции ООН следует, что заключение государством арбитражного соглашения как таковое является отказом от иммунитета лишь в отношении ограниченного круга вопросов – разрешения спора по существу и решения процессуальных вопросов, связанных с судебным надзором и содействием в отношении разбирательства (выдача экзекватуры в их круг не входит)[18].

Принятие на себя государством в рамках ДИС или Вашингтонской конвенции обязанности исполнить арбитражное решение также не мо-

[14] См., напр.: Постановление Международного суда ООН от 03.02.2012 по делу о юрисдикционных иммунитетах (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece Intervening), Judgement, ICJ Reports 2012).

[15] Foreign Sovereign Immunities Act 1976. S. 1605A.

[16] *Старженецкий В.В.* Указ. соч.

[17] *Старженецкий В.В.* Юрисдикционные иммунитеты иностранных государств в контексте признания и приведения в исполнение решений международных инвестиционных арбитражей // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 12. С. 60–79.

[18] Подробный анализ подготовительных материалов к Конвенции ООН в обоснование данного вывода см.: *Вялков А.В.* Указ. соч.

жет толковаться как отказ от иммунитета в отношении его принудительного исполнения. Во-первых, Вашингтонская конвенция прямо оговаривает в ст. 55, что такое обязательство не должно толковаться как отступление от норм об иммунитете государства от принудительного исполнения. Во-вторых, даже в отсутствие соответствующей оговорки предметом такого обязательства является совершение суверенных действий по исполнению решения в порядке, предусмотренном национальным правом. Сам по себе факт принятия на себя международно-правового обязательства не наделяет иностранные государства юрисдикцией по их принудительному исполнению. Иной вывод явно противоречил бы международному праву.

Таким образом, само по себе согласие государства на арбитраж в отсутствие отдельного согласия на признание и приведение в исполнение арбитражного решения с точки зрения международного права не должно рассматриваться как отказ от иммунитета в отношении последнего.

В то же время национальные законодательства и судебная практика по данному вопросу гораздо менее однозначны. На данный момент преждевременно говорить о формировании обычной нормы международного права, исключающей из иммунитета признание и приведение в исполнение арбитражного решения[19]. Однако нельзя не отметить, что требование о явном отдельном согласии на процесс выдачи экзекватуры в отношении решения, по крайней мере, начинает терять незыблемость.

В некоторых странах признание и приведение в исполнение арбитражных решений изъято из юрисдикционного иммунитета на законодательном уровне – например, США[20]. В Великобритании норма о последствиях заключения арбитражного соглашения[21] в результате расширительного судебного толкования также исключает выдачу экзекватуры из объема иммунитета[22]. В Германии, Франции и Швеции имеются судебные решения, признающие заключение арбитражного соглашения отказом государства от иммунитета в отношении признания и приведения в исполнение арбитражного решения[23].

---

[19] *Вялков А.В.* Указ. соч.

[20] Foreign Sovereign Immunities Act 1976. S. 1605(a)(6).

[21] State Immunity Act 1978. S. 9(1).

[22] *Svenska Petroleum Exploration AB v. Government of the Republic of Lithuania and another (No. 2)* [2006] EWCA Civ 1529, https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/1529.html.

[23] *Вялков А.В.* Указ. соч.

Подобные решения выносились и в отношении России. Одним из таких примеров является известное дело Франца Зедельмайера. Немецкий суд выдал экзекватуру на арбитражное решение, указав, в частности, что ссылка в российско-германском ДИС на признание и приведение в исполнение решений инвестиционного арбитража в порядке Нью-Йоркской конвенции означает отказ от иммунитета в отношении признания и приведения в исполнение решения на территории другого государства[24].

Еще более известным примером является спор акционеров ЮКОСа против России. Решением инвестиционного арбитража с России было взыскано 50 млрд долларов и проценты на присужденную сумму. После его вынесения истцы обратились в суды ряда стран за принудительным исполнением. В публичных источниках имеется информация, что экзекватуры были выданы в Бельгии[25] и Франции[26], хотя и без подробностей касательно мотивов таких решений. В США и Великобритании процессы признания и приведения в исполнение еще не завершены. Однако суды уже вынесли постановления о признании за собой юрисдикции на основании положений национального законодательства, изымающих приведение арбитражных решений в исполнение из юрисдикционного иммунитета[27].

Свой вклад в ограничение иммунитета государства от принудительного исполнения арбитражных решений внесли и российские суды. В деле ПАО «Татнефть» против Украины Арбитражный суд Московского округа отменил определение об отказе в признании и приведении в исполнение решения инвестиционного арбитража, вынесенного против Украины на основании российско-украинского

[24] *Gille, J. Christina*. Deutsche Rechtsprechung in völkerrechtlichen Fragen 2000, https://www.mpil.de/de/pub/publikationen/archiv/rechtsprechung-voelkerrecht/r00.cfm?fuseaction_rspr=act&act=r01_7.

[25] Yukos Case: Brussels Court of First Instance Unfreezes Russia's Assets // Van Bael & Bellis. 12.06.2017, https://www.vbb.com/insights/corporate-commercial/corporate-commercial/yukos-case-brussels-court-of-first-instance-unfreezes-russias-assets.

[26] The Yukos case: former shareholders lose their legal battle in France but continue the war // August Debouzy. 01.12.2017, https://www.august-debouzy.com/en/blog/print/1091-affaire-ioukos-les-ex-actionnaires-perdent-leur-bataille-en-france-mais-nab.

[27] США: *Hulley Enters. v. The Russian Fed'n* (D.D.C. Nov. 17, 2023), https://casetext.com/case/hulley-enters-v-the-russian-fedn-1/; Великобритания: *Hulley Enterprises Ltd & Ors v The Russian Federation* [2023] EWHC 2704 (Comm) (01 November 2023), https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2023/2704.html.

ДИС[28]. Суд округа в этом деле воспринял подход французских судов – отказ от иммунитета в отношении арбитражного разбирательства распространяется также на процедуру выдачи экзекватуры.

Таким образом, на практике даже в отношении суверенных действий иммунитет государства не является абсолютным, особенно в контексте исполнения арбитражных решений. В такой ситуации иммунитет от принудительного исполнения, предоставляемый по признаку назначения имущества, действительно остается для государства «последним бастионом»[29].

Подпункт «c» ст. 19 Конвенции ООН предусматривает, что иммунитетом от принудительного исполнения не обладает имущество, которое «непосредственно используется или предназначается для использования государством для иных целей, чем государственные некоммерческие цели». Аналогичные положения содержатся в законодательстве Великобритании и США[30], а также выработаны судебной практикой Германии[31].

Бремя доказывания коммерческого назначения имущества лежит на лице, требующем обратить на него взыскание[32]. При этом как Конвенция ООН, так и национальные законодательства исходят из того, что определенное имущество не может считаться предназначенным для коммерческих целей. Ст. 21 Конвенции ООН закрепляет перечень такого имущества, который включает, в частности, собственность, используемую или предназначенную для исполнения дипломатических и консульских функций, а также собственность центральных банков или других финансовых органов государства. Аналогичные категории собственности выделяются в праве Великобритании[33] и Германии[34].

---

[28] Постановление Арбитражного суда Московского округа от 29.08.2017 по делу № А40-67511/2017.

[29] ILC Report on Jurisdictional Immunities of States and their Property // [1991] Yearbook of International Law Commission. 1991. Part 2. P. 56.

[30] *Старженецкий В.В.* Юрисдикционные иммунитеты иностранных государств в контексте признания и приведения в исполнение решений международных инвестиционных арбитражей // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2017. № 12. С. 60–79; *Вялков А.В.* Указ. соч.

[31] *Бессонова А.И.* Указ. соч.

[32] Там же.

[33] State Immunity Act 1978, S. 14(4), 16(1).

[34] *Бессонова А.И.* Указ. соч.

С другой стороны, дипломатический иммунитет на практике предоставляется только реально используемому в дипломатических целях имуществу. Например, в деле Зедельмайера Верховный суд Швеции пришел к выводу, что часть здания торгового представительства России используется не в дипломатических целях, и обратил взыскание на доходы от его сдачи в аренду[35]. В Великобритании суд обратил взыскание на средства посольства Колумбии, поскольку они находились на счету, специально открытом для удовлетворения требований контрагентов по частноправовым сделкам[36].

Однако зачастую государство ведет коммерческую деятельность через отдельные юридические лица. С одной стороны, имущество таких юридических лиц в принципе не защищается государственными иммунитетами. С другой, они и не несут ответственности по обязательствам государства.

Так, в деле ЮКОСа французский суд изначально по заявлению истцов арестовал имущество российских государственных предприятий, включая ряд ФГУП. Однако затем аресты были сняты в связи с тем, что имущество принадлежит самостоятельным юридическим лицам, не несущим ответственности по обязательствам государства[37].

В связи с этим для инвесторов весьма актуально обращение к доктрине альтер эго, потенциально дающей возможность обратить взыскание на зарубежное имущество государственных компаний через снятие корпоративной вуали и отождествление их с самим государством-должником.

3. Доктрина альтер эго и практика ее применения в отношении государственных компаний

Доктрина альтер эго сформировалась прежде всего в английском и американском праве. Ее возникновение было обусловлено закреплением принципа ограниченной ответственности участников корпорации. Для борьбы со злоупотреблениями этим принципом

[35] *Куделич Е.А.* Международные инвестиционные споры с участием государства: проблемы иммунитета // Закон. 2012. № 6. С. 40–54.

[36] *Alcom Ltd. v. Republic of Colombia* [1984] UKHL J0412-1, https://vlex.co.uk/vid/alcom-ltd-v-republic-792878269.

[37] *Малан А.* Неожиданный аспект дела ЮКОСа: статус федеральных государственных унитарных предприятий Российской Федерации в судах Французской Республики // Российская хроника Европейского Суда. 2019. № 4. С. 134–138.

суды выработали исключения из ограниченной ответственности участников.

Одной из ключевых предпосылок применения доктрины альтер эго как института права справедливости является то обстоятельство, что в конкретном споре соблюдение принципов ограниченной ответственности участников и/или самостоятельности юридического лица будет несовместимо с требованиями справедливости. В контексте ответственности фактические основания применения доктрины обязательно включают в себя два элемента[38]:

1) Юридическое лицо фактически не обладает имущественной и/или организационной самостоятельностью от своего участника, участник осуществляет полный контроль над ним;

2) Участник использует такой контроль и корпоративную форму юридического лица для достижения недобросовестных целей и ухода от ответственности.

Законодательству и судебной практике континентальных юрисдикций также известны механизмы с похожим назначением и эффектом. Например, в Нидерландах существует доктрина отождествления (*vereenzelviging*), которая позволяет признать связанных лиц единым субъектом, если отношение к ним как к самостоятельным лицам будет противоречить принципу добросовестности. При этом во внимание принимается совокупность факторов, в том числе доминирование одного лица над другим, смешение активов и персонала, создание у третьих лиц впечатления единого субъекта и др. Однако сами по себе высокая степень контроля и совместная деятельность не могут быть основанием для отождествления[39].

В Бельгии судебная практика также допускает прокалывание корпоративной вуали, если участник компании злоупотребляет корпоративной формой и использует ее для прикрытия собственных недобросовестных действий. Перечень учитываемых факторов перекликается с английской и американской практикой: недостаточность активов компании, несоблюдение корпоративных процедур и осуществление акционером управления компанией как собственным структурным подразделением[40].

---

[38] *Будылин С.Л., Иванец Ю.Л.* Срывая покровы. Доктрина снятия корпоративной вуали в зарубежных странах и в России // Вестник ВАС РФ. 2013. № 7. С. 80–125.

[39] *Vandekerckhove, K.* Piercing the Corporate Veil. Kluwer Law International. 2007. Pp. 37–38.

[40] Там же. С. 32–33.

Как можно видеть, объективных факторов, таких как полный контроль и смешение активов, как правило, недостаточно для применения доктрины альтер эго. Даже если контролирующее и контролируемое лица фактически являются единым экономическим субъектом, само по себе это обстоятельство не дает кредиторам возможности игнорировать их юридическую самостоятельность. Для этого необходимо также установить субъективные недобросовестные мотивы контролирующего лица. Таким образом, доктрина альтер эго направлена в первую очередь не на облегчение удовлетворения требований кредиторов, а на нивелирование конкретных злоупотреблений, совершенных лицом с использованием конкретной компании.

Применительно к прокалыванию корпоративной вуали государственных компаний в первую очередь встает вопрос о действии государственного иммунитета в контексте подобных разбирательств. С одной стороны, отождествление государства с коммерческой организацией означает, что соответствующую коммерческую деятельность ведет само государство, а потому оно не обладает судебным иммунитетом. С другой – такая тождественность непосредственно входит в предмет доказывания по спору. Таким образом, предварительный вопрос – наличие у государства иммунитета – в такой ситуации зависит от решения по существу спора, что создает неопределенность относительно юрисдикции судов по таким делам.

Пункт 3 ст. 10 Конвенции ООН устанавливает, что участие государственной организации, обладающей самостоятельной правосубъектностью и имущественной обособленностью, в связанном с коммерческой сделкой разбирательстве не затрагивает государственный иммунитет от юрисдикции. Приложение к конвенции отдельно разъясняет, что ни п. 3 ст. 10, ни ст. 19 об иммунитете от принудительного исполнения не предрешают вопроса о «проникновении за корпоративный занавес».

Смысл этого разъяснения представляется довольно туманным. Из комментария к Конвенции ООН можно сделать вывод, что как это разъяснение, так и сам п. 3 ст. 10 лишь констатируют очевидное – отсутствие судебного иммунитета у государственной компании не означает, что у самого государства отсутствует такой иммунитет от привлечения к ответственности по обязательствам такой компании[41]. Следует признать, что эти разъяснения не помогают разрешить имеющуюся неопределенность.

[41] The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property. A Commentary / Ed. by R. O'Keefe, C. Tams. Oxford, 2013. Pp. 181–182.

Однако в контексте настоящей статьи интерес представляет «обратное» прокалывание, то есть ситуация, когда само государство уже привлечено к ответственности. Вопрос здесь заключается в том, распространяется ли применимый отказ или изъятие из иммунитета на судебное разбирательство по прокалыванию корпоративной вуали.

В деле *Crystallex*[42] федеральный апелляционный суд США указал, что процедура наложения ареста на имущество (*attachment*), в рамках которой и рассматривается вопрос о прокалывании корпоративной вуали, является вспомогательной по отношению к процедуре выдачи экзекватуры. Соответственно, если изъятие из иммунитета применяется в отношении выдачи экзекватуры, то оно распространяется и на снятие корпоративной вуали в рамках исполнения решения.

В Великобритании вопрос снятия корпоративной вуали также рассматривается судом при вынесении приказа об аресте имущества (*charging order*)[43]. В соответствующем законе указано, что такой приказ выносится в целях исполнения судебного акта[44], что также позволяет говорить о его вспомогательном характере по отношению к процедуре признания и приведения в исполнение решения, подпадающей под изъятие из иммунитета.

Во Франции решение о признании компании альтер эго государства для целей обращения взыскания также принимается в рамках надзора за исполнительным производством[45]. Можно сделать вывод, что и в данном случае судебное разбирательство по снятию корпоративной вуали является вспомогательным по отношению к процессу выдачи экзекватуры. Таким образом, оно охватывается применимым к последнему отказом от судебного иммунитета (каковым французская судебная практика признает заключение арбитражного соглашения).

В России суд по делу о выдаче экзекватуры на решение инвестиционного арбитража против Украины указал, что вопрос исполнения решения за счет российского имущества подконтрольной Украине организации не относится к предмету дела. Он должен быть решен

---

[42] *Crystallex Int'l Corp. v. Bolivarian Republic of Venez.* 932 F.3d 126, 136–37 (3d Cir. 2019), https://casetext.com/case/crystallex-intl-corp-v-bolivarian-republic-of-venezuela-in-re-de-venezuela-sa.

[43] См. напр.: Walker International Holdings Ltd v Congo & Ors (2005).

[44] Charging Orders Act 1979. S. 1(1).

[45] *Малан А.* Указ. соч.

приставом в ходе исполнительного производства[46]. Как указано выше, на стадии исполнительного производства значение имеет не квалификация спорных действий государства (*jure imperii* или *jure gestionis*), а назначение имущества, на которое обращается взыскание. Таким образом, иммунитет государства *ratione materiae* на данной стадии вообще не затрагивается. Если же государство-должник само оспаривает действия пристава в суде, то тем самым оно в любом случае отказывается от судебного иммунитета, даже если он распространялся бы на подобный спор.

Таким образом, если в той или иной юрисдикции за государством не признается иммунитет от приведения арбитражного решения в исполнение, то оно не будет обладать иммунитетом и от прокалывания корпоративной вуали при его исполнении. Соответственно, единственной доступной для государства стратегией защиты остается доказывание того, что основания для применения доктрины альтер эго отсутствуют.

В США одним из ключевых прецедентов в этой сфере является дело *Bancec*[47]. В решении Верховного Суда США подчеркивается недопустимость произвольного игнорирования самостоятельности государственных компаний, которая презюмируется. Вместе с тем суд указал, что эта презумпция опровергается в двух случаях:

1) государство контролирует компанию в такой степени, что между ними складываются отношения принципала и агента;

2) признание самостоятельности приведет к защите мошеннических действий или несправедливости.

Суд, однако, не стал формулировать критерии контроля в рамках первого основания, поскольку применил второе. Перечень факторов полного контроля в качестве ориентира был сформулирован Верховным Судом в деле *Rubin v. Islamic Republic of Iran*[48]:

1) уровень экономического контроля со стороны правительства;

2) направляется ли прибыль организации в пользу правительства;

3) степень, в которой правительственные чиновники управляют организацией или иным образом влияют на ее повседневные операции;

---

[46] Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 21.06.2019 по делу № А63-15521/2018.

[47] *FNC Bank v. Banco Para el Comercio*, 462 U.S. 611 (1983), https://casetext.com/case/first-nat-city-bank-v-banco-para-el-comercio.

[48] *Rubin v. Islamic Republic of Iran*, 138 S. Ct. 816 (2018), https://casetext.com/case/rubin-v-islamic-republic-of-iran-31#p820.

4) является ли правительство реальным бенефициаром поведения организации; и

5) будет ли соблюдение принципа раздельного существования давать иностранному государству право на получение преимуществ в судах США, избегая при этом своих обязательств.

В деле *Crystallex*[49] федеральный апелляционный суд подтвердил, что при наличии полного контроля государства над компанией доказывать наличие злоупотребления не требуется. Также суд указал, что для применения доктрины альтер эго не требуется доказывать, что государственная компания имеет какое-либо отношение к требованиям истца против государства.

В этом деле суд признал нефтяную компанию PDVSA альтер эго Венесуэлы в связи с ее полной подконтрольностью государству. В обосновании решения было указано, что государство принимало за компанию решения о приобретении активов и условиях их приобретения, о пожертвованиях на социальные проекты; полностью назначало органы управления, при этом президентом компании традиционно назначался министр нефти; возлагало на компанию обязательства по исполнению межправительственных соглашений и извлекало из этого политическую выгоду (компания продавала нефть дружественным странам по заниженной цене).

В Великобритании ключевым прецедентом является дело *Trendtex v Central Bank of Nigeria*[50]. Согласно решению, для признания организации подразделением государства необходимо установить, что она контролируется государством и осуществляет функции государства. Оценка проводится по четырем критериям: содержание учредительных документов, полномочия, обязанности и деятельность организации.

Применяя этот тест в делах *Walker International Holdings Ltd v Republique Populaire Du Congo*[51] и *Kensington International Ltd. v Republic of the Congo*[52], английский суд признал конголезскую государственную

---

[49] См. выше.

[50] *Trendtex v Central Bank of Nigeria* [1977] QB 529, https://www.uniset.ca/other/css/19772WLR356.html.

[51] *Walker International Holdings Ltd v Republique Populaire Du Congo & Ors* [2005] EWHC 2813 (Comm) (06 December 2005), http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2813.html.

[52] *Kensington International Ltd. v Republic of the Congo* [2005] EWHC 2684 (Comm) (28 November 2005), http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2005/2684.html.

нефтяную компанию SNPC альтер эго государства. В основу вывода были положены следующие факты: компания полностью принадлежала государству, ее руководство назначалось государством и состояло из чиновников, компания непосредственно реализовывала государственную нефтяную политику, а также выплачивала прибыль государству непрозрачным образом – финансируя по указанию правительства различные государственные расходы (на проведение выборов, гуманитарные инициативы и пр.). Таким образом, как установили суды, за фасадом частной компании государство скрывало доходы от нефтеэкспорта, которые в нормальной ситуации должны были бы поступать в публичную собственность в качестве дивидендов и подлежали бы взысканию по долгам республики. В связи с этим суды также сделали выводы о наличии злоупотреблений корпоративной формой, хотя и не указывали на то, что это является необходимым элементом для прокалывания корпоративной вуали.

Примечательно, что в аналогичном деле против нигерийской компании английский суд тем не менее отказал в применении доктрины альтер эго именно по причине отсутствия злоупотреблений в действиях Нигерии[53].

Во Франции для обращения взыскания на активы государственных компаний используется доктрина эманации государства (*émanation de l'État*). В соответствии с ней государственные компании отождествляются с государством и несут ответственность по его обязательствам при наличии двух условий: юридическое или фактическое отсутствие имущественной самостоятельности от государства и отсутствие управленческой самостоятельности[54].

По ряду дел против упомянутой выше конголезской SNPC суды применили эту доктрину и обратили взыскание на ее имущество в пользу кредиторов Республики Конго. Выводы об отождествлении компании с государством основаны в целом на тех же фактах, что и в английских делах против Конго. Аналогичную позицию французский суд занял в деле против Республики Камерун[55].

---

[53] *Continental Transfert Technique Ltd v Federal Government of Nigeria & Ors* [2009] EWHC 2898 (Comm), http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2009/2898.html.

[54] *Малан А.* Указ. соч.

[55] *Malawat, J., Kala, B.* Enforcement of Investment Arbitration Award: Blurring the Notion of Consent // Durham Law Review. 2022. Vol. VII, pt. 1. Pp. 13–14, https://static1.squarespace.com/static/5dcbd47573aa836622ed9589/t/622e53780ca60570b6557f60/1647203193853/DLR+Bhavya+Kala+%26+Jubin+Malawat.pdf.

В связи с этим интересно обратить внимание на решение французского суда по делу ЮКОСа[56]. Акционеры ЮКОСа в рамках исполнительного производства добились ареста ряда российских активов, в том числе принадлежащих нескольким ФГУП. Позиция взыскателей строилась на двух аргументах. Во-первых, они утверждали, что ФГУП являются эманациями российского государства. Во-вторых, они ссылались на то, что в соответствии с российским законодательством об унитарных предприятиях собственником их имущества является РФ, поэтому взыскание по долгам РФ может быть обращено на него непосредственно.

Суд, рассматривая жалобу российских предприятий на арест, отверг оба аргумента взыскателей. Он указал, что унитарное предприятие обладает имущественной самостоятельностью, поскольку в соответствии с личным законом самостоятельно распоряжается своим имуществом (хотя и с определенными ограничениями), отвечает по своим обязательствам всем своим имуществом и не отвечает по обязательствам государства. Взыскатели же не представили доказательств, что такая самостоятельность является фиктивной. Суд также сослался на предыдущую практику французских судов, содержащую аналогичные выводы в отношении ФГУП. Похожие решения принимались и в отношении российских государственных компаний иных организационно-правовых форм, в том числе ГК Роскосмос[57].

Из рассмотренных примеров можно сделать два вывода. Во-первых, в отличие от споров с частными лицами, при применении доктрины альтер эго к государственным компаниям иностранные правопорядки склонны не придавать значения элементу добросовестности. Во-вторых, ко второму элементу – государственному контролю над компанией – применяются повышенные стандарты. Как отмечено во многих решениях, сами по себе факт 100-процентной государственной собственности и наличие у компании тех или иных публичных функций недостаточны для ее отождествления с государством. Анализ судов строится вокруг того, насколько государственный контроль заставляет компанию игнорировать свою коммерческую природу.

[56] Обстоятельства дела и содержание судебного решения приведены по: *Малан А.* Указ. соч.

[57] Там же.

4. Тенденции применения доктрины альтер эго после 2022 года

В 2018 году украинские суды выдали экзекватуру на решение инвестиционного арбитража, принятое против России в пользу украинских компаний. Верховный Суд Украины при рассмотрении этого дела признал РФ отказавшейся от иммунитета в отношении исполнения арбитражного решения, сославшись на арбитражную оговорку в ДИС[58]. Следует признать, что такой подход укладывается в довольно давно сформировавшийся тренд, который в деле ПАО «Татнефть» восприняла и сама Россия.

В июле 2022 года Верховный Суд Украины признал правомерным обращение взыскания в рамках этого дела на пакет акций украинского ПАО «Проминвестбанк», принадлежащий Государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ»[59] (далее – **ВЭБ.РФ**). Суд счел общепризнанным, что государственные органы несут ответственность по долгам государства. Для признания ВЭБ.РФ органом российского государства суд использовал доктрину альтер эго. Ссылаясь на практику ЕСПЧ, МС ООН и инвестиционных арбитражей, суд сформулировал применимые критерии:

1) образована ли компания для выполнения коммерческих целей;

2) выполняет ли компания функции, присущие государственным органам (то есть осуществляет публичную функцию, не характерную для частных лиц);

3) осуществляет ли такая компания другие виды деятельности и являются ли они основными/самостоятельными или носят вспомогательный характер к выполнению ею публичной функции;

4) какова степень контроля со стороны государства;

5) отделено ли имущество компании от имущества государства.

Суд указал, что ВЭБ.РФ создана для реализации публичных задач и может осуществлять предпринимательскую деятельность только в той мере, в какой она служит достижению этих целей; корпорация уполномочена осуществлять функции агента Правительства РФ, в том числе представлять РФ в судах, а также является эксклюзивным агентом государства по внешнему долгу – то есть осуществляет функции,

[58] Постановление Верховного Суда Украины от 25.01.2019 по делу № 796/165/2018, https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/79573187.

[59] Постановление Верховного Суда Украины от 20.07.2022 по делу № 910/4210/20, https://reyestr.court.gov.ua/Review/105612017#.

присущие финансовым органам государства. На этом основании корпорация была признана альтер эго России.

В отношении этого дела необходимо заметить следующее. Очевидно, что для украинской правовой системы применение подобного подхода обусловлено текущими политическими задачами. Можно ставить вопрос и политической ангажированности и/или недостаточной фактической обоснованности конкретных решений. Однако, следуя за политическими интересами, украинские суды не изобрели какого-либо нового подхода, а лишь влились в уже отчетливо оформившийся тренд, сформированный западными юрисдикциями.

Рассматривая тенденцию ко все большему ограничению государственных иммунитетов, следует обратить внимание еще на одно украинское дело. Примечательно, что до 2022 года украинские суды строго соблюдали российский иммунитет, несмотря на недружественные отношения между странами[60]. Однако уже в апреле 2022 года Верховный Суд Украины вынес решение по иску местной жительницы, которая требовала взыскать с РФ компенсацию за гибель ее мужа в результате боевых действий. В этом решении суд высказал прецедентную позицию о том, что иммунитет не распространяется на требования к РФ о возмещении ущерба, причиненного в ходе вооруженного конфликта[61].

Так, суд сослался на Европейскую конвенцию и Конвенцию ООН, которые предусматривают так называемое территориальное деликтное исключение – изъятие из государственного иммунитета в отношении деликтов, совершенных представителями государства на территории страны суда. Хотя обе конвенции не действуют ни в отношении России, ни в отношении Украины, украинский суд указал, что они отражают общую тенденцию международного обычного права к ограничению иммунитета государства. Применив предусмотренный конвенциями тест, суд пришел к выводу об отсутствии у РФ иммунитета по иску.

Однако, согласно позиции МС ООН, территориальное деликтное исключение применяется лишь в отношении действий *jure gestionis*. На это обращают внимание украинские же авторы, комментирую-

[60] *Karnaukh, B.* Territorial Tort Exception? The Ukrainian Supreme Court Held That the Russian Federation Could not Plead Immunity with Regard to Tort Claims Brought by the Victims of the Russia-Ukraine War // Access to Justice in Eastern Europe. 2022. 3(15). P. 166, https://ajee-journal.com/territorial-tort-exception-the-ukrainian-supreme-court-held-that-the-russian-federation-could-not-plead-immunity-with-regard-to-tort-claims-brought-by-the-victims-of-the-russia-ukraine-war.

[61] Постановление Верховного Суда Украины от 14.04.2022 по делу № 308/9708/19, https://reyestr.court.gov.ua/Review/104086064.

щие данное решение Верховного Суда Украины[62]. В связи с этим суду пришлось также сформулировать вывод о том, что действия, которые он квалифицировал как «вооруженную агрессию», не могут считаться осуществлением суверенных полномочий государства, поскольку нарушают международное право.

Как указывает тот же автор, тем самым фактически суд применил не территориальное деликтное исключение, а исключение *jus cogens* – нарушение императивных норм международного права[63]. Такое исключение не является общепризнанным в международном праве и было отвергнуто МС ООН при рассмотрении дела о юрисдикционных иммунитетах[64]. Тем не менее в некоторых странах оно закреплено в законодательстве или судебной практике.

Эта правовая позиция позволила украинским судам рассмотреть большое количество дел о взыскании компенсаций с России. Один из таких споров вышел за пределы украинской правовой системы, подняв ряд весьма интересных вопросов.

В 2023 году Хозяйственный суд Запорожской области, применив позицию Верховного Суда об отсутствии у РФ иммунитета, удовлетворил иск ЧАО «Славутич-Инвест» (далее – **Славутич**) к России о взыскании убытков[65]. Исковые требования мотивировались тем, что истец фактически лишился права собственности на земельные участки, расположенные на территории, занятой российскими силами.

В 2024 году истец, ссылаясь на решение Верховного Суда Украины по делу ВЭБ.РФ, предъявил иск о признании ПАО «Газпром» и его дочерних компаний – ООО «Газпром Капитал» и МКООО «Газпром Интернешнл Лимитед» (далее – **Газпром Интернешнл**) – альтер эго РФ и их привлечении к солидарной с РФ ответственности по возмещению вреда.

После подачи иска Славутич добился в Нидерландах ареста активов Газпром Интернешнл. Компания обжаловала арест, ссылаясь, в частности, на то, что будущее решение украинского суда не подлежит признанию и приведению в исполнение в Нидерландах.

---

[62] *Karnaukh, B.* Op. cit. P. 172.

[63] Ibid. P. 175.

[64] Постановление Международного суда ООН от 03.02.2012 по делу о юрисдикционных иммунитетах (Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy, Greece Intervening), Judgement, ICJ Reports 2012).

[65] Решение Хозяйственного суда Запорожской области от 04.05.2023 по делу № 908/747/23, https://reyestr.court.gov.ua/Review/110741713.

Окружной суд Гааги отклонил жалобу[66]. Суд указал, что в соответствии с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений по гражданским и торговым делам препятствий, исключающих выдачу экзекватуры, не установлено. Также был отклонен аргумент Газпром Интернешнл о том, что позиция Верховного Суда Украины по делу ВЭБ.РФ касается только возможности обращения взыскания на активы, находящиеся на территории Украины. Вопрос государственного иммунитета в решении затронут крайне поверхностно. Суд согласился с тем, что он может иметь место, однако, по сути, оставил его на разрешение самого украинского суда, отметив, что Россия в украинском деле привлечена в качестве третьего лица, а не ответчика.

В этом решении бросается в глаза полное отсутствие анализа иммунитета РФ в голландской юрисдикции. Ссылаясь на отсутствие оснований для отказа в экзекватуре согласно конвенции, суд не учел, что вопрос о наличии у государства иммунитета является предварительным по отношению к вопросу о наличии или отсутствии оснований для выдачи экзекватуры[67]. Соответственно, вывод о наличии у государства иммунитета исключает само применение судом конвенции о признании иностранных решений.

Важно учесть, что основной спор рассматривается украинским государственным судом. То есть юрисдикция украинского суда основана не на добровольном отказе РФ от иммунитета, а на принудительном его лишении в силу местного закона. Однако этот закон не может действовать экстерриториально. Соответственно, голландскому суду следовало оценить, есть ли в его собственном законодательстве исключения, позволяющие игнорировать иммунитет РФ в процессе выдачи экзекватуры, и в случае их отсутствия снять арест.

Следующий неоднозначный вопрос возникает в связи с тем, что спор о прокалывании корпоративной вуали был выделен в самостоятельный процесс, в котором РФ не является ответчиком. Здесь, однако, нужно обратить внимание на то, что в мировой практике такие споры рассматриваются в рамках исполнительных процедур. Именно так обстояло дело и в случае с ВЭБ.РФ. Судебные акты по вопросам исполнения судебного решения не являются решением по существу дела, а потому не подлежат и признанию в иностранных юрисдикциях.

---

[66] Rechtbank Den Haag. Zaak- / rolnummer C/09/669702/ KG ZA 24-673, https://uitspraken.rechtspraak.nl/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2024:13221.

[67] *Вялков А.В.* Указ. соч.

Поэтому вывод гаагского суда о том, что позиция Верховного Суда Украины касается взыскания не только на украинской территории, несостоятелен.

Предъявление самостоятельного иска подразумевает установление самостоятельных оснований ответственности лица. Если же единственным основанием иска является доктрина альтер эго, то его рассмотрению должен препятствовать принцип *res judicata*, поскольку его следует расценивать как предъявленный к тому же лицу по тем же основаниям.

Из этого можно сделать вывод, что выдача экзекватуры на такое решение должна исключаться по соображениям публичного порядка, причем обоснование этому возможно двоякое. Во-первых, признание и исполнение такого решения по изложенным причинам может трактоваться как привлечение лица к двойной ответственности. Во-вторых, искусственное разделение взыскания с государства и с подконтрольных ему лиц для дальнейшего исполнения в третьих странах представляет собой обход законодательства таких стран о суверенном иммунитете. Юрисдикция по привлечению лица к ответственности как альтер эго государства производна от наличия юрисдикции в отношении самого государства. Поэтому отсутствие последней исключает и первую – даже если заинтересованное лицо пытается создать впечатление, что речи о юрисдикции над государством не идет.

В этом плане замечательным примером является недавнее американское дело *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Federation*[68]. Спор имеет давнюю предысторию. Еще в 2004 году иудейская религиозная организация «Агудас Хасидей Хабад» (далее – **Хабад**) предъявила в федеральный суд США иск к РФ с требованием о возврате «Собрания Шнеерсона» – коллекции религиозных текстов, национализированной советскими властями в XX в. Россия возражала против юрисдикции американского суда. Однако суд обосновал ее нормой, позволявшей при определенных условиях рассматривать требования к иностранным государствам, вытекающие из экспроприации имущества в нарушение международного права.

В итоге решение было вынесено в пользу истца, а на РФ наложен астрент за его неисполнение (к 2024 году его сумма достигла 175 млн долларов). В попытках взыскать присужденные штрафы Хабад подал ходатайство об аресте активов Tenex-USA и Tenex JSC (американских

[68] *Agudas Chasidei Chabad of United States v. Russian Fed'n*, 110 F.4th 242 (D.C. Cir. 2024), https://casetext.com/case/agudas-chasidei-chabad-of-united-states-v-russian-fedn-5.

компаний, подконтрольных ГК Росатом), а также ВЭБ.РФ как альтер эго России.

По жалобам ответчиков суд пересмотрел вопрос о наличии у РФ иммунитета по делу. По неясным причинам при рассмотрении иска по существу он практически никак не анализировался, а уже после рассмотрения дела был выработан ряд прецедентов, толкующих релевантное изъятие из иммунитета в пользу РФ. Апелляционный суд применил это толкование и постановил, что суд не обладал юрисдикцией в отношении РФ, а «требования Хабад в отношении этих активов полностью производны от его требований в отношении активов Российской Федерации. А без действительного судебного решения против Российской Федерации у него больше нет таких требований».

5. Заключение

Подводя итог, нужно признать, что суверенный иммунитет продолжает терять свои позиции как средство защиты государства во многих иностранных юрисдикциях. В частности, он малоэффективен против признания и приведения в исполнение решений инвестиционного арбитража. Аналогичным образом применение доктрины альтер эго для взыскания государственных долгов с государственных компаний представляет собой вполне устоявшуюся международную практику. Можно сказать, что события 2022 года практически не повлияли на эти тенденции, которые сформировались задолго до них.

С точки зрения защиты интересов суверена и государственных предприятий акцент смещается на конкретные фактические обстоятельства, не позволяющие признать компанию альтер эго государства. В качестве защитной меры также возможна реструктуризация владения активами. Однако, во-первых, она не всегда спасает от применения доктрины альтер эго (например, так было в делах против Конго). Во-вторых, ей часто препятствуют масштабные блокировки активов в связи с санкциями.

Можно прогнозировать, что реакция на подобные тенденции будет происходить на более системном уровне. В свое время отказ западных государств от доктрины абсолютного иммунитета вынудил остальные юрисдикции также перейти к ограниченному иммунитету, чтобы исправить возникший дисбаланс. Подобным образом можно ожидать, что российский правопорядок будет более активно приспосабливаться к современным трендам. В частности, по примеру дела «Татнефти» сложится устойчивая судебная практика о признании арбитражного

соглашения отказом от иммунитета в отношении признания и исполнения арбитражных решений. Также, вероятно, российские суды начнут активно применять доктрину альтер эго для привлечения иностранных компаний к ответственности по государственным долгам.

В то же время после 2022 года украинские компании и граждане стали крайне активно прибегать к исключению *jus cogens* в обоснование юрисдикции государственных судов над РФ. Подход украинских судов к этому вопросу понятен, и по очевидным причинам не стоит ожидать его изменения. Однако такое изъятие из суверенного иммунитета еще не настолько широко признано в международном праве. В этом отношении российские государственные компании, привлекаемые к ответственности как альтер эго государства, все еще могут активно противодействовать попыткам иностранных кредиторов признать и привести в исполнение украинские судебные решения.

STATE-OWNED COMPANIES, STATE DEBTS, AND THE DOCTRINE OF ALTER EGO

Vladislav Starzhenetskiy*,
PhD in Law,
Associate Professor of the International Law Department,
HSE University,
Head of the HSE Laboratory of International Justice

Sabina Geydarova**,
Junior case-counsel at the Russian Arbitration Center
at the Russian Institute of Modern Arbitration (RAC at RIMA),
HSE University (International Law Department)

Abstract:

The Article considers the application of the alter ego doctrine to state-owned companies and explores the potential for holding such companies liable for State debts. The analysis focuses on the rule of separate legal personality in International law, exceptions to this rule, international and domestic approaches to the application of the alter ego doctrine in cases involving state-owned companies. The Article also addresses the issue of applicable law in instances where this doctrine is invoked, offering a critical overview of the existing legal framework governing legal status, the liability of state-owned companies, and associated legal risks.

Key words: *stated-owned companies, separate legal personality, the doctrine of alter ego, state responsibility.*

* *Vladislav Starzhenetskiy* – PhD in Law, Associate Professor of the International Law Department, HSE University, Moscow, Russia; vstarzhenetskiy@hse.ru

** *Sabina Geydarova* – junior case-counsel at the Russian Arbitration Center at the Russian Institute of Modern Arbitration (RAC at RIMA), HSE University (department of "International Law"), Moscow, Russia; sgeydarova@centerarbitr.ru

Аннотация:

В статье рассматривается применение доктрины alter ego к компаниям с государственным участием и изучается возможность привлечения таких компаний к ответственности по долгам государства. Анализ посвящен применению принципа separate legal personality в международном праве, исключениям из этого правила, а также международным и национальным подходам к применению доктрины alter ego в делах с участием государственных компаний. Кроме того, в статье рассматривается вопрос о применимом праве в случаях, когда доктрина alter ego применяется международными трибуналами и национальными судами, и предлагается критический обзор существующей правовой основы, регулирующей правовой статус государственных компаний, возможность привлечения их к ответственности за действия государств и связанные с этим правовые риски.

Ключевые слова: *компании с государственным участием, государственные компании, separate legal personality, доктрина alter ego, ответственность государственных компаний за действия государства, долги государства.*

I. Introduction

The role of the state in the national economy may differ significantly from country to country. There are countries (many Western jurisdictions, for example) where its role is mostly limited to regulatory powers. But there are also countries such as Russia, China, the republics of Central Asia and some other jurisdictions where the role of the State is particularly large due to many historic, social, and political reasons. The State there remains one of the main driving forces in the national economy, it stimulates economic growth, fosters investments, and develops infrastructure, etc. In pursuing these goals, the State often uses corporate law instruments, it may establish legal entities, take active part in their management and corporate governance[1],

[1] For example, "Golden share" rules. Following their introduction in the UK, golden shares were widely used in the 1980s and 1990s by governments of other European countries and Russia as part of the privatisation process. In Russia, the term golden share is a special right of Russia to participate in the management of some joint-stock companies of critical economic importance under special provisions of the Federal Law of December 21, 2001, №178-FZ "On the privatization of state and municipal property" (Art. 38) after privatiza-

control companies in critical sectors of the economy, buy/sell shares, receive dividends, etc.

According to corporate law in the vast majority of jurisdictions, companies that are created or owned (fully or in part) by the State enjoy a *separate legal personality*, distinct from the State, have autonomy in decision-making and are not liable for the State's debts.

However, recently we can observe that the issue of the separate legal personality of state-owned companies or companies with the participation of the State (in this Article we will use the term "*state-owned companies*" or "*SOC*" for both instances) is increasingly being questioned. The involvement of the State in the legal entity's corporate structure may entail various unfavorable consequences for such a legal entity and its affiliated companies ranging from sanctions to the application of alter ego doctrine which allows the fundamental principle of separate legal personality to be ignored. The latter perspective is very attractive for those who hunt for state assets, trying to enforce investment or commercial arbitration awards, judgements of national courts rendered against other States[2]. As pointed out by Sinclair and Stranger-Jones "the assets of state entities are an attractive target, as they are often substantial, readily identifiable, and more easily seized than assets of other types of state organs or agencies."[3]

Proponents of the alter ego doctrine provide sophisticated legal arguments substantiating why assets of such SOC can be seized and subsequently used in order to satisfy outstanding arbitration awards or judgements rendered against States. This in turn raises many important legal issues such as the legal status of SOC in international law, liability of SOC for State's debts, remedies available against disproportionate interference into their property and corporate rights, the predictability and certainty of existing regulation, the compatibility of the alter ego doctrine with customary international law, etc.

In this Article we examine the rule of separate legal personality, its application to state-owned companies, exceptions to this rule, and the doctrine of alter ego in particular, recent examples of its application to different SOC, the legal criteria used to establish that corporate entity represents an alter ego

tion in order to prevent dilution of the assets of such companies, the leakage of technologies, and the transfer of control, protect security interests, etc.

[2] This is especially relevant for Russia in light of the Yukos proceedings, Crimea investment arbitration awards, judgements of Ukrainian courts which hold Russia liable for damages caused to Ukrainian companies, etc.

[3] Sinclair A., Stranger-Jones D. Execution of Judgments or Awards against the Assets of State Entities // Disp. Resol. Int'l. – 2010. – T. 4. – C. 96.

of the State and also provide critical assessment of the current trends. By way of disclaimer, we would like to point that this research does not include instances when SOC holds, uses, or manages assets of the State but formally does not have title to them.

II. Relevance of the problem

Two recent cases involving the application of the alter ego doctrine to Russian corporate entities are illustrative examples of the problem.

1. VEB RF case

The alter ego doctrine in its "pure form" was applied in the decision of the Supreme Court of Ukraine of 20.07.2022 in case № 910/4210/20 ("*decision of the Supreme Court of Ukraine*"). In that case, Russia was ordered to compensate the Ukrainian company Everest ("*Everest*"), which intended to enforce an arbitral award in Ukraine against VEB.RF, for the unlawful expropriation of property based on the decision of the international investment Arbitral Tribunal. The Supreme Court of Ukraine stated: "[t]hat means that SDC "VEB.RF" is essentially *a body of the Russian Federation*, as it pursues the goals, functions and tasks inherent in state bodies, is under the close control of the Russian Federation to the extent that *it is its alter ego ("second self")* and the property which the state disposes of as its own. Accordingly, the Supreme Court considers that the courts of previous instances made a generally correct conclusion [...] that the property of SDC "VEB.RF", which is located in the territory of Ukraine, *can be executed against for the debts of the Russian Federation*."[4]

The Supreme Court of Ukraine identified VEB.RF as an alter ego of Russia based on the Arbitral Tribunal's Partial Award on Preliminary Objection[5]. In that international investment case, the Arbitral Tribunal analyzed whether VEB.RF was an arm of the Russian State, and further or alternatively, an agent of the Russian State and/or an entity that exercises essentially governmental functions[6].

[4] Supreme Court of Ukraine. Decision of July 20, 2022, in case №. 910/4210/20, para. 120.

[5] *State Development Corporation "VEB.RF" (Russian Federation) v. Ukraine*, SCC Partial Award on Preliminary Objections, 31 January 2021, para. 151.

[6] Without going into the details of the case, it is worth describing the parties' position and the Arbitral Tribunal decision over the issue. As a starting point, Ukraine stated that VEB.RF cannot be considered as the "investor" under the Russian-Ukrainian BIT 1998, as it is a State body and the Russian Government controls it. VEB.RF, instead, argued that despite the Russian

According to the Arbitral Tribunal's opinion, "[w]ith no other shareholders or participants that are stakeholders in the Claimant [*VEB.RF*], there is no other participant – other than the government – that can control its activities. Indeed, it appears that the legal form of a State Corporation was chosen in order to ensure State control over its activities."[7] Therefore, for the Tribunal there was "no reasonable doubt, on the basis of the evidence submitted to date, that the government exerts comprehensive control over it, both as a matter of law and fact."[8] Nevertheless, the Tribunal stressed that it remains to be seen how those issues may be relevant to the merits of the dispute. The case is still pending at the time of writing of this Article.

2. Gazprom International Limited case

Another example of direct application of the alter ego doctrine is the recent case of Gazprom International Limited v. Asset Management Company Slavutych-Invest.

In 2023 Slavutich, a Ukrainian company, brough the claim to the Commercial Court of the Zaporizhzhya region ("*Commercial Court*") of Ukraine against Russia seeking compensation for the lost assets in Melitopol, that became a part of Russia after 24 February 2022. The Commercial Court stated that "[t]he Russian Federation [...] committed actions that deprived the Claimant [*Slavutych*] of the possibility to exercise his right of ownership to property, the possibility of access to his property, own, use, and dispose of it."[9] The claim was granted, and the Commercial Court ordered Russian government to "compensate damages to the amount of UAH 439 mln"[10] (approximately USD 15 mln) for the infringement of Slavutych's property rights.

Government participation, it is still a legal entity which has commercial activities. The BIT Tribunal said the BIT did not exclude claims by VEB.RF that was owned or controlled by the Russian State, was an "*arm*" or agent of the state or exercised essentially governmental functions. The Tribunal also found it sufficient that VEB.RF satisfied the express definition of an "investor" in the BIT, namely incorporation in the home state and capacity to make investments in the host state. In the Tribunal's opinion, VEB.RF "a State Corporation that is established under a Special Federal Law, which replaces its corporate charter and other constituted documents. As such, it is a non-profit legal entity, that features the State as its founder throughout its existence, and that has no shareholders or other interested stakeholders."

[7] *Ibid*.

[8] *Ibid*. Para. 161.

[9] Commercial Court of the Zaporizhzhia region of Ukraine. Decision of May 4, 2023, in case № 908/1955/22 (908/747/23).

[10] *Ibid*.

A year after, relying on the Commercial Court decision Slavutych commenced a new proceeding in the same Court against Gazprom, imposing liability for material damage in respect of Slavutych's assets. In support of its claims, Slavutych argued that Gazprom is *an alter ego of Russia, therefore jointly and severally liable for Russia's debts*, including damages that Russia is obliged to compensate according to the previous Commercial Court decision[11].

In favor of this proceeding, Slavutych secured a conservatory attachment (arrest) in the Netherlands by seizing Gazprom's shares in Wintershall Noordzee B.V., a Dutch company. Gazprom requested to remove the arrest and terminate the proceedings with a prohibition for Slavutych to reapply to the Hague District Court with a claim for the recognition and enforcement of a future Ukrainian Court decision on the same subject matter and on the same grounds. One of Gazprom's arguments was that Ukrainian Court decisions against it could not be enforced in the Netherlands due to protections under an investment treaty between the Netherlands and the former USSR ("BIT between Netherlands and USSR"), and that Russia enjoys state immunity[12].

The Hague District Court examined possible grounds for refusal to recognize and enforce Ukrainian judgement that were provided by Gazprom, such as BIT between Netherlands and USSR or State immunity[13].

According to Slavutych's position, the enforcement of the decision against Gazprom can be recognized and enforced in the Netherlands as Gazprom can be identified with Russia *under Ukrainian law*. This conclusion is also supported by the decision of the Supreme Court of Ukraine of 20.07.2022 in case № 910/4210/20, mentioned earlier and where it stated that a legal entity may be identified with a State under certain circumstances in the sense that the assets of such entity may be foreclosed to repay the debt of the respective State[14]. Gazprom did not challenge the possibility of identifying a legal entity and the State under Ukrainian law, however, it objected to the possibility of foreclosure on the assets of such a legal entity outside of Ukraine. Gazprom also argued that Ukrainian law is not applicable to the question of Gazprom's

[11] Commercial Court of the Zaporizhzhia region of Ukraine. Determination of May 27, 2024, in case № 908/1955/22 (908/1534/24).

[12] *Gazprom International Limited v. Asset Management Company Slavutich-Invest*, Summary judgment of the Hague District Court, 15 August 2024, para. 3.1–3.2.

[13] *Ibid*. Para. 4.21.

[14] *Ibid*. Para. 4.22.

liability as an alter ego of Russia for Russia's debts and the Hague District Court should apply Russian law[15].

During the proceedings in the Hague District Court, Gazprom noted that the wording "which is located in the territory of Ukraine" means that the identification of Gazprom and Russia is admissible only if *this procedure would refer to the sale of assets in Ukraine*. However, in the present dispute the circumstances are different – Gazprom has no assets in Ukraine. The Hague District Court did not agree with Gazprom's position. In the cited decision of the Supreme Court of Ukraine it was indeed stated that the case concerned assets in Ukraine, but it does not follow that Ukrainian law should be assessed differently when it comes to assets outside Ukraine. Thus, Gazprom's arguments to the contrary are untenable[16].

The key question in both cases concerns the rule of a separate legal personality/identity of legal entities under international law and possible exceptions to this rule.

III. The Rule of Separate Legal Personality in International Law

The separate legal personality rule is well recognized both in national[17] and international law, and means that a company (or any other legal person) is a distinct legal subject different from its founders, members, or shareholders. Accordingly, a company is capable of enjoying rights and being subject to duties that are not the same as those enjoyed or borne by its members. It can also sue and be sued in its own name, acquire property, discharge obligations, etc. The State and its bodies are not liable for the obligations of a company, just as a company is not liable for the obligations of the State and its bodies.

[15] The Hague District Court had to analyze the applicability of *"reverse piercing of the corporate veil" concept*, which was on the Slavutych's positions. Gazprom referred to Maxim Kuzmin's expert report, who analyzed the possibility of reverse piercing of liability (the reverse piercing of the corporate veil) under the Russian law. Slavutych, in turn, asserted that, although it may not be common, identification is also possible under Russian law. It has explicitly referred to recent examples of Russian cases (however, they were not mentioned in the Hague District Court decision) in which the Russian courts have identified non-Russian entities with and held them jointly and severally liable for debts of group companies.

[16] *Gazprom International Limited v. Asset Management Company Slavutych-Invest*, Judgment of the Hague District Court, 15 August 2024, para. 4.25.

[17] One of an underpinning feature of company laws in numerous jurisdictions is the principle of "*separate legal personality*" (also known as "*veil of incorporation*"), which distinguishes the legal identity of a company from its shareholders. This principle was recognized in *Salomon v Salomon & Co Ltd* case, in which the House of Lords laid down the principle that a company is a distinct legal person entirely different from the members of that company (now this principle is known as the "*Salmon principle*") [*Salomon v. Salomon & Co Ltd* [1897] AC 22].

At the international level, even if not explicitly, the rule of separate legal personality is recognized in Chapter III of the ILC Articles on Diplomatic Protection dedicated to the diplomatic protection of legal persons. According to the Commentary to the ILC Articles on Diplomatic Protection "[a] legal system may confer legal personality on whatever object or association it pleases."[18] Legal persons may "qualify for diplomatic protection if injured abroad, provided that they are autonomous entities not forming part of the apparatus of the protecting State."[19]

The international law of state responsibility rests on identical assumptions about the distinct legal personality of companies and other legal entities. Their conduct is not attributable to the State unless persons or entities exercise elements of governmental authority (Art. 5 of the ILC Draft Articles on State Responsibility – "*ARSIWA*", "*ILC Articles*") or their conduct is directed or controlled by the State (Art. 8 of the ARSIWA). The term "entity" includes different bodies, such as "public corporations, semi-public entities, public agencies of various kinds and even, in special cases, private companies, provided that in each case the entity is empowered by the law of the State to exercise functions of a public character normally exercised by State organs."[20]

The State's ownership of an entity does not defeat the separate legal personality rule. For example, in The *Islamic Republic of Iran v. United States of America* (*"Certain Iranian Assets" case*) the ICJ examined whether Iranian companies, despite being majority or wholly state-owned, could be considered distinct from the Iranian government and thus entitled to the protection under the Treaty of Amity 1957 ("*Treaty*"). The Court noted that under the Treaty an entity may be characterized as a "company" if "it has its own legal personality conferred on it by the law of the State in which it was created."[21] The state-owned company (wholly or partly owned by the State) "may constitute a "company" within the meaning of the Treaty" as the Treaty itself makes no distinction between private and public enterprises[22].

In the decision of the Privy Council on appeal from the Jersey Court of Appeal *in La Générale des Carrières et des Mines v. FG Hemisphere Associates*

[18] Commentary to the ILC Articles on Diplomatic Protection, commentaries to Article 13, para. 2.

[19] *Ibid*. Para. 4.

[20] Commentary to the ICL Articles, commentaries to Article 5, para. 2.

[21] *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 37, para. 87.

[22] *Ibid*.

LLC (Gécamines), where the Privy Council examined whether the actions of the state-owned company Gécamines can be attributable to the Democratic Republic of the Congo ("*DRC*"), the Privy Council confirmed that despite the State creating a separate legal entity for what appears to be commercial or industrial purposes, "the strong presumption is that its separate corporate status should be respected, and that it and the State forming it should not have to bear each other's liabilities."[23] As the Privy Council pointed out, "constitutional and factual control and the exercise of sovereign functions do not without more convert a separate entity into an organ of the State."[24]

An analogous conclusion was reached in *Tulip Real Estate and Development Netherlands BV v. the Republic of Turkey*, where the investment Arbitral Tribunal did not accept that "[...] as a matter of international law, majority ownership of an entity by the State gives rise to a presumption of statehood in respect of that entity. The conclusion of the Tribunal is that there is no basis under international law to conclude that ownership of a corporate entity by the State triggers the presumption of statehood."[25]

International State Immunity law also follows the separate legal personality rule. Art. 10 (3) of the UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property of 2004 ("*UN Convention on State Immunity*") expressly states that "where a State enterprise or other entity established by a State which has an independent legal personality [...] is involved in a proceeding which relates to a commercial transaction in which that entity is engaged, the immunity from jurisdiction enjoyed by that State shall not be affected". State Immunity would only be relevant to the extent that a SOC is exercising sovereign authority of the State and falls under definition of a State under Art. 2(1)(b) of the Convention.

A violation of the separate legal personality rule may have serious legal implications. It can breach obligations under international investment law, and violate norms on fair and equitable treatment, non-discriminatory treatment[26], duty to pay compensation for expropriation, etc.

---

[23] [2012] UKPC 27. Privy Council Appeal No 0061 of 2011, 17 July 2012, para. 29.

[24] *Ibid*. Para. 29.

[25] *Tulip Real Estate Investment and Development Netherlands B.V. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/11/28, 28 October 2011, para. 289.

[26] These violations were, *inter alia*, pointed out by Gazprom during the proceedings in the Hague District Court. Gazprom invoked the provisions of the BIT between the Netherlands and USSR and affirmed that the Netherlands should avoid taking unreasonable or discriminatory measures under Art. 3(1) of the BIT against Gazprom [*Gazprom International Limited v. Asset Management Company Slavutich-Invest*, Judgment of the Hague District Court, 15 August 2024, para. 4.39]

For instance, in the previously mentioned *Certain Iranian Assets case* the ICJ analyzed whether the USA disregarded the legal personality of the Iranian companies through its legislative, executive, and judicial measures and whether this was justified. The ICJ stressed that the U S legislative measures[27] disregarded the Iranian companies' own separate legal personality "making it possible to impair their legally acquired rights and interests, namely those related to their ownership of, or interest in, the assets liable to attachment and execution."[28] The ICJ noted that "in the case concerning Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain) [...] "the process of 'lifting the corporate veil' or 'disregarding the legal entity' has been found justified and equitable in certain circumstances or for certain purposes"."[29] However in the present case the ICJ considered that disregarding the legal entity in such circumstances is not justified[30]. Therefore, the ICJ concluded that the legislative and judicial measures were unreasonable, in violation of the obligation under Art. IV(1) of the Treaty[31].

IV. Exceptions

The above provisions of international law and case law examples convincingly demonstrate the global recognition of the separate legal personality rule for SOCs. It is acknowledged that a SOC, despite being owned or controlled by a government, should be treated as a distinct legal entity from the State itself. However, there are specific circumstances when the rule of separate legal personality may be disregarded. These are instances when the entity is nothing more than an organ of the State or when it lacks a separate legal identity (the *doctrine of alter ego* or the *emanation of State*) and the ""corporate veil" is a mere device or a vehicle for fraud or evasion."[32]

[27] "Section 201 (a) of TRIA refers to "the blocked assets of any agency or instrumentality". Section 1610 (g) (1) of the FSIA refers to "the property of an agency or instrumentality", expressly including "property that is a separate juridical entity or is an interest held directly or indirectly in a separate juridical entity"." [*Ibid*. P. 105, para. 150].

[28] *Ibid*. P. 106, para. 150.

[29] *Ibid*. P. 107, para. 155.

[30] *Ibid*.

[31] *Ibid*. P. 107, para. 156.

[32] Commentary to the ILC Articles, commentaries to Article 8, para. 6. In *Barcelona Traction case*, the ICJ also acknowledged that corporate entities have separate legal personality, except in the special cases where the "corporate veil" conceals the fraud: "the process of lift-

1. Alter Ego of the State

If an entity serves as the organ of the State, this would logically bring us to the conclusion that such entity lacks a distinct corporate identity and may be equated with the State. Usually it does not raise any concerns if we deal with a body that is empowered by the law of the State to exercise governmental authority and is part of the government structure. The term "organ of the State" covers "all the individual or collective entities which make up the organization of the State and act on its behalf."[33] Even if under relevant national laws entities, such as ministries, agencies, departments may have separate legal personalities with separate liabilities and accounts, they are still regarded as the "State" under the international law according to the principle of the unity of the State enshrined in Art. 4 of the ILC Articles.

However, as it was stressed by the ILC, "in some systems the status and functions of various entities are determined not only by law but also by practice, and reference exclusively to internal law would be misleading. The internal law of the State may not classify, exhaustively or at all, which entities have the status of "organs". In such cases, while the powers of an entity and its relation to other bodies under internal law will be relevant to its classification as an "organ", internal law will not itself perform the task of classification."[34] It is the case of so called "*de facto organs*"[35], which may be relevant to qualification of the SOCs legal status.

The distinction between *de jure* and *de facto* organs can be clarified by reference to the ICJ's judgment in the *Bosnian Genocide case*, where the Court stated that "[t]he answer [...] depends on [...] whether those persons were in a relationship of such complete dependence on the State that they cannot be considered otherwise than as organs of the State, so that all their actions

ing the veil, being an exceptional one admitted by municipal law in respect of an institution of its own making, is equally admissible to play a similar role in international law It follows that on the international plane also there may in principle be special circumstances which justify the lifting of the veil in the interest of shareholders" [*Barcelona Traction, Light & Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*, Second Phase, ICJ Rep. 1970 p. 3, 39; *Crawford J.* State Responsibility: The General Part. – 2013, p. 161.].

[33] Commentary to the ILC Articles, commentaries to Article 4, para. 1.

[34] *Ibid*. Para. 11.

[35] *Gallus N.* State enterprises as organs of the state and BIT claims //The Journal of World Investment & Trade. – 2006. – T. 7. – No. 5.; Viñuales J. E. Attribution of conduct to States in investment arbitration // ICSID Reports. – 2022. – T. 20. – P. 44.

performed in such capacity would be attributable to the State for purposes of international responsibility."[36]

The UN Convention on State Immunity also supports a broad approach to the definition of organs of the State. Art. 2(1)(b) of the Convention contains a rather wide-ranging definition of "the State", which embraces "State enterprises and other entities established by the State performing commercial transactions"[37]. This can include "state tourism boards, state commodity boards, sovereign wealth funds established by a State for a specific purpose"[38].

Thus, there is a broad spectrum of SOCs some of which may serve as a public body, *de facto* state organ and instrumentality of the State while others represent separate and independent legal persons. The decisive factor for legal qualification here would be the character of its links to the State and presence (of lack thereof) of an autonomous legal identity, which requires the consideration of many relevant circumstances. This conclusion is supported by the relevant case law.

2. International and Domestic Case law

a) International Case Law

In the *Certain Iranian Assets* case the ICJ dealt with the issue of whether the Bank Markazi (Central Bank of Iran) falls within the meaning of a "company" under the US-Iran Treaty. The ICJ pointed out that Iran's argument for classifying Bank Markazi as a "company" is mainly based on its purchase of 22 security entitlements in dematerialized bonds from the U.S. financial market between 2002 and 2007, as well as its management of the proceeds from those entitlements[39]. However, in the ICJ's opinion, "these operations are not sufficient to establish that Bank Markazi was engaged, at the relevant time, in activities of a commercial character" as such activities were "merely a way of exercising its sovereign function as a central bank, and not

[36] Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro, Judgment, Merits, ICJ GL No 91, ICGJ 70 (ICJ 2007), 26th February 2007, United Nations [UN]; International Court of Justice [ICJ], para. 397.

[37] ILC Commentary on Draft Articles on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, Yearbook of the International Law Commission 1991, vol. II (2), draft art. 2 par. 15.

[38] *O'Keefe R., Tams C. J., Tzanakopoulos A. (ed.).* The United Nations Convention on jurisdictional immunities of states and their property: a commentary. – Oxford University Press, 2013. – P. 50.

[39] Certain Iranian Assets (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), Judgment, I.C.J. Reports 2023, p. 79, para. 49.

commercial activities performed by Bank Markazi "alongside [its] sovereign functions." For these reasons the ICJ concluded that Bank Markazi cannot be characterized as a "company" within the meaning of the Treaty.

According to the case law of the European Court of Human Rights "in assessing whether a company enjoyed sufficient operational and institutional independence from the State" a wide range of factors needs to be taken into account, "none of which is determinative on its own". The key criteria used to determine whether the State was indeed responsible for such debts were as follows: the company's legal status (under public or private law); the nature of its activity (a public function or an ordinary commercial business); the context of its operation (such as a monopoly or heavily regulated business); its institutional independence (the extent of State ownership); and its operational independence (the extent of State supervision and control)[40]. In many cases related to Russia the ECtHR found that Russian SOCs lacked sufficient operational and institutional independence from the State.[41]

The legal status of SOCs often becomes the subject of consideration in investment arbitration. For example, in *Maffezini v. Spain* the Tribunal applied a two-fold test: *structural* and *functional*. Under the *structural test* the Tribunal identified several key points: independence of the legal personality, regulation of the entity under the domestic law, position in the state hierarchy and whether legal entity has a private or a public nature[42]. Under the *functional test* the Tribunal relied on "other elements to which international law looks," such as "the control of the company by the State or State entities, and the objectives and functions for which the company was created."[43] These two tests are not interchangeable, but complement each other because "the structural test by itself may not always be a conclusive determination of whether an entity is an organ of the State or whether its acts may be attributed to the State."[44]

In the *Almås v. Poland* case, the Tribunal, analysing whether the Polish Agricultural Property Agency ("*ANR*") is a State organ or not, concluded that "ANR is not a State organ under the domestic law of Poland. It has a separate

[40] *Liseytseva and Maslov v. Russia*, Nos. 39483/05 and 40527/10, 9 October 2014, para. 187.

[41] *Shlepkin v. Russia*, No. 3046/03, 1 February 2007; *Grigoryev and Kakaurova v. Russia*, № 13820/04, 12 April 2007; and *Aleksandrova v. Russia*, No. 28965/02, 6 December 2007; *Yershova v. Russia*, № 1387/04, 8 April 2010.

[42] *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of 13 November 2000, para. 50.

[43] *Ibid*. Para. 50.

[44] *Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award on Jurisdiction of 25 January 2000, para. 79.

legal personality and exercises operational autonomy."[45] The Tribunal considered "factors, such as the performance of core governmental functions, direct day-to-day subordination to central government, or lack of all operational autonomy." To support its position, the Tribunal referred to Art. 3 of the 1991 Act, which establishes ANR as "a state legal entity" and it is "supervised by the minister for rural development."[46] Under Art. 5 of the 1991 Act ANR was authorized to "perform on its own behalf the rights and obligations related to State agricultural property."[47] In light of this, the Tribunal concluded that ANR cannot be considered a State organ under Polish law[48].

Similar arguments were considered by the Arbitration Tribunal in the VEB.RF case. According to the Expert Report of Professor Asoskov, who was appointed by VEB.RF, the state-owned company "is fundamentally different to a Russian State organ" as (1) it "is not part of the system of Russia's State organs (*federal ministries; federal services and federal agencies – authors addition*) and does not have any sovereign power or protection that a State organ would have," (2) "not a *sui generis* type of legal entity used in the public sector of the Russian economy" and (3) VEB.RF's corporate governance "is similar to that of joint stock companies and includes a Supervisory Council, Management Board and Chairman (the CEO)."[49]

The Tribunal examined the "*corporate structure*" of VEB.RF and pointed out that "[t]he Chairman of the Supervisory Board must be the Prime Minister of the Russian Federation as *a matter of law*, and as *a matter of fact* the other members of the supervisory board are senior Government officials, including Deputy Prime Ministers and Ministers. [...] the only member of the Supervisory Board who is neither a Prime Minister, Deputy Prime Minister or Minister is the Chairman of the Management Board of VEB.RF, who in turn is appointed and dismissed by the President of the Russian Federation."[50] In the Tribunal's opinion, the governmental structural and financial control seems to align with VEB's role as a "state financial development institution," as outlined in the Explanatory Note to the Draft VEB.RF Law. While Article 6(1) of the VEB.RF Law asserts that government authorities "may not inter-

[45] *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, PCA Case № 2015-13, para. 209.

[46] *Ibid*. Para. 209.

[47] *Ibid*.

[48] *Ibid*.

[49] *Ibid*. Para. 104.

[50] *Ibid*. Para. 164.

fere in VEB.RF's activities aimed at achieving its business purposes specified in this Federal Law unless otherwise provided for by this Federal Law or any other federal laws," the evidence currently available to the Tribunal suggests that VEB.RF's policy function as a development bank is closely tied to Russian Government policy[51].

There is also a growing number of national court decisions that address the legal status of foreign SOCs.

b) United States of America

In the USA, the alter ego doctrine was first applied in the *Minifie v. Rowley* case, where the Superior Court of the City and Count y of San Francisco held two conditions to determinate the alter ego of a company: "[f]irst, that the corporation is not only influenced and governed by that person, but that there is such a unity of interest and ownership that the individuality, or separateness, of the said person and corporation has ceased; second, that the factors are such that an adherence to the fiction of the separate existence of the corporation would, under the circumstances, sanction a fraud or promote injustice."[52] Therefore, to demonstrate that a corporation is an alter ego, "a plaintiff must show that the corporation and its shareholders are fundamentally *indistinguishable*."[53]

In terms of SOCs and the application of the alter ego doctrine to them, in the landmark case *First National City Bank v Banco Para El Comerica Exterior de Cuba* the U.S. Supreme Court upheld strong presumption that government instrumentalities have a separate legal identity from their parent governments. However, this presumption can be overcome "where a corporate entity is so extensively controlled by its owner that a relationship of principal and agent is created" and "one may be held liable for the actions of the other."[54] In that case the U.S. Supreme Court treated Bancec as an alter ego of the Cuban government, disregarding its corporate identity as "Bancec [was] not a mere private corporation, the stock of which [was] owned by the Cuban Government, but an agency of the Cuban Government in the conduct of the sort of matters which even in a country characterized by private capitalism, tend

[51] *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, PCA Case № 2015-13, para. 167.

[52] *Minifie v. Rowley*, 187 P.2d 128 (Cal. 1947). Para. 487.

[53] *Cheng T. K.* The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines // BC Int'l & Comp. L. Rev. – 2011. – T. 34. – P. 382.

[54] *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. (1983), para. 629.

to be supervised and managed by Government."[55] However the Supreme Court refused to rule that "a trading corporation wholly owned by a foreign government, but created and operating as a separate juridical entity, is an alter ego of that government for the purpose of recovery for wrongs of the government totally unrelated to the operations, conduct, or authority of the instrumentality."[56]

In *Transamerica Leasing, Inc. v. La Republica de Venezuela* the U.S. District Court for the District of Columbia reiterated that "[a] sovereign does not create an agency relationship merely by owning a majority of a corporation's stock."[57] The District Court held that an alter ego relationship exists when "affairs of the group may be so intermingled that no distinct corporate lines are maintained," for instance, if a parent corporation uses its subsidiary's "profits for its own purposes" or "control[s] [...] the company's accounts."[58]

Similar conclusions were reached by the U.S. District Court for District of Columbia in *Amaplat Mauritius LTD. v. Zimbabwe Mining Development Corporation, et al*. considering whether the Zimbabwe Mining Development Corporation ("*ZMDC*") is the alter ego of the Republic of Zimbabwe.[59] To assess ZMDC's connection to the Zimbabwean government, the court "coalesced around five factors", known as the "*Bancec factors*": "(1) whether the government exercises economic control over the entity, (2) whether government officials manage the entity or its daily affairs, (3) whether the entity's profits go to the government, (4) whether the government is the sole beneficiary of the entity's conduct, and (5) whether adherence to separate identities would entitle the foreign state to benefits in United States courts while avoiding its obligations."[60] Thus, the District Court found that the Republic of Zimbabwe "exercised significant economic control over ZMDC" as under the ZMDC Act, the Minister of Mines appointed the board members of ZMDC, and the government held at least 51% of ZMDC's shares, with any sale of shares

[55] *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. (1983), para. 618

[56] *Ibid*. Para. 619.

[57] *Transamerica Leasing, Inc. v. La Republica de Venezuela*, 200 F.3d 843, 847 (D.C. Cir. 2000), para. 849.

[58] *Ibid*. Para 849.

[59] Amaplat Mauritius LTD. v. Zimbabwe Mining Development Corporation, et al., case No. 22-cv-58 (CRC).

[60] *Ibid*. Para 1 "Alter Ego Relationship," para. 8.

requiring ministerial approval[61]. Although the District Court underlined that majority ownership and control do not automatically establish an alter ego relationship; however, in the case of the ZMDC, the Republic of Zimbabwe owned 100% of ZMDC's shares and the ZMDC Act granted the Minister authority to issue binding directives to ZMDC, which must be complied with promptly[62].

c) Canada and the United Kingdom

Canada has also relatively recently considered applying the alter ego doctrine to SOCs. In *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India* the Superior Court of Quebec ("*Superior Court*") examined whether the Airport Authority of India ("*AAI*") and Air India, Ltd. ("*Air India*") might be considered as alter egos of the Republic of India[63]. The Claimants justified for the application for seizure before judgment through garnishment against the assets of AAI and Air India based on the significant and extensive connection between these entities and Indian government[64]. The Superior Court "on a *prima facie* basis" found "AAI and Air India [were] the alter egos of the Republic of India for the purpose of the attachment of their respective assets to eventually serve to satisfy the amounts due pursuant to the Treaty Award."[65]

In terms of the UK approach, numerous English corporate veil cases also reflect elements of alter ego doctrine, concentrating on the economic substance of the corporation and the presence of improper conduct[66]. In *Trendtex v. Central Bank of Nigeria* the English Court of Appeal ("*Court of Appeal*") examined whether the Central Bank of Nigeria ("Bank") was an alter ego of

[61] *Ibid*. Para. 10.

[62] *Ibid*.

[63] Neither AAI or Air India were neither parties nor involved in the arbitration process, where the ICC Tribunal found in favour of the claimants and awarded them $562.5 million USD in damages plus 18% interest per annum from Antrix Corporation Limited ("*Antrix*"), a corporation wholly owned by the Republic of India.

[64] Judgment of the Superior Court of Quebec 2022 QCCS 7, para. 61. (The Claimants also pointed out that the Republic of India exercised an exceptionally high level of control over these SOCs, their assets, and operations, a degree of involvement that, according to the sworn declarations, exceeds the typical control a shareholder holds over its wholly owned corporation).

[65] *Ibid*. Para. 62.

[66] *Cheng T. K.* The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the US Corporate Veil Doctrines // BC Int'l & Comp. L. Rev. – 2011. – T. 34. – P. 381.

the Nigerian government and held that the Bank, despite some governmental functions and duties, was a separate entity[67]. The Court of Appeal underscored two crucial features that identified the Bank as an independent entity: (1) "the sole right of issuing notes [...] throughout Nigeria and neither the Federal Government nor any state government shall issue currency notes" and (2) "to act as banker and financial adviser to the Federal Government."[68]

On the other hand, *Walker International v Republique Populaire du Congo* is an illustrative example of recognizing the SOC as the State's alter ego since the Claimant succeeded in securing partial satisfaction of an arbitral award by establishing that a state-owned oil company (Société Nationale des Pétroles du Congo – "*SNPC*") lacked a separate legal personality from the Democratic Republic of the Congo. Additionally, it was determined that the assets of the SOC, along with those of a subsidiary it established, should be regarded as State assets, thus available to satisfy Congo's debts. The High Court of Justice of England and Wales ("*High Court*") examined several elements indicating SNPC's independence and separate legal personality, including its formal incorporation, the governance by its board of directors, and its seemingly commercial operations within the hydrocarbons sector. However, the High Court indicated that SNPC had a number of peculiarities in its operation that "is inconsistent with [SNPC] being a commercial company owned by the State," such as "unaudited and unverifiable compte courants [current accounts] with the State; it does not declare dividends and its profits do not return to the State in cash: instead it makes expenditures normally made by Government, such as paying for elections, peace initiatives and making donations by way of humanitarian aid."[69] Considering all these factors, the High Court found "SNPC [was] an organ of the [S]tate."[70] Therefore, SNPC's shares were available for execution as the SOC was an organ of the State[71] and this case evinced that "in English law, an award creditor may be able to enforce an award against a state against assets held in the name of a state entity."[72]

---

[67] *Trendtex v. Central Bank of Nigeria*, 2 W.L.R. (1977), para. 529.

[68] *Ibid*. Para. 574–575.

[69] [2005] EWHC 2813 (Comm). *Walker International Holdings Limited v. Caisse Congolaise d'Amortissement and Republique Populaire de Congo*, para. 97.

[70] *Ibid*. Para. 100.

[71] *Ibid*. Para. 127.

[72] [2009] EWHC 2898 (Comm). *Continental Transfert Technique Limited v. Federal Government of Nigeria*, Attorney General of the Federation, Minister of the Interior, para. 40.

d) Europe

In European practice, the national courts apply the so-called *"emanation of the State" doctrine* (which is essentially the alter ego doctrine). In *Foster and others v British Gas plc,* the European Court of Justice established a threefold test for applying the doctrine of emanation: "[...] a body, whatever its legal form, which has been made responsible, pursuant to a measure adopted by the State, for providing a public service under the control of the State and has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals is included in any event among the bodies against which the provisions of a directive capable of having direct effect may be relied upon."[73] Hence, for the emanation of the State the national court should establish: (1) the provision of public service; (2) the body operates under the control of the State; (3) the body is granted special powers beyond those typically applicable in relations between individuals.

The Versailles Court of Appeal, similar to the High Court of Justice in the UK, ruled that the SNPC is an emanation of the Republic of the Congo due to its lack of autonomy in structure, governance (the Minister of Hydrocarbons had the direct supervision over the company, exercising constant control over the application of the company's policies and guidelines), and finances (share capital remains 100% owned by the State)[74]. The Court concluded that the SNPC was "an instrument at the service of the powers [...] and [was] indeed an emanation of the Republic of Congo."[75]

In *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Trading Ltd. v. Republic of Kazakhstan,* the Amsterdam Court of Appeal ("*Court of Appeal*") held that despite Samruk-Kazyna (Kazakh SOC) being a separate legal entity from Kazakhstan under the national law, the SOC "lacks factual-economic independence, in the sense that Samruk cannot invoke its legally separate nature vis-à-vis the Republic of Kazakhstan to formulate its own policies, deviating from the policies of (those politically responsible in)

[73] Judgment of the Court of 12 July 1990. – *A. Foster and others v British Gas plc*. – Reference for a preliminary ruling: House of Lords – United Kingdom. – Social policy – Equal treatment for men and women workers – Direct effect of a directive with regard to a nationalized company. – Case C-188/89. Para. 20.

[74] Arrêt de la Cour d'appel de Versailles (16e chambre) 19/06572, 19/06572 et 19/08495, para. 26.

[75] *Ibid*. Para. 32 ("Ainsi, sans même entrer dans la discussion sur la légalité ou la moralité de certaines opérations dénoncées comme étant la cause des difficultés économiques de la SNPC, la démonstration est suffisamment faite qu'en tant qu'instrument au service du pouvoir en place, sans lequel la survie même de l'Etat serait menacée, la SNPC est bien une émanation de la République du Congo.").

the Republic of Kazakhstan, and adopts the latter's policies as its own."[76] The Court of Appeal assumed that the SOC was founded by the government of Kazakhstan "with the purpose (at least in part) of keeping its assets out of reach of creditors of Kazakhstan."[77] As the Court of Appeal ruled, Samruk-Kazyna shall be treated as an alter ego of Kazakhstan and shall be liable to the Claimants as the creditors of Kazakhstan under the SCC arbitral award[78].

3. Applicable Law

One of the most complicated questions encountered by courts and tribunals in the cases cited was connected with the applicable law qualifying the entity as an alter ego of the State. It can be stated that there is no one single approach in international and domestic practice.

According to classic private international law approach the legal status of a corporate entity is governed by the law of the place of incorporation, i.e. by the law of the country where company is registered/created[79]. The governing law (*lex societatis*) determines whether an entity has separate legal personality and specific elements of its corporate structure, ownership of assets, corporate governance[80], abuse of rights[81], etc. Most of the courts and tribunals agree with this approach[82]. However, as stated by the ICJ in the *Certain Iranian Assets* case, "it does not follow, however, that the legal situation of such an entity will always be the same as in the State in which it was constituted" and with reference to *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*

[76] *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Traiding Ltd. v. Republic of Kazakhstan*, Beslissing van het hof van beroep te Amsterdam, 7 mei 2019, para. 3.10.

[77] *Ibid*.

[78] *Ibid*.

[79] *Holliday J., Beaumont P.* A guide to global private international law. – 2022. – P. 219.

[80] *Ibid*. P. 220–221.

[81] the Amsterdam Court of Appeal relied on the abuse of rights provisions contained in Art. 8 of the Civil Code of Kazakhstan, which require that civil rights be exercised "*in good faith, reasonably and fairly' and that any abuse of civil rights, including the exercise of civil rights to cause harm to others, is prohibited*." *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Trading Ltd. v. Republic of Kazakhstan*, Beslissing van het hof van beroep te Amsterdam, 7 mei 2019, para. 3.10.

[82] *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior de Cuba (Bancec)*, 462 U.S. (1983), para. 622.; *Ascom Group S.A., Anatolie Stati, Gabriel Stati and Terra Raf Trans Traiding Ltd. v. Republic of Kazakhstan*, Beslissing van het hof van beroep te Amsterdam, 7 mei 2019, para. 3.10.

(Belgium v. Spain) ICJ reminded that "the independent existence of the legal entity cannot be treated as an absolute" and can be disregarded in certain circumstances."[83] Thus, despite a leading role in determining the legal status of SOCs, the national law of the country of incorporation is not the only option available.

International law can also be used as the law applicable to determining the legal status of SOCs. The case law of the ICJ, ECtHR, and investment arbitration tribunals demonstrate that courts and tribunals regularly apply norms governing attribution of conduct to a State under the international law of state responsibility, the international law on diplomatic protection of legal persons, and norms of international investment law defining the notion of foreign investors[84]. They do it with a heavy reliance on domestic law under which the relevant entity was constituted, as a matter of fact, but do not find themselves strictly bound by these domestic law provisions and give autonomous interpretation based on applicable international law rules, as a matter of law.

At the same time the liability of state-owned companies for a State's debts is a separate and independent legal issue that should not be conflated with other partially overlapping but different legal regimes in international law, such as attribution of conduct to a State under the law of state responsibility, the immunity of a State property, or the qualification of investors under international investment law. While these legal regimes also govern relationships between individuals, entities, and a State, they do not focus on and do not specifically regulate liability issues. For example, certain actions of a SOC may be attributed to a State, but it does not necessarily mean that such an entity is liable for State's debts. Likewise, appropriate assets of such an entity may be regarded as immune from the perspective of the State immunity law (property of a military character or property forming part of the cultural heritage, for example), but this would not automatically exclude its liability for a State's debts in general. Consequently, nor does international law provide ready answers to all the questions that arise in the context of the liability of SOCs for State debts.

The case law of the USA, Canada, the United Kingdom and some other Western jurisdictions demonstrate that courts of these countries rely on the legal criteria of alter ego or similar concepts (piercing the corporate veil, etc.)

[83] Certain Iranian Assets (*Islamic Republic of Iran v. United States of America*), Judgment, I.C.J. Reports 2023, p. 102, para. 137.

[84] *Mr. Kristian Almås and Mr. Geir Almås v. The Republic of Poland*, PCA Case № 2015-13, para. 209.

and their own national law liability rules when they decide cases concerning the execution of judgements or arbitral awards against foreign SOCs. This may be seen as indication of "a strong policy desire [...] to retain at least some control over foreign companies operating within their territory"[85]. These rules favor interests of a States' creditors as they obtain access to substantial and recoverable assets of SOCs but it also raises a lot of other interconnected questions ranging from the potential violation of separate personality rule under international law, disregard of SOCs' special legal status under their law of incorporation, to disproportionate interference into property rights of SOCs, the mistreatment of other interested persons' rights (such as creditors, members, SOC shareholders) who rely on SOC's separate legal status. The *Certain Iranian Assets* case decided by ICJ in 2023 can serve as a convincing example of this.

Another open question related to the applicable law is whether states may recognize and enforce foreign judgements against foreign SOCs and rely on foreign court findings concerning SOC's alter ego status. This example is illustrated by the Gazprom International Limited case cited above where the Dutch court relied on the findings of Ukrainian court concerning Gazprom's alter ego status of the Russian Federation. According to transnational issue estoppel[86] the party under general rule is precluded from relitigating the same issue in a different jurisdiction. Consequently, a foreign court based on *res judicata* may decline to give its own assessment of a SOC's alter ego status on the merits, and to rely on the judgement of a foreign court instead. This might have far-reaching extraterritorial consequences for SOCs and make the legal environment even less predictable than the application of national laws to determine the alter ego status.

V. Conclusion

State-owned companies play a vital role in the national economies of many countries and in the global economy in general. Together with regular commercial activity some of them may also perform some non-commercial, public functions, and even be empowered to exercise some elements of governmental authority so that certain of their actions may be attributable to a State. The latter, coupled with other links to a State such as ownership and control over an entity, may also lead to considerable uncertainty as to whether

[85] Beuerle C. G. et al. Study on the law applicable to companies. – 2016. P. 327.

[86] For example, the Singapore Academy of Law Report on The Framework and Margins of Transnational Issue Estoppel (May 2023).

such entity still enjoys separate and independent legal status or represents an organ or instrumentality of a State.

Our study shows that such a mixed legal nature of SOCs, their proximity to a State is perceived with suspicion in some (primarily Western) jurisdictions and may trigger the application of the alter ego doctrine that allows the equating of SOCs with the relevant State and holds SOCs liable for a State's debts. It creates additional dangers for conducting international business by SOCs, risks for SOCs' assets located in such jurisdictions, and requires careful consideration of the correlated business plans and strategies.

The broad application of alter ego doctrine in cases not limited to instances of abuse of rights (where "corporate veil" is a mere device or a vehicle for fraud or evasion) may also diminish SOCs special legal status under the law of the country where they were constituted, and ignore interests of creditors, investors of SOCs, and other 3rd parties that may have their own legitimate expectations connected with a separate legal identity of SOCs. The alter ego doctrine should not remain indifferent to these concerns in order to provide more balanced and predictable outcomes of regulation.

In the current geopolitical situation there is also a strong temptation to take revenge on State-owned companies for the actions of the State, as we have seen in the cases of VEB.RF and Gazprom International Limited. From the authors' perspective politically motivated and discriminatory treatment of SOCs is hardly reconcilable with the norms and basic principles of international law.

NEW HORIZONS OF INTERNATIONAL ARBITRATION

ISSUE 8

COLLECTION OF ARTICLES AND REPORTS

Academic Editors:
A.G. Arkhipova, D.V. Kaysin, A.A. Panov

Publisher: Russian Institute of Modern Arbitration

НОВЫЕ ГОРИЗОНТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА

ВЫПУСК 8

СБОРНИК СТАТЕЙ И ДОКЛАДОВ

Под научной редакцией
А.Г. Архиповой, Д.В. Кайсина, А.А. Панова

Издатель: Российский институт современного арбитража

Подписано в печать 25.03.2025. Формат 60x90/16. Бумага офсетная.
Гарнитура Newton. Усл. печ. л. 28,87. Тираж 400 экз.
Заказ № 214172

Отпечатано в АО «Т8 Издательские Технологии».
109316, Москва, Волгоградский пр., д. 42, корп. 5, ком. 6
Тел.: + 7 (499) 332-38-31, e-mail: info@T8print.ru, www.t8print.com

ISBN 978-5-6042255-5-4