

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже



Коррупция в арбитраже// Corruption in arbitration

Аналитика

Частичные
арбитражные
решения

Газпром –
Нафтогаз:
конец саги?

Новости

«Коррупция
в арбитраже»:
конференция
РАА-СЕА

Поправки
в Конституцию

English Section

- Toolkit against corruption
- Peru: Odebrecht et al
- Corruption in contracts
- Evidence of bribery in investment disputes

18/03
2020

VII Annual RAA Conference

To be discussed:

1. Future of International Arbitration

- ◆ Impact of sanctions on international arbitration
- ◆ Arbitration vs. state courts.
- ◆ Investment arbitration in light of the Achmea decision.
- ◆ Prague rules vs. IBA Rules on the taking of evidence.

2. Arbitration in Russia

- ◆ Arbitration Reform: Is there the light at the end of the tunnel?
- ◆ Russian case law on enforcement of foreign arbitral awards.
- ◆ Restrictions on the activities of foreign arbitration institutions.

3. AI in IA (Artificial Intelligence in International Arbitration – myth or reality):

- ◆ Predicting the outcome;
- ◆ Selection of arbitrators;
- ◆ Cybersecurity;
- ◆ Data Protection;

4. Members' meeting

- ◆ Reporting results for 2019;
- ◆ Election of the RAA Board;
- ◆ Members' Q&As

Venue:
Marriott Novy Arbat Hotel Moscow

EDITORIAL BOARD



Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru, Editor-in-chief, Moscow



Olena Perepelynska
Integrites, Partner, Kyiv



Ekaterina Grivnova
Paris baby arbitration, Founder, Paris



Galina Zhukova
Bélot Malan & Associés, Partner, Paris



Roman Zykov
Russian Arbitration Association,
Secretary General, Moscow



Steven Finizio
WilmerHale, Partner, London



Lilia Klochenko
RAA, Member of the Board, Vienna



Vladimir Khvalei
Arbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow



Alexander Komarov
VAVT, Chair to international private law,
Professor, Moscow



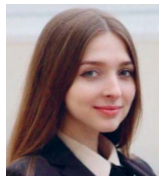
Alexander Muranov
Muranov, Chernyakov and partners
attorneys-at-law,
Managing partner, Moscow



Elina Mereminskaya
Wagemann Abogados & Ingenieros,
Partner, Santiago



Alexandre Khrapoutski
Arbitration Association,
Vice Chairman of the Board,
Lex Torre, Partner, Minsk



Anastasia Konovalova
Arbitration.ru,
Editorial Assistant, Moscow



Журнал Arbitration.ru № 16, январь 2020
Учредитель и издатель:
Арбитражная Ассоциация
Адрес учредителя и издателя:
115191, Москва, Россия,
Духовской переулок, 17, стр. 12, этаж 4
+7 (495) 201-29-59

На обложке: Лукас Кранх Старший. Суд Париса. Масло, доска. Предположительно ок. 1528 года. Нью-Йорк, Метрополитен-музей.
On the cover: Lucas Cranach the Elder. The Judgment of Paris. Oil on beech. ca. 1528. New York, The Metropolitan Museum of Art.

Главный редактор:
Дмитрий Артюхов
editor@arbitrations.ru

Ассистент редакции:
Анастасия Коновалова

Корректор:
Татьяна Левицкая

Возрастное ограничение 16+.

Мнение редакции может не совпадать с мнением авторов. Издание является информационным. Опубликованные в издании законодательные акты, решения судов и другие юридические документы могут изменяться и должны быть запрошены через соответствующие институты и ведомства.

CONTENTS / СОДЕРЖАНИЕ

English section

OVERVIEW

- 7 CORRUPTION AND OTHER CRIMES IN INTERNATIONAL ARBITRATION: WHAT SHOULD ARBITRATORS DO?**
Mark Pieth, Professor of Criminal Law and Criminology at the University of Basel

ANALYTICS

- 10 CORRUPTION IN STATE ARBITRATION IN THE REPUBLIC OF PERU: CASES, LESSONS AND POSSIBLE SOLUTIONS**
Elina Mereminskaya, Claudio Inostroza, Wagemann Lawyers & Engineers, Chile
- 17 CORRUPTION IN CONTRACTS: BURDEN AND STANDARD OF PROOF, AND CONSEQUENCES OF POSITIVE FINDINGS**
Agis Georgiades, CGA Cyprus
- 23 CORRUPTION IN INVESTMENT ARBITRATION: A MOVE TOWARDS A MORE HUMAN APPROACH TO EVIDENCE?**
Wilson Antoon, Alexis Namdar, King & Wood Mallesons
- 26 RESOLUTION OF THE PLENARY SESSION OF THE RUSSIAN SUPREME COURT ON ARBITRATION: TEN IMPORTANT TAKEAWAYS**
Vladimir Khvalei, Baker McKenzie, Moscow

REVIEW

- 31 JOINT CONFERENCE OF THE RAA AND THE SPANISH ARBITRATION CLUB**
Dmitry Artyukhov, Arbitration.ru Editor-in-Chief

НОВОСТИ

- 35 СОВМЕСТНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ РАА И ИСПАНСКОГО АРБИТРАЖНОГО КЛУБА «КОРРУПЦИЯ В АРБИТРАЖЕ»**
Дмитрий Артюхов, Москва
- 40 ПОПРАВКИ К КОНСТИТУЦИИ РФ В ОТНОШЕНИИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА И ИНЫХ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ**

ТРЕНДЫ

- 44 КУРС НА ЕДИНЫЕ УНИФИЦИРОВАННЫЕ НОРМЫ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: НОВАЯ ВОЛНА**
Степан Султанов, Москва

АНАЛИТИКА

- 45 ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ ПО ТРЕТЕЙСКОМУ РАЗБИРАТЕЛЬСТВУ: 10 ВАЖНЫХ ВЫВОДОВ**
Владимир Хвалеи, Baker McKenzie, Москва
- 51 АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИЗНАНИЯ И ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ ЧАСТИЧНЫХ ОКОНЧАТЕЛЬНЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ (PARTIAL FINAL AWARD)**
Дмитрий Купцов, Никита Ивкин, «АЛРУД», Москва
- 53 НОВАЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ**
Максим Жуков, Валерия Сильченко, АБ «Лекс Торре», Минск
- 55 ИТОГИ 2019 ГОДА ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА В УКРАИНЕ**
Елена Перепелинская, INTEGRITES, Киев
- 58 ПАКЕТНАЯ СДЕЛКА ДЕСЯТИЛЕТИЯ МЕЖДУ УКРАИНОЙ И РОССИЕЙ: КОНЕЦ АРБИТРАЖНОЙ САГИ?**
Кристина Хрипкина, INTEGRITES, Киев

ОТ РЕДАКЦИИ



Дмитрий Артюхов
Arbitration.ru
Главный редактор

Что такое коррупция? Это «моральное разложение должностных лиц и политиков, выражающееся в незаконном обогащении, взяточничестве, хищении и срастании с мафиозными структурами», сообщает словарь Ожегова. Федеральный закон «О противодействии коррупции» в ч. 1 ст. 1 определяет коррупцию через действия, а именно дачу взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества. Близко к этому и определение коррупции, данное Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), на которое ссылается соавтор работы «Коррупция и отмывание денежных средств в международном арбитраже. Инструментарий для арбитров» профессор криминологии Базельского университета Марк Пит: «Злоупотребление полномочиями в форме действия или бездействия назначенных или избранных официальных лиц в целях получения личной финансовой или иной выгоды».

Определения коррупции, ее видов и зла, которое она несет, можно найти и у римских юристов — достаточно вспомнить крылатое *Impuris manibus nemo accedat curiam*, или «Пусть никто не приближается к суду с нечистыми руками».

Из всех названных наиболее важным мне представляется определение из словаря Ожегова, которое говорит о «срастании» и «разложении». Срастание интересов госорганов и судов — это коррупция. Срастание интересов арбитров и сторон — это коррупция. Срастание интересов миллиардеров, чиновников и госбанков — это тоже коррупция.

Увы, сегодня в России мы видим примеры коррупции практически повсеместно. Доступ миллиардеров к административному ресурсу по принципу «друзьям — всё, остальным — закон» приводит к все большему социальному расслоению и обеднению населения.

Да, коррупция есть и в других странах: читайте статью Элины Мереминской и Клаудио Иностраноза про дело Odebrecht в Перу или попробуйте разобраться в нюансах дела миллиардера Тапи во Франции, о котором упоминала Галина Жукова (см. обзор конференции РАА-СЕА). Должно ли это утешать нас?

Нет. В начале этого года всемирно известный (и всемирно критикуемый) коуч Тони Роббинс говорил о возможности каждого человека улучшить свою жизнь, разумно повышая внутренние стандарты — требования к себе и окружающему миру. Представляется, что разумный стандарт — жить и работать в стране, свободной от коррупции. Со временем такая установка даст результат.

EDITOR'S LETTER

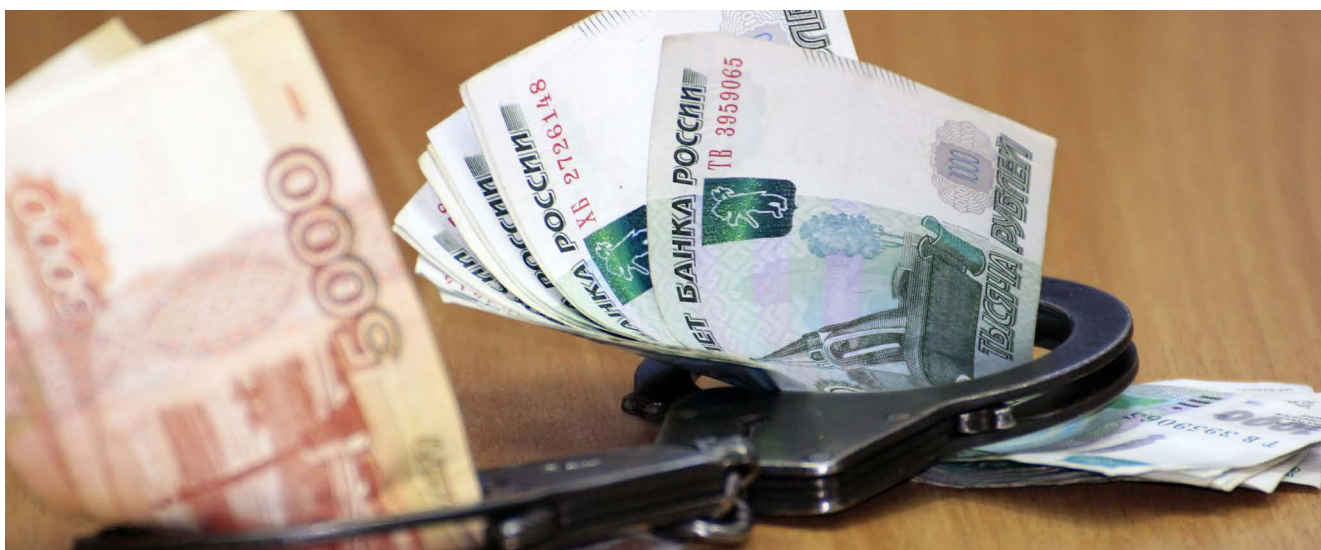
Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru
Editor-in-chief

What is corruption? The dictionary defines it as “the moral decay of officials and politicians, expressed in illegal enrichment, bribery, theft and merging with mafia structures”. Russian Anti-Corruption Law defines corruption through actions, namely, giving a bribe, receiving a bribe, abuse of authority, commercial bribery or other illegal misuse of an official position contrary to the legitimate interests of society. Rather similar is the definition of corruption given by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), referred to by the co-author of “Corruption and Money Laundering in International Arbitration. Toolkit for Arbitrators”, Professor of Criminology, University of Basel, Mark Pieth. The OECD describes corruption as “active or passive misuse of the powers of Public officials (appointed or elected) for private financial or other benefits”.

Corruption is, unfortunately, omnipresent: from South America to Europe. Read the analysis of the Odebrecht saga in Peru by Elina Mereminskaya and Claudio Inostroza or a study on the burden of proof in cases for challenging / setting aside arbitral awards in the UK and other courts by Agis Georgiades to get an insight into what threats corruption poses to international arbitration across different jurisdictions.

Russia is not an exception. Here one would remember the dictionary definition and would firstly talk about corruption in the form of a “merger“ or „fusion“, referring to the fusion of the interests of billionaires, government officials and state-owned banks. In Russia, the access of the establishment-friendly billionaires to administrative leverage creates inequality that leads to the widening of the social rift and tangible impoverishment of the population.

Impuris manibus nemo accedat curiam, or "Let no one approach the court with unclean hands", warned the Romans. It is reasonable to expect a court or an arbitral tribunal to be free of corruption. It is also reasonable to fight for it. Luckily, now we have more tools and more solid evidence to eradicate corruption. The rest is a matter of a mindset.



CORRUPTION AND OTHER CRIMES IN INTERNATIONAL ARBITRATION: WHAT SHOULD ARBITRATORS DO?



Mark Pieth
Professor of Criminal
Law and Criminology at
the University of Basel

Overview

A Toolkit for Arbitrators

Maybe I should explain first, how I, as a professor of criminal law, came into contact with our topic: I have for 24 years chaired the OECD Working Group on Bribery, the committee dealing with transnational economic corruption. Over the last fifteen years, the topics of corruption and money laundering have become more and more prominent in the world of arbitration.

My involvement was primarily as an expert – in cases like IPOC¹, Fraport vs Philippines², Spentex vs Usbekistan³ and several commercial arbitration cases. We realized that arbitrators tended to reinvent the rules every time they were confronted with the issues. In fact, early studies demonstrate that standards diverge considerably.

We then decided to draft a “Toolkit for Arbitrators”, finding ourselves confronted with issues of corruption and money laundering. We organised a sequence of workshops on the Toolkit and over one hundred lawyers, many of them well known arbitrators, participated in them. Elena Fedorova has translated the text with the cooperation of Vladimir Khvalei into Russian (electronic version to be found on baselgovernance.org or arbcrime.org⁴).

Uncertainty in the world of Arbitrators

What are the challenges?

The approach to commercial corruption has changed dramatically over the last 20 to 30 years. Up until 2000 it was normal to allow tax deductibility of bribes and the new laws on transnational bribery, mirroring the US FCPA, only were enacted then. However, their application in many countries is still uncertain.

At the same time, the public policy changing worldwide obviously raised the pressure on arbitrators. Whereas the traditional approach in arbitration was that tribunals were service providers for parties and not guardians of public poli-

¹ URL: <https://www.eccourts.org/the-queen-v-ipoc-international-growth-fund-limited/>.

² URL: <https://www.italaw.com/cases/456>.

³ URL: <https://www.italaw.com/cases/2252>.

⁴ URL: <https://www.baselgovernance.org/sites/default/files/2020-01/A%20Toolkit%20for%20Arbitrators%20-%20Russian%20version.pdf>.

URL: <https://arbcrime.org/a-toolkit-for-arbitrators>.

cy, the general attitude has changed. Of course there had been the occasional older case, where an arbitrator – take Lagergren (in 1963) – refused jurisdiction (or to be precise arbitrability) overall, though, cases where corruption was simply disregarded can be found up to recent times – take the Siemens/Zürich case, where parties agreed that they would not discuss the topic of corruption... (the legal basis to enable that was party autonomy).

Times are changing – World Duty Free vs Kenya was probably the decisive turning point where national law was read together with international public policy.

Of course some arbitrators are still uneasy with these issues – but ignoring corruption or money laundering (like in the Belokon case) is bad for your reputation, since it affects enforceability.

Corruption: Issues of Substantive Law

Of course, even if there should be agreement that corruption and the like are to be taken into account by arbitrators, next to everything remains open.

What is the definition of corruption?

The international standards are relatively straightforward, if we look at the UN, the OECD and maybe the COE Treaties.

What law should be applied?

More challenging is the question which national law is applicable:

- The chosen law?
- The lex fori? or,
- most likely, the law of the criminal act (IPOC)?

We might end up having a very confusing mix of laws. Relying on a specific national law has the advantage of clarity. International law may offer a valid alternative. Increasingly, corruption and money laundering are discussed in the context of transnational public policy.

Evidence

Considerable challenges are posed in the area of evidence.

Sua Sponte Investigation?

A first issue would be, whether arbitrators are obliged to consider alleged or even simply suspected corruption *indiciae*? Of course traditionally no arbitrator would go beyond the *petita* of parties. However, to prevent annulment or the refusal of enforcement, corruption can no longer be ignored. So, there is a tendency to support even a *sua sponte* investigation, where indicators point to corruption or money laundering.

Burden of Proof

Much is being written on the burden and the standard of proof. Whereas it may be relatively obvious that the party alleging corruption would have to prove it, the issue of standards is less clear cut. Staying for a moment with the burden, arbitrators do not have a police force, nor subpoena rights. But, where a *prima facie* case points to corruption and money laundering, the tribunal may ask the opposing party to cooperate and to rebut the suspicion with concrete evidence. The failure to do so can lead to negative inference and ultimately to corruption being assumed (*Spentex vs Usbekistan*).

Standard of Proof

Here, indeed, we have a big chaos. There is no real debate that indirect evidence is just as much evidence as direct evidence. However, there are awards using the civil law standards of preponderance for the criminal law threshold issue, others go to the other extreme and demand criminal procedure “intime conviction”. In my view, the middle ground is gaining acceptance: call it “clear and convincing evidence”.

Consequences of Corruption

In the course of our recent workshop it emerged that here the solutions may diverge between investment and commercial arbitration.

CORRUPTION IN STATE ARBITRATION IN THE REPUBLIC OF PERU: CASES, LESSONS AND POSSIBLE SOLUTIONS



Elina Mereminskaya
Ph.D., LL.M., Partner
at Wagemann
Lawyers & Engineers



Claudio Inostroza
Associate at Wagemann
Lawyers & Engineers

This article will analyze a series of events, scandals, cases and initiatives that took place in the Republic of Peru as of 2019 to date, which are related to allegations of corruption brought against several Peruvian arbitrators.

In order to understand this aspect of the Odebrecht Case in the Republic of Peru, this article starts with a brief analysis of arbitration with the State, and then, a review of the most relevant facts related to corruption in the arbitration system. In particular, we will analyze the case of arbitrator Mr. Fernando Cantuarias, evidencing the huge knowledge gap that exists among the ordinary courts regarding arbitration, which led the court to order preventive custody without having enough grounds to do so.

Lastly, the main institutional and legislative reforms aimed at eliminating corrupt practices in Peruvian arbitration will be reviewed.

Brief analysis of arbitration with the state in the Republic of Peru

In 1998, through the enactment of the Law 26.850 of Contracts and Procurement of the State, the Republic of Peru shifted the focus of the admin-

istration of justice in any disputes that could occur in relation to the performance of contracts entered into by the State.

Article 41 of the Law 26.850 expressly provided that works, purchase or service contracts, must include a dispute resolution clause, indicating that these should be resolved *“through either out-of-court settlement or arbitration procedures, whichever the parties may agree upon”*.

To quote the Peruvian author Mario Castillo, *“this evidently implies that the arbitration procedure was more adequate than the ordinary justice itself to settle these disputes, given the excessive length of judicial procedures on these matters”*¹.

Currently, article 40 of the or State Procurement Law, requires that the dispute resolution clauses are included under the same terms than formerly, adding that *“in case the corresponding clause is not included in the bidding documents or the contract, then the model clause set forth by the Regulations shall be deemed incorporated therein by operation of law”*.

Hence, this becomes a mandatory arbitration, since, upon entering into a contract with the State, the private person does not have any possibility to negotiate the terms of the dispute resolution procedure, being obligated to submit themselves to the arbitration procedure that the ancillary Regulations set forth.

¹ CASTILLO, Mario. *“Arbitration in the Peruvian State”*. p. 2. *The length of the ordinary procedure in the Republic of Peru is approximately 7 years.*

In broader terms, participation of the Republic of Peru in arbitration procedures is regulated by the Legislative Decree 1071, Law of Arbitration.

In particular, article 4 of the Law of Arbitration regulates the State's participation in arbitration procedures under the following terms:

1. *For the purposes of this Legislative Decree, the reference made to the Peruvian State entails the National Government, Regional Governments, Local Governments and their corresponding agencies, as well as the legal persons under public law, state enterprises under public law, private law, or partly state-owned companies, as well as legal persons under private law which exercise state functions pursuant to law, delegation, concession or authorization of the State.*
2. *Disputes arising from the contracts and agreements entered into between these state entities may be submitted to national arbitration.*
3. *The State may submit to national arbitration procedures those disputes arising from contracts it enters into with nationals or foreign individuals domiciled in the country.*
4. *The State may also submit to international arbitration, whether in the country or abroad, those disputes arising from the contracts it enters into with nationals or foreign individuals domiciled abroad.*
5. *In the case of financial activities, the arbitration procedures may be carried out in the country or abroad, even with foreign individuals domiciled in the country.*

The provisions of this article aid to determine the limits of the scope of Article 40 of the State Procurement Law, since they set forth or allow to identify: a) The acts of the State that may be submitted

to arbitration; b) the parties that may be parties to arbitration proceedings with the State; and c) arbitration type and seat where the proceedings would be carried out.

The arbitration proceedings may only be applied in those “cases where the State is acting as an entity subject to private law”², wherein a distinction must be made between the acts deriving from the *ius imperium* (Government agencies) and those related to the *ius gestionis* (the State as a private entity)³.

From the perspective of the comparative law, it is noteworthy that “the arbitration procedures not only are established to resolve disputes between the State –and its agencies– and third parties, that is to say, a private person [...], but also between governmental agencies”⁴.

It is interesting to note that the Peruvian State is also authorized to participate in national and international arbitration, whose seat may be in Peru or any other country. As it was already explained in an earlier publication, Peru is a country that leans towards a unitary regulation, despite the fact that it acknowledges differences between national and international arbitration⁵. As a side point, Peru's case is noteworthy in Latin America, since the Peruvian State uses to stipulate arbitration clauses in favor of ICSID arbitration by contractual means, beyond its regulation through investment bilateral treaties.

Additionally, just as in many countries around the world, arbitration proceedings taking place in Peru, between private parties and also those with the State, may be resolved in institutional arbitration⁶, or otherwise, before an *ad hoc* arbitral tribunal. As will be analyzed below, this distinction turns out to be fundamental to understand the case of Mr. Cantuarias. We will also explain the most recent reform aimed at reducing the usage of *ad hoc* arbitration procedures.

² CASTILLO, Mario. “Arbitration in the Peruvian State”. p. 5.

³ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *The International Arbitration*. Lima: CECOSAMI, 2004; p. 88. In CASTILLO, Mario. “Arbitration in the Peruvian State”. p. 5.

⁴ CASTILLO, Mario. “Arbitration in the Peruvian State”. p. 5.

⁵ MEREMINKSAYA, Elina. “РОСТ И ЗАДАЧИ МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖА В ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКЕ”, *Arbitration.Ru*, December 2018, № 4, p. 49.

⁶ *General Law of Arbitration of Peru, Fourth Supplementary and Transitory Disposition: “The Arbitration Institutions shall incorporate to their Rules of Arbitration, provisions on their activity as entities appointing arbitrators. For those purposes, the aforementioned institutions shall approve the necessary statutory dispositions within sixty (60) days as of the effective day of this Law, and they shall publicize them through the media outlets they deem appropriate”.*

Lastly, we observe that arbitration is highly relevant in Peru when resolving disputes between private parties as well as with the State. Since the participation of the latter is mandatory, arbitration has become a key element of the administration of justice.

Official research –albeit somewhat biased– estimate that “*the State lost 70% of the arbitration procedures it subjected itself to in order to resolve disputes arising from public procurement*”⁷. At the same time, it is hardly a secret that the State’s non-performance of contracts is the main explanation of its losses in arbitration. In turn, the need to follow the administrative procedures and the fear of the suspicion of corruption prevent the public officials from resolving disputes on a non-adversarial basis⁸.

Corruption in State arbitration in the Republic of Peru

During the last decade one of the biggest corruption cases in Latin America was uncovered, the “Odebrecht Case”⁹. The latter company was involved in one of the most shocking bribery scandals in Latin America. To date, Odebrecht has acknowledged having paid US\$788 million in bribes in 12 Latin American and African countries¹⁰. Specifically, it paid “US\$200 million (€172 million) in illegal commissions to politicians, officials, entrepreneurs, and alleged front

men in eight Latin-American countries through Banca Privada d’Andorra”¹¹.

The Republic of Peru is among the countries most heavily hit by the corruption attributed to Odebrecht. Even four former Peruvian Presidents were corrupted by bribery payments by Odebrecht: one of them committed suicide when being arrested, another one is detained, yet another is at large, and the last one is prohibited from leaving the country¹². Not only were bribes paid to public servants, but also arbitration has been compromised, which has called into question the integrity and trustworthiness of that dispute resolution method.

1. Statements of Horacio Cánepa and effective collaboration procedure

The Spanish journal “El País” revealed that the accounts of the Banco Privado d’Andorra were used by Odebrecht to make bribe payments. This revelation allowed to ascertain that one of the accounts was linked to the Peruvian lawyer and arbitrator Horacio Cánepa, who received US\$ 435,000 in total with the purpose of favoring Odebrecht in at least 17 awards, all of them to the detriment of the Peruvian State¹³.

After Horacio Cánepa’s situation was unveiled, he decided to strike a deal with the Prosecutor’s Office in order to act as an “effective collaborator”¹⁴ and uncover the details of how the arbitration procedures were handled to favor the Brazilian company, and, in particular, to reveal the names of those involved¹⁵.

According to Horacio Cánepa’s own declaration, he had been in charge of making payments to other arbitrators involved in the corruption net-

⁷ See: <https://gestion.pe/economia/perdido-70-arbitrajes-contrataciones-publicas-82936-noticia/>.

⁸ See: <https://larepublica.pe/archivo/868675-estado-pierde-los-arbitrajes-porque-incumple-contratos/>.

⁹ A Brazilian company present in 26 countries. See: <https://www.odebrecht.com/es/home>.

¹⁰ See: <https://rpp.pe/mundo/actualidad/como-afecta-el-caso-odebrecht-a-cada-pais-de-latinoamerica-noticia-1029652>.

¹¹ See: https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510141304_297529.html.

¹² See: <https://www.nytimes.com/es/2019/04/17/espanol/america-latina/peru-expresidentes-corrupcion-odebrecht.html>.

¹³ See: <https://elcomercio.pe/politica/claves-investigacion-arbitros-habrian-favorecido-odebrecht-noticia-604959-noticia/?ref=ecr>.

¹⁴ Articles 472 et seq. of the Criminal Procedure Code and the Legislative Decree 1301 provide for the special procedure of efficient collaboration. This is a special and autonomous procedure, based on the principle of consensus between parties and negotiated criminal justice. Its objective is to effectively investigate and prosecute crime.

On their part, an efficient collaborator is an individual who may or may not be under investigation or accused of a crime, or who, having been convicted, has dissociated themselves from criminal activities, and who appears before the prosecutor, or accepts the latter’s proposition to provide useful information, thereby obtaining benefits, which are granted strictly in accordance to the information that can be corroborated as provided by the efficient collaborator. See: PROSECUTOR’S OFFICE OF PERU. https://www.mpfm.gob.pe/equipo_especial_colaboracion_eficaz/.

¹⁵ See: <https://larepublica.pe/politica/1209798-canepa-acusa-a-lourdes-flores-de-recibir-us-500-mil-de-odebrecht/>.

work¹⁶. Jorge Barata -representative of Odebrecht in Peru- confirms this in his capacity as “efficient collaborator”, stating that the only arbitrator that received bribes from Odebrecht was Mr. Cánepa¹⁷.

By means of Horacio Cánepa’s confession, the Prosecutor’s Office initiated investigations on 19 other Peruvian arbitrators, who were allegedly linked to the Odebrecht Case. Among some Peruvian arbitrators with an outstanding professional background are included: Fernando Cantuarias Salaverry, Franz Kundmüller, and Mario Castillo.

2. Fernando Cantuarias Salaverry’s case

During 2012, Fernando Cantuarias Salaverry, a Peruvian lawyer and arbitrator, participated as arbitrator in the *ad hoc* arbitration procedures captioned 32-2012/MARC, the parties of which were Odebrecht and the Republic of Peru. These procedures ended on August 21, 2013 with an unanimous award favorable to the Brazilian company.

Horacio Cánepa “told the Prosecutor’s Office that, in April 2012, there was a meeting at the office of the then Transport and Communications Minister, Celso Gamarra Roig, where Mr. Horacio Cánepa, arbitrator, his colleague Cantuarias Salaverry and Odebrecht’s lawyer Ronny Javier Loo Campoverde participated”¹⁸. According to the deposition of Horacio Cánepa, an agreement was reached during the meet-

ing, in the sense that Fernando Cantuarias would issue a decision favorable to Odebrecht¹⁹.

Due to the statements made by the “efficient collaborator”, Fernando Cantuarias, along with other arbitrators, he is currently under trial, charged with bribery²⁰ before the Third Permanent National Preliminary Investigation Court Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants²¹.

During the hearing (broadcasted on live television) the judge only ordered preventive custody for the charges of bribery. Surprisingly, 24 hours later, he made the written decision public, adding three other charges, including “criminal association”, whereby Fernando Cantuarias was deemed the leader of a criminal group, and -together with other arbitrators on trial-sent to a maximum security prison²².

Some weeks later, by means of Resolution No.6 dated November 25, 2019, the First National Criminal Appeals Chamber Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants, revoked the order of preventive custody of lawyers Fernando Cantuarias, Mario Castillo Freyre, Humberto Abanto, Ramiro Rivera, Franz Kundmüller, Marcos Ricardo Espinoza, Alfresco Zapata and Daniel Martín Linares²³.

3. Arbitration fees as constituent element of bribery in State Arbitration

¹⁶ Case file No. 29-2017-33-5002-JR-PE-03, Resolution No. 6 dated November 25, 2019, issued by the First National Criminal Appeals Chamber Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants. See also: <https://elcomercio.pe/politica/claves-investigacion-arbitros-habrian-favorecido-odebrecht-noticia-604959-noticia/?ref=ecr>.

¹⁷ See: <https://larepublica.pe/politica/2019/11/02/barata-declaro-fiscal-odebrecht-solo-pago-a-arbitro-horacio-cane-pa-lava-jato-german-juarez-atoche-mtc/>.

¹⁸ See: <https://peru21.pe/politica/sala-confirma-congelamiento-bienes-arbitro-fernando-cantuarias-caso-odebrecht-462292-noticia/>.

¹⁹ See: <https://peru21.pe/politica/sala-confirma-congelamiento-bienes-arbitro-fernando-cantuarias-caso-odebrecht-462292-noticia/>.

²⁰ Article 394 of the Criminal Code of Peru. The official or public servant who accepts or receives any donation, promise, or any other inappropriate advantage or benefit in order to carry out an action pertaining to his/her office or position, without infringing his/her obligations, or as a consequence of an action already carried out, shall be subject to imprisonment for a period no shorter than four years and no longer than six years, as well as prohibition [to hold a public office] pursuant to sections 1 and 2 of Article 36 of the Criminal Code, and between 180 and 365 day-fines.

²¹ Case file No. 29-2017-33, Resolution No. 8 dated November 4, 2019, issued by the Third Permanent National Preliminary Investigation Court Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants. Resolution No. 12 dated November 5, 2019, issued by the Third Permanent National Preliminary Investigation Court Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants.

²² BULLARD, Alfredo. “Summary: The Fernando Cantuarias Salaverry’s case”. See: <https://valor.pe/resumen-caso-fernando-cantuarias-salaverry/>.

²³ Case file No. 29-2017-33, Resolution No. 8 dated November 4, 2019, issued by the Third Permanent National Preliminary Investigation Court Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants.

Among the allegations made against Fernando Cantuarias, the Prosecutor's Office argued that the payments of bribes by Odebrecht were concealed behind an increase in the total arbitration fees. To prove this, the Prosecutor's office indicated that arbitrator Cantuarias received a bribe amounting to S/ 105,934.69 (approximately US\$32,000) by means of disregarding the reference fee table of the Lima Chamber of Commerce²⁴.

In simple terms, the Prosecutor's Office argued that according to the reference table of the Lima Chamber of Commerce, the arbitration fees corresponded to the hypothetical amount of S/ 100, whereas Fernando Cantuarias charged S/ 150²⁵.

However, the reasoning of the Prosecutor's Office regarding the alleged bribery crime contains several errors²⁷.

In the first place, the Prosecutor's Office calculated the arbitration fees based on the amount ordered to be paid by the award instead of the amount originally claimed. This fact constitutes a gross error on the part of the Prosecutor's Office, inasmuch as it is unaware of this custom in the arbitration practice.

Secondly, the Prosecutor's Office used the fees table of the Lima Chamber of Commerce as a reference to calculate the fees allegedly received by Fernando Cantuarias. Nevertheless, the arbitration was an *ad hoc* arbitration procedure, therefore, there was no obligation to calculate the fees according to the fees proposed in the aforementioned table. Use of such table is absolutely voluntary in arbitration procedures not administered by the Lima Chamber of Commerce.

Finally, the sentence that upheld arbitrator Cantuarias' appeal indicates that there is not sufficient evidence to sustain the detention. It also indicates that the amount of the fees, although exceeding the amount that according to the fees table

of the Arbitration Center of the CCL should have been accorded, "*the aforementioned table is not referred to therein, due to the fact that it was an ad hoc arbitration procedure, which means that determination of the fees must be made pursuant to the amount of the lawsuit or the claimed amount, or even based on the complexity of the matter submitted to arbitration [...]. Therefore, up until this stage of the investigation, it cannot be reasonably concluded that there is strong suspicion that the arbitration fees originated from an illegal covenant.*"²⁸

Thus, the lack of understanding of the Prosecutor's Office regarding these fundamental aspects of arbitration led to put a person, who remains innocent, under preventive custody.

The Transparency Lighthouse of the Lima Chamber of Commerce as a possible solution to avoid corruption in arbitration

In Latin America, except for Chile, the majority of the countries trend is to resort to collegiate arbitral tribunals, where each party is entitled to appoint a co-arbitrator. Lack of transparency in appointments, or plainly the non-disclosure of relevant information by the candidates, is what has allowed situations such as Horacio Cánepa's case.

In order to address this situation, and specifically, to avoid a situation with consequences similar to Odebrecht, the National and International Arbitration Center of the Lima Chamber of Com-

²⁴ Case file No. 29-2017-33, Resolution No. 8 dated November 4, 2019, issued by the Third Permanent National Preliminary Investigation Court Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants.

²⁵ Nuevo sol, Peruvian currency.

²⁶ BULLARD, Alfredo. "Summary: The Fernando Cantuarias Salaverry's case". See: <https://valor.pe/resumen-caso-fernando-cantuarias-salaverry/>.

²⁷ BULLARD, Alfredo. "Summary: The Fernando Cantuarias Salaverry's case". See: <https://valor.pe/resumen-caso-fernando-cantuarias-salaverry/>.

²⁸ Case file No. 29-2017-33-5002-JR-PE-03, Resolution No. 6, dated November 25, 2019, issued by the First National Criminal Appeals Chamber Specialized in Corruption Crimes Committed by Public Servants.

merce launched in 2019 the so-called Transparency Lighthouse²⁹.

This is a digital platform that gives its users further information on the cases managed by the arbitral institution. In particular, it reports: International and National arbitrators' roster; Arbitrators that make up the Arbitration Tribunals for each particular case, and the manner of their appointment (by the parties, co-arbitrators or the institution); Fines applied to the arbitrators; Annulled awards, Awards of cases a governmental agency was a party to, and; Reviews on awards on commercial matters³⁰.

The immediate impact of this platform is the possibility to verify the appointments a particular arbitrator has received, and the party or the lawyers appointing him. Undoubtedly, this contribution to transparency results as useful to fight corruption in arbitration, since it prevents signs thereof to be concealed, such as recurring appointments.

Emergency decree

No. 02-2020

Suddenly and surprisingly for the arbitration community of Peru, on January 24, 2020, the Executive issued an Emergency Decree No. 20-2020 Amending Legislative Decree No. 1071 Establishing Rules on Arbitration (hereinafter the "Decree")³¹. The Emergency Decree—conceptually conceived as an exceptional measure regulating economic or financial matters—was approved taking advantage of the closure of Congress ordered by the current President, Mr. Vizcarra, two days prior to the extraordinary elections of Congress³².

The "Whereas" of the Decree indicate:

Whereas, the legislation currently in force on arbitration matters is fit for arbitration procedures between private parties, since it has been designed from a model that rules the private sector; nevertheless, given the particularities of the arbitration procedures the Peruvian State is a party to,

it turns out to be unfitting to guarantee transparency of procedures and thereby preventing corruption practices or situations affecting the interests of the State, which cause serious economic consequences for the country;

Whereas, it is urgent and necessary to amend the legal framework currently in force, in the arbitration procedures the Peruvian State is a party to, in order to strengthen the institution of arbitration and to prevent the proliferation of cases in which bad practices result in less-efficient arbitration procedures, causing immense damage to the Peruvian State.

Then, the Decree introduces a series of amendments to the Arbitration Law that seem to be questionable, at least from the perspective of the legislative technique or coherence with the general rules, the most remarkable among them we mention hereafter:

It restricts the application scope of *ad hoc* arbitration to an amount of approximately US\$13,000. For amounts exceeding this sum, institutional arbitration applies. The question arises as to how should it be reflected in the arbitration clause, since the claim amount is not known at the time the clause is stipulated.

If a precautionary measure is requested during an arbitration procedure the State is a party to, an injunction bond must be submitted for an amount not below the performance bond. The question arises, as to why is this measure giving an advantage to the State enacted, and how is this measure related to fighting corruption. (Art. 8 DL No. 1071).

The concept of incompatibilities of arbitrators is expanded, including an element as broad as "*the fact of having personal, work, economic or financial interests which may conflict with the performance of their arbitration powers, whether as lawyers, experts, and/or professionals in other matters*" (Art. 21 DL No. 1071).

The possibility to declare the abandonment of action in cases against the State whenever the parties do not further the procedures for a period of 4 months. This declaration may be done

²⁹ See: <https://gestion.pe/peru/cade-2019-buscamos-evitar-que-empresas-como-odebrech-tengan-arbitros-caseritos-promete-la-ccl-noticia/>.

³⁰ See: <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tipo-de-consultas>.

³¹ See: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-de-urgencia-que-modifica-el-decreto-legislativo-n-1-decreto-de-urgencia-n-020-2020-1848882-4/>.

³² See: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49887706>.



Stop corruption. By Naberacka on Flickr. <https://www.flickr.com/photos/naberacka/8027822868/>

by the tribunal on its own motion, even by the arbitration institution. Nevertheless, upon the lapse of a term of 6 months, new arbitration procedures may be initiated over the same matter (Art. 50-A DL No. 1071).

Additionally, in case of annulment of the award issued in arbitration procedures the Peruvian State is a party to, before a new award is issued, either party may request the substitution of the arbitrator appointed by such party or request to challenge the arbitrators that issued the annulled award (Art. 65 DL No. 1071). It is not clear what would be the legal grounds to proceed with such challenge.

Likewise, a single registry of arbitrators and arbitration centers which may participate in disputes the Peruvian State is a party to is created. (Decree, Art. 1 Transitory). On the other hand, the arbitration agreement the Peruvian State is a party to must be drafted in coordination with the Office of the National Attorney General³³.

Conclusion

We can all agree that the threat of corruption is deadly to arbitration. On the other hand, the case of Fernando Cantuarias and other accused arbitrators demonstrates that a deep division may exist between an entire section of the administration of justice and the world of arbitration, with dire consequences such as preventive custody and the ongoing criminal investigation for some arbitrators.

The efforts used by the private and public sectors seek to eradicate situations that may become breeding grounds for corruption. While the initiative of the Transparency Lighthouse of the Lima Chamber of Commerce has received broad support, the legislative reform is being received with a high level of skepticism. We hope that, in spite of its shortcomings, it succeeds in returning the necessary trust and peace to the users.

³³ The Office of the National Attorney General is the agency in charge of the legal representation and defense of the Ministry of Economy and Finances, pursuant to the provisions of the Law of the System of Legal Defense of the State, and all its corresponding rules of application, supplementary dispositions and amendments. See: <https://www.mef.gob.pe/es/quienes-somos/organizacion/organo-de-control--defensa-juridica?id=562:procuradoria-publica&catid=310>.

CORRUPTION IN CONTRACTS: BURDEN AND STANDARD OF PROOF, AND CONSEQUENCES OF POSITIVE FINDINGS



Agis Georgiades
Partner, CGA Cyprus

Issues of corruption in contracts may arise in arbitration proceedings, as well as in court proceedings before, during or after an arbitration. This paper focuses on the situations where corruption is raised as an issue in arbitration proceedings.

As global corruption becomes more sophisticated, arbitrators have an increasingly important role in the fight against it.² Judge Lagergren issued an award in ICC Case No.1110 in 1965³ by which he declared himself incompetent to rule in an arbitration where issues of corruption and illegality had been raised. Practice and jurisprudence have taken a very different stance since that award. It is now standard practice in international arbitration for tribunals to investigate such issues and to determine their impact on the contract, the proceedings, and the claims and counterclaims raised by the parties. In fact, tribunals consider being bound by a duty to act in such manner, even on their own motion.

Corruption is not easy to prove, while determining the impact of a positive finding of corruption can be a very onerous exercise. And there are no universal definitions of bribery and corruption. On the contrary, there are as many different definitions as there are manifestations of the problem itself. One popular definition that covers a broad range of corrupt activities is the “abuse of public or private office for personal gain”.⁴

It has become axiomatic in international arbitration that the burden of proving an issue generally lies with the party raising it. On this line, corruption must be proved by the party making the relevant assertion. But it is difficult and complicated to determine how much proof is required before a tribunal can make a finding of corruption.

Bribery is not easily proven as it is often undocumented, happens behind closed doors, without witnesses, and the involvement of both sides, actively or passively, is usually a good reason for both to remain bound by a pact of *omerta* (silence). However, corruption does not require direct evidence. It may be inferred from circumstantial evidence⁵ and such proof is equally strong as direct evidence.

In common law jurisdictions, the civil standard of proof is “more likely than not”.⁶ In relation to issues of bribery and corruption, there are different opinions

¹ LLB, LLM, DipIM-ADR, DIN, FCI Arb, CI Arb Accredited Mediator, Barrister (of Lincoln’s Inn), Advocate (CBA); agis@georgiades-law.com.

² Emmanuel Gaillard, “The emergence of translational responses to corruption in international arbitration” *Arbitration International*, 2019, 31, 1-19.

³ Available at: https://www.trans-lex.org/201110/_icc-award-no-1110-of-1963-by-gunnar-lagergren-yca-1996-at-47-et-seq-/.

⁴ Taken from OECD Paper “Corruption: A Glossary of International Criminal Standards”, available at: <http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/39532693.pdf>, p. 19.

⁵ *Fen Farming Co Ltd v. Dnsforf (No.2)* [1973] STC 484.

⁶ *Secretary of State for the Home Department v. Rehman* [2001] UKHL 47, para. 55.



as to whether the standard of proof should increase or decrease. Some commentators suggest that, where there is a reasonable indication of corruption, the burden of proof should shift to the allegedly corrupt party to establish that the legal and good faith requirements were duly met.⁷ On the other hand, such approach would impose an enormous burden on that party, as the proof required of it, may also very likely be unavailable.

A different approach was adopted in the *Impurna California Energy v. PLN* arbitration,⁸ where the tribunal observed the following:

“[t]he members of the Arbitral Tribunal do not live in an ivory tower. Nor do they view the arbitral process as one which operates in a vacuum, divorced from reality. The arbitrators are well aware of the allegations that commitments by public-sector entities have been made with respect to major projects in Indonesia without adequate heed to their econom-

ic contribution to public welfare, simply because they benefited a few influential people. The arbitrators believe that cronyism and other forms of abuse of public trust do indeed exist in many countries, causing great harm to untold millions of ordinary people in a myriad of insidious ways. They would rigorously oppose any attempt to use the arbitral process to give effect to contracts contaminated by corruption. But such grave accusations must be proven. **There is in fact no evidence of corruption in this case. Rumours or innuendo will not do.** Not obviously may a conviction that some foreign investors have been unscrupulous justify the arbitrary designation of a particular investor as a scapegoat.”

On the other end of the spectrum, some argue that the standard of proof should increase for issues of corruption. Thus, in the *EDF (Services) Limited v. Romania* arbitration, the tribunal held that the seriousness of the accusation of corruption de-

⁷ Karen Mills, “Corruption and Other Illegality in the Formation and Performance of Contracts and in the Conduct of Arbitrations Relating Thereto”, *ICCA Congress Series, No.11* (Kluwer: 2003), p.295.

⁸ *Final Award*, 4 May 1999, para.118.

manded “clear and convincing evidence”.⁹ In other words, the tribunal appeared to recognize that the standard of proof required for establishing corruption was somehow higher than the normal civil standard.

The matter remained unsettled in England for several years.¹⁰ In *Re B (Children)* [2008] 4 All ER 1, it was held that the civil standard of proof remains unchanged, even concerning issues that may constitute serious criminal offences.¹¹ This means that the burden of proof remains with the party raising the issue of corruption, and corruption is proved if the evidence shows that it is more likely than not, as with any other issue. But despite the position in English law, studies have shown that most arbitration tribunals tend to apply a higher standard of proof for corruption.¹²

The consequences of a positive finding of corruption will depend on the law applicable to the contract and the circumstances under which the corruption took place. Under English law, a contract to carry out a corrupt act is void ab initio.¹³ It is treated as non-existent and a tribunal that makes such a finding in relation to a contract is bound to dismiss the claims arising from or in relation to that contract.

An important development came from the English judgment in *Patel v. Mirza* [2016] UKSC 42. The Supreme Court adopted a different approach to the question of when a defendant can rely on the defence of illegality. A claimant will not ordinarily be debarred from enforcing a claim for unjust enrichment simply because the money he seeks to recover was paid for an unlawful purpose, though there may be rare cases where enforcing such a claim might be regarded as undermining the integrity of the justice system. According to Lord Toulson, the approach to the question should be as follows (paras.116 & 120):

“116. It is not necessary to discuss the question of locus poenitentiae which troubled the courts below, as it has troubled other courts, because it assumed importance only because of a wrong approach to the issue whether Mr Patel was prima facie entitled to the recovery of his money. In place of the basic rule and limited exceptions to which I referred at para 44 above, **I would hold that a person who satisfies the ordinary requirements of a claim in unjust enrichment will not prima facie be debarred from recovering money paid or property transferred by reason of the fact that the consideration which has failed was an unlawful consideration.** I do not exclude the possibility that there may be particular reason for the court to refuse its assistance to the claimant, applying the kind of exercise which Gloster LJ applied in this case, just as there may be a particular reason for the court to refuse to assist an owner to enforce his title to property, but such cases are likely to be rare...

...

120. **The essential rationale of the illegality doctrine is that it would be contrary to the public interest to enforce a claim if to do so would be harmful to the integrity of the legal system** (or, possibly, certain aspects of public morality, the boundaries of which have never been made entirely clear and which do not arise for consideration in this case). In assessing whether the public interest would be harmed in that way, it is necessary **a) to consider the underlying purpose of the prohibition which has been transgressed and whether that purpose will be enhanced by denial of the claim, b) to consider any other relevant public policy on which the denial of the claim may have an impact and c) to consider whether denial of the claim would be a proportionate response to the illegality, bearing in mind that punishment is a matter for the criminal courts.** Within that framework, various factors may be relevant, but it would be a mistake to suggest that

⁹ Award, 8 October 2009, paras.71 & 72.

¹⁰ See for example: *Bater v. Bater* [1950] 2 All ER 458.

¹¹ The matter is not yet clear in Cyprus. See: Λειβαδιώτης v. Μιχαήλ [1999] 1(Γ) Α.Α.Δ. 1778.

¹² Michael Hwang S.C. & Kevin Lim, “Corruption in Arbitration – Law and Reality”, *Herbert Smith-SMU Asian Arbitration Lecture*, 4 August 2011, para.31.

¹³ Matthew Gearing & Roanna Kwong, “The Common Law Consequences and Effects of Allegations or a Positive Finding of Corruption”, Chapter 10, pp.158-166, in *ICC Institute of World Business Law Dossier “Addressing Issues of Corruption in Commercial and Investment Arbitration”*, p.160; *Chitty on Contracts, Vol.I* (London: 13th ed., 2008, Sweet & Maxwell), paras.1-080 – 1-082, 16-008 – 16-010 & 16-204 – 16-206.

the court is free to decide a case in an undisciplined way. The public interest is best served by a principled and transparent assessment of the considerations identified, rather by than the application of a formal approach capable of producing results which may appear arbitrary, unjust or disproportionate.”

Contracts with a legal purpose, which are procured by corruption, are not void but voidable under English law. This means they can be put to an end at the instance of the innocent party. Fraud may be irrelevant, unless it materially induced the contract.¹⁴ Where bribery (or other instance of fraud or misrepresentation) does not cause the consent to a contract of the party on whom such fraud was practiced, it does not render the contract voidable.¹⁵

In the 2006 investment arbitration between *World Duty Free v. Republic of Kenya*, it was proved that there was a payment of a bribe by the claimant to the president of Kenya to do business with the Government of that country. That is, the bribe was paid to secure that the particular investment would be made. The tribunal found that the bribe was not procured by coercion or oppression or force, nor by undue influence, and there was no hostage factor. On that basis, it declined to grant relief to the claimant.¹⁶ The decision was severely criticized for not being in line with basic international law principles, such as that the actions of the president are attributable to the state.¹⁷ Also, because it allowed the government to escape liability by invoking its own corrupt behaviour.¹⁸

It is important to stress that a voidable contract is not put to an end automatically. It remains enforceable unless and until the innocent party elects to bring

it to an end.¹⁹ Where the innocent party elects to bring it to an end, the contract is cancelled ab initio. If the innocent party does not rescind the contract, then the contract survives and will be enforced according to its terms.²⁰

Where bribery takes place after the contract is entered or in circumstances that do not amount to procurement, the innocent party may bring it to an end as from the moment of discovery, but not ab initio. This may be crucial in determining the remedies that may be available to the parties, as is shown below. Nonetheless, the innocent party must give credit to the other party for any right to damages accrued before the decision to end the contract.²¹ The purpose of rescission is to put the parties to the position in which they were before the contract was concluded.²²

In any event of bribery – other than a contract for an illegal purpose – the innocent party has a choice: to affirm the contract or accept the repudiation and bring the contract to an end. The right to rescind or terminate may be lost, amongst others, by reason of delay.²³ If the contract has been partly executed, the right must be exercised promptly.²⁴ Where the innocent party affirms the contract, expressly or impliedly, its right is exhausted.²⁵ The innocent party’s insistence on performance constitutes such affirmation.²⁶

The innocent party may be entitled to a period for considering its position, as long as it does not affirm the contract. However, the innocent party must consider that, during that period, the breach giving it the right to terminate may be overtaken by another event which prejudices its rights under the contract, such as its own breach. Also, that the defaulting par-

¹⁴ Pollock & Mulla, *Indian Contract & Specific Relief Acts* (New Delhi: 12th ed., Butterworths), pp.564-566.

¹⁵ *Ibid.*, p.545.

¹⁶ Tamar Meshel, “The Use and Misuse of the Corruption Defence in International Investment Arbitration” 30 *J. Int. Arb.* 3, pp.275 & 276.

¹⁷ *Ibid.*, p.278; and Bruce W. Klaw, “State Responsibility for Bribe Solicitation and Extortion: Obligations, Obstacles, and Opportunities” *Berkeley Journal of International Law*, Vol.33, Iss.1 [2015] Art.5, pp.70-72 & 93.

¹⁸ *Ibid.*, p.279; and Joshua Robbins, “A Secret Weapon, But for Whom? Investment Disputes Under the Trans-Pacific Partnership’s Anti-Corruption Chapter” *Kluwer Arbitration Blog*, 24 August 2016, pp.2-3.

¹⁹ *Ibid.*, pp.551 & 567.

²⁰ Gearing & Kwong (above), p.160.

²¹ Gearing & Kwong (above), p.162.

²² *Ibid.*, p.161; and Pollock & Mulla (above), pp.552-554.

²³ *Ibid.*, p.162.

²⁴ Pollock & Mulla (above), p.548.

²⁵ *Ibid.*, p.547.

²⁶ *Ibid.*, pp.559-561.

ty may resume performance of the contract and thus end any continuing right of the innocent party to elect termination. The validity of such election is judged on the date of the election. If, following a breach, the innocent party becomes aware of the facts giving it the right to terminate and makes an express or implied representation that it will not exercise that right, it will be found that the innocent party chose to affirm the contract. Once the contract is affirmed, the affirmation is irrevocable.²⁷

This is also the position under Cyprus law. In *Bulk Oil v. Electricity Authority*,²⁸ the innocent party failed to exercise its right to terminate the contract. It rather insisted that the contract should have been performed, up to the point when the contract became ipso facto terminated. The Court held that the innocent party's right to terminate was lost when the contract became terminated. It also lost any rights it may have had to compensation which depended on the exercise of the right to terminate (p.1288).

These matters explained in length in *Tigris International v. China Southern Airlines Company* [2014] EWCA Civ 1649. The English Court of Appeal considered the consequences of the termination of a contract for alleged surreptitious dealing between one party and another party's agent. It found the following (paras.143-144 & 187):

"143. ... the remedies available to the principal of an agent bribed or offered a secret commission by his counterparty include the following. **If the agent is bribed to enter into the contract the principal may rescind it i.e. avoid it *ab initio***, provided that counter restitution can be made and the right has not been lost e.g. by delay. This is rescission properly so called – an equitable remedy. **If, after the contract has been entered into, the agent is bribed in the course of its performance, the principal may bring it to an end as from the moment of discovery** i.e. for the future. The same applies if the bribery was effected at the time of the contract but for some reason (delay, impossibility of counter restitution, rights of bona fide third parties etc.) rescission *ab initio* is impossible: *Logicrose* at 1260F. At law bribery, whether at or after contract,

amounts to a repudiatory breach by the bribing party which, on discovery, his counterparty may accept as bringing the contract to an end. Whether that is because bribery is a stand-alone ground for termination, or the obligation to restrain from it an incident or an implied term of every contract is debatable and, for present purposes, does not matter.

144. Whether or not Tigris was entitled to avoid the contract *ab initio* is of potential significance for present purposes. If Tigris was so entitled it can claim the return of its deposit. If it was only entitled to accept a repudiation or rescind for the future such that the contract subsisted until it did so it must give credit for any right to damages that accrued before such acceptance. I consider this further below..

...

187. CSA contends that Tigris has already received credit for the deposit and cannot recover it again. Even if it is assumed that CSA was in repudiatory breach of the ASA, and that Tigris had validly terminated it in consequence, the contract was not brought to an end until 4 December 2009 at the earliest, or possibly 27 November 2009. By that time, however, Tigris was already in breach of its obligation to take delivery under the ASA, as it had been since July. Tigris would only be released from its prospective obligations and would remain liable for those which had accrued. CSA's accrued right to damages was not affected by Tigris' later acceptance of CSA's repudiation, if that is what it was. Accordingly CSA had, as at 4 December, a right to damages which accrued on 31 July or 27 August. As Lord Diplock put it in *Berger & Co Inc v Gill & Duffus SA* [1984] AC 382,390:

"[The termination of the contract] had the consequence in law that all primary obligations of the parties under the contract which had not yet been performed were terminated. This termination did not prejudice the right of the party so electing to claim damages from the party in repudiatory breach for any loss sustained in consequence of the non-performance by the latter of his primary obligations under the contract, future as well as past. Nor did the termination deprive the party in repudiatory breach of the right

²⁷ Adam Robb, Jess Connors & Patrick Hennessy, "Termination: The Pitfalls" October 2014, D173, *Society of Construction Law*, paras.363-371; and Chitty (above), paras.37-216 – 37-219 & 37-242 – 37-247).

²⁸ [2001] 1(B) C.L.R. 1277.

to claim or to set off, damages for any past non-performance by the other party of that other party's own primary obligations, due to be performed before the contract was rescinded””

The principles mentioned above can also be demonstrated by reference to the facts and findings in ICC Case No.21142, in which a final award was issued on 5 May 2017. This case concerned a dispute between a contractor and a public authority in relation to the design, construction and 10-year operation of a plant. Disputes had arisen between the parties, which were referred to ICC arbitration during the operation stage. Eventually these disputes were settled. Shortly after the settlement was signed, evidence came to surface that certain officials of the public authority in question had received large amounts of bribes from the contractor. Criminal proceedings were initiated, in which the contractor appeared as a witness for the prosecution. The officials were imprisoned.

While criminal proceedings were pending, other officials took up the administration of the plant, who demanded from the contractor to continue performing under the contract but stopped all payments to the same. Subsequently the contractor terminated the contract and brought a second ICC arbitration, claiming payment for work done and loss of profit. The respondent authority asserted that all contractor's claims should have been dismissed because of the admitted bribery. At the same time, it brought counterclaims, demanding the return of the amount that was paid under the settlement agreement and damages.

In the arbitration, it was admitted that the contractor had made payments to the respondent's officials. But the claimant's position was that these payments were extorted by the officials, with threats of causing serious economic harm to the claimant. The claimant insisted that it had received no benefit whatsoever in return. Evidence of the corruption was limited. The parties could not even agree on the amounts and dates of payments. At the hearing, it was revealed that the first payment was made a few months after the initial contract was signed.

Several other payments were made subsequently, including a payment just a few weeks after the settlement. All payments were made in cash. In one instance, the cash was delivered to an official at a local pharmacy. In another, one of the officials travelled to Greece, received a sealed envelope outside the airport, and flew back to Cyprus two hours later. Some of the money was traced in foreign bank accounts of the officials and their relatives. It was obvious that bribery would not be proved without the contractor's evidence.

The tribunal found no evidence that the original contract or the settlement were procured by bribery. To the contrary, the original contract was obtained by a competitive tender for which the contractor was duly qualified and submitted the most competitive bid. As for the settlement, the facts showed that it was a concession of the claimant, it was not illegal and there was no evidence tending to show that it was procured by bribery. The proximity between the settlement and the bribes was not such as to give rise to an inference that the latter procured the former. The tribunal refused to make such a finding based on assumptions. Accordingly, the tribunal decided to award the claimant compensation for all work that had remained unpaid. But it refused to award damages for loss of profit resulting from the termination, holding that allowing such claim would amount to allowing the contractor to benefit from its own wrong, namely, to agree to make the bribery payments to the respondent's officials. All counterclaims were dismissed, and costs were awarded in favour of the claimant.

The award demonstrates how important the difference is between a contract that may be avoided ab initio and one that may be put to an end from the time of discovery of the breach. It also shows that an act of bribery, even without proof that it was done for procuring a contract, may be detrimental to the remedies available to a party in an arbitration. Lastly, in this case, unlike *World Duty Free*, the public authority did not manage to escape all liability by invoking the corrupt behaviour of its own officers.

CORRUPTION IN INVESTMENT ARBITRATION: A MOVE TOWARDS A MORE HUMAN APPROACH TO EVIDENCE?



Wilson Antoon
Partner, King & Wood
Mallesons



Alexis Namdar
Managing Associate,
King & Wood
Mallesons

Professor Timothy Levine is one of the world's foremost psychologists dealing with the thorny issue of truth telling. He has famously postulated that a human being's default assumption is their counterparty is honest. Repeated studies by Levine have shown people do much better than average at guessing when people are being truthful, and far, far worse when attempting to point out liars.

The experiments reveal that we, as a species, are only minded to turn our backs on a default assumption of truth when presented with overwhelming evidence that we are being lied to. We look everywhere for those clues – and the natural human approach is to Hoover up as much evidence as we can.

Those of us looking for a toolkit to root out liars in the realm of investor-state disputes know this has not always been the approach taken by arbitral tribunals.

In particular, there has been a long running debate as to the standard of evidence required when corruption is alleged. The debate focusses on whether a higher standard of proof should be adopted, disregarding facts that are insufficiently clear – or – whether a more pragmatic approach, on the balance of probabilities, should animate a tribunal. The balance of probabilities approach is promoted by its adherents, in part, because of strong public policy arguments for deterring corruption and because the hidden nature of nefarious dealings often denies a party clear evidence.

Levine's research suggests that, as a species, we arrive at the truth more often when we do not limit the evidence we will consider. The human approach, therefore, is to weigh as much evidence as possible.

Four recent corruption cases may show a drift in that direction.

Niko Resources v Bapex and Petrobangla

The long running Niko case saw a material decision in February 2019.¹ The original dispute arose in relation to two contracts, a joint venture agreement and gas purchase and sale agreement, concluded between Niko and Bangladeshi state parties including Petrobangla, the Bangladeshi national oil company. The original claims were for payment due for natural gas delivered and a declaration of non-liability for damage to wells drilled in Bangladesh. In 2016, the respondents brought a claim, which had been raised previously as a defence in the jurisdictional stage of the pro-

¹ *Niko Resources (Bangladesh) Ltd v Bapex and Petrobangla*, ICSID Case No. ARB/10/11 and ICSID Case No. ARB/10/18, *Decision on the Corruption Claim*, 25 February 2019 (Schneider, McLachlan, Paulsson).

ceedings, that the claimant had obtained the contracts through corruption. The respondents requested a reconsideration of the tribunals' Decision on Jurisdiction. The respondents claimed the contracts should be declared void *ab initio* based on new evidence of corruption, and Niko's claims should be dismissed in their entirety.

The February 2019 decision addressed the issue of the standard of proof in corruption cases. Niko argued for a "heightened" standard of proof and the respondents argued the ordinary standard, the balance of probabilities, should apply.²

The tribunals ultimately adopted a "less formalistic sensibility",³ saying they did not find "assistance in terms such as 'preponderance of evidence' and 'heightened standard of proof'".⁴ The tribunals decided to follow a pragmatic approach that did not filter evidence to a higher legal standard, adopting the position that to do otherwise would be to "abdicate [their burden of choice] by rote reference to an abstract 'heightened' standard of proof". The tribunals said they would take into account both direct evidence as well as "circumstantial evidence, inferences, [...] presumptions and indicators of possible corruption (such as 'red flags')".⁵

In the end, the tribunals found the evidence did not establish the contracts were procured by corruption.

Sanum v Laos and Lao Holdings v Laos

The *Sanum v Laos*⁶ and *Lao Holdings v Laos*⁷ proceedings ran over seven years and gave rise to several other

sets of treaty proceedings as well as SIAC commercial arbitrations and battles in the US and Singaporean courts. The underlying dispute concerned investments made in casinos in the Lao People's Democratic Republic. The respondent argued the claims should be dismissed in their entirety as the investments had been procured and operated corruptly, as the claimants had engaged in bribery, embezzlement and money laundering.⁸ The claimants' primary allegation was expropriation without compensation, flowing from a plan to push the claimants out of Laos.

As in *Niko*, the parties advanced two opposing standards for weighing evidence of corruption: a heightened standard versus a balance of probabilities standard.⁹ In *Sanum* (and with the same reasoning in the separate award in *Lao Holdings*), the tribunal ruled that a higher standard should be adopted to ensure "a rigorous testing" given the "severity of the consequences" of corruption allegations.¹⁰ The tribunals did not find there was sufficient evidence of bribery and corruption of public officials based on the higher standard of proof.¹¹

In the subsequent reasoning, however, the tribunals did not hold rigidly to this higher standard. The tribunals went on to consider a series of allegations of gross financial impropriety against the lower standard. The tribunals concluded that a lower standard of "balance of probabilities" was relevant to the issue of the claimants' good faith and the legitimacy of the claimants' alleged "legitimate" expectations of fair and "equitable" treatment.¹² The tribunals held that the "corruption of Government officials [was] established to the lower standard of 'balance of probabilities'".¹³

² *Id.*, para. 802.

³ *Id.*, para. 806 quoting with approval A. Llamzon.

⁴ *Id.*, para. 805.

⁵ *Id.*, para. 806 quoting with approval A. Llamzon.

⁶ *Sanum Investments Limited v The Government of the Lao People's Democratic Republic, UNCITRAL, Award, 6 August 2019 (Sureda, Hanotiau, Stern).*

⁷ *Lao Holdings N.V. and the Lao People's Democratic Republic, ICSID ARB(AF)/12/6, Award, 6 August 2019 (Binnie, Hanotiau, Stern).*

⁸ *Sanum*, paras. 86-93; *Lao Holdings*, paras. 88-95.

⁹ *Sanum*, para. 94; *Lao Holdings*, paras. 96.

¹⁰ *Sanum*, paras. 107-108; *Lao Holdings*, paras. 109-110.

¹¹ *Sanum*, paras. 138, 147, 156; *Lao Holdings*, paras. 139, 148, 157.

¹² *Sanum*, para. 161; *Lao Holdings*, paras. 162, 278.

¹³ *Ibid.*



Ugandan anti-corruption sign. By Futureatlas.com on Flickr. <https://www.flickr.com/photos/87913776@N00/4363265760>

The consequence of this was determinative. Relying on the principle that “bad faith conduct of the investor is relevant to the grant of relief under an investment treaty”,¹⁴ the claimants’ bad faith initiation and performance of the investments meant the claimants were not entitled to the benefit of treaty protection.¹⁵

The claims were dismissed on the merits and bad faith was cited throughout the tribunals’ reasoning.

Glencore v Colombia

In *Glencore v Columbia*, the respondent state claimed Glencore had obtained an amendment to a 30-year coal mining concession agreement through corruption of a Colombian government official.¹⁶

Colombia argued the tribunal therefore lacked jurisdiction and Glencore’s claims were inadmissible as tainted by illegality. As regards the standard

of proof, Colombia argued the tribunal should not apply a heightened standard but instead embrace the entirety of the evidence on the record.¹⁷

The tribunal’s decision came some six months after the *Niko* decision and within a month of the *Sanum* and *Lao Holdings* decisions. However, in contrast to those decisions, the *Glencore* tribunal saw “no reason to depart from the traditional standard of preponderance of the evidence”.¹⁸ The tribunal considered it had a duty to consider as wide an ambit of evidence as possible: “provided that there are prima facie grounds for suspecting malfeasance, an international arbitration tribunal has the duty to investigate the facts, even *sua sponte*, and to take appropriate measures under the applicable principles of law”.¹⁹

The tribunal quoted the respondent’s argument favourably, that a tribunal should “adopt a methodology of starting from “red flags” (individual indicia of corruption) and “connecting the dots” to obtain a larger picture”.²⁰ Upon analysing the facts, the tribunal held that the respondent failed to substantiate its allegations.

Still no clear standard – but a more human approach

Although the cases have contradictory elements, the tribunals appeared to show a desire to depart from the application of a rigid and abstract higher standard of evidence in corruption cases.

The ultimate outcome of all four awards rested on an analysis of the preponderance of evidence, with the decisions heavily influenced by a flexible approach to methods of proof.

Professor Levine might say this is only human – and, moreover, the best way to get decisions right, most of the time.

¹⁴ *Sanum*, para. 104; *Lao Holdings*, para. 237.

¹⁵ *Lao Holdings*, paras. 278-280.

¹⁶ *Glencore International A.G. and C.I. Prodeco S.A. v Republic of Columbia*, ICSID ARB/16/6, Award, 27 August 2019 (Fernández-Armesto, Garibaldi, Thomas).

¹⁷ *Id.*, para. 566.

¹⁸ *Id.*, para. 669.

¹⁹ *Id.*, para. 664.

²⁰ *Id.*, para. 669.

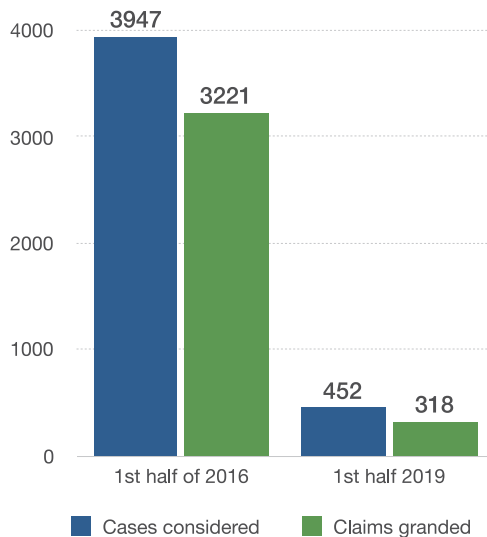
RESOLUTION OF THE PLENARY SESSION OF THE RUSSIAN SUPREME COURT ON ARBITRATION: TEN IMPORTANT TAKEAWAYS



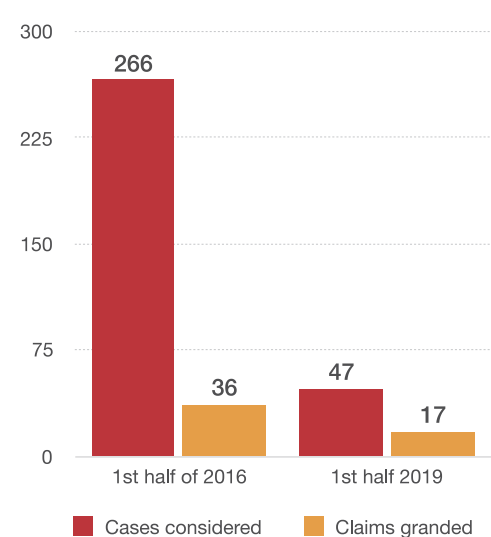
Vladimir Khvalei
Partner, Baker
McKenzie, Moscow

On 10 December 2019 the Plenary Session of the Russian Supreme Court passed Resolution No. 53 "On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration" (hereinafter, the "**Plenary Session Resolution**"). In view of the fact that the Supreme Court sometimes takes an inconsistent position on arbitration, the Plenary Session Resolution turned out to be much better than expected. However, despite all the friendliness of the Plenary Session Resolution toward arbitration, it is unlikely to improve the situation with arbitration in Russia, since the main obstacle to its development is the administrative barrier in the form of the requirement to obtain a permit from the Russian Ministry of Justice, which no Russian arbitral institution has been able to overcome within a purely legal framework. As a result of the reforms, the arbitration market shrank nearly tenfold.

Cases for the issuance of a writ of execution for enforcement of an arbitral award



Cases for the setting aside of arbitral awards



Nevertheless, the author has attempted to summarize the most interesting provisions of the Plenary Session Resolution.

1. Assistance is sort of being provided to arbitration courts, only arbitration courts sort of don't exist...

The Plenary Session Resolution once again provided a reminder that state courts should provide arbitration courts with assistance in the appointment, disqual-

ification, or termination of powers of an arbitrator along with the obtainment of evidence and the adoption of interim measures.

However, in the post-reform practice of Russian state courts, only ten cases were found in which the parties asked state courts for assistance in the appointment of arbitrators and all these cases were related to the arbitration courts with controversial reputation. The assistance was granted only in 5 cases, and these cases were backed to 2017.

Similarly, there are practically no statistics for cases in which the parties attempted to obtain evidence with the help of state courts for use in arbitral proceedings. In the small number of cases (a total of two) where the arbitral tribunals, acting under the Rules of the Arbitration Center at the RSPP [Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs], approached a state court for similar assistance, this assistance was denied.¹

To conclude, in theory the state courts are prepared to provide assistance to arbitral tribunals, but there are almost no arbitration courts that we need of such assistance...

2. The Kiev Agreement does not apply to arbitration courts

The main objective of the Agreement On The Procedure For Resolving Disputes In Connection With Business Activities that was signed on 20 March 1992 in Kiev (the “**Kiev Agreement**”) was to fill the vacuum that arose after the breakup of the USSR in 1991. This led to the need to create a legal mechanism for determining the jurisdiction in commer-

cial disputes within the CIS, and for the enforcement of judgments handed down by state courts of one CIS country in the other CIS country. Thus, the Kiev Agreement was mainly intended to regulate proceedings in state courts, not in arbitration. However, insofar as at that time the majority of CIS countries were not parties to the New York Convention (except for Russia, Belarus and Ukraine), the Kiev Agreement also applied to arbitral awards. But after most of the CIS countries joined the New York Convention, the existence of a double enforcement regime (under the Kiev Agreement and the New York Convention) began to create problems in practice.

In order to avoid such collision, the Supreme Arbitrazh [Commercial] Court of the Russian Federation as far back as 1996 explained that the Kiev Agreement does not apply to arbitral awards,² however, state courts still continued to rely on it.³ In December 2018, the Russian Supreme Court in its Overview of Court Practice⁴ again pointed out that the provisions of the Kiev Agreement applied only to issues of mutual recognition and enforcement of judgments handed down by courts of foreign countries, and not arbitration courts. Nevertheless, even after this explanation, courts continued to invoke the Kiev Agreement in cases involving the recognition and enforcement of foreign arbitral awards, including with respect of serving the respondents in arbitration.⁵

In order to terminate this practice, the Plenary Session Resolution again explained to lower courts⁶ that the provisions of the Kiev Agreement

¹ *Ruling of the Arbitrazh Court of the City of Moscow dated 25 October 2018 in case No. A40-221117/18-68-1727; Ruling of the Arbitrazh Court of the City of Moscow dated 13 September 2018 in case No. A40-183144/18-83-998.*

² *Letter of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation No. OM-37 dated 01.03.1996*

³ *Ruling of the Judicial Panel on Economic Disputes of the Russian Supreme Court dated 22.10.2015 N 310-ES15-4266 in case N A36-5174/2013; Ruling of the Arbitrazh Court of the Western Siberian District dated 06.10.2017 N F04-3867/2017 in case N A03-3509/2017, Ruling of the Arbitrazh Court of the Moscow District dated 16.03.2018 N F05-2232/2018 in case N A40-204190/17.*

⁴ *“Overview of court practice in cases involving the performance of the function of assistance and monitoring of arbitral tribunals and international commercial arbitration” (ratified by the Presidium of the Russian Supreme Court on 26.12.2018).*

⁵ *Resolution of the Arbitrazh Court of Moscow Circuit dated 18.11.2019 No. F05-19912/2018 in case N A40-90601/2019.*

⁶ *However, one doubts the legality of such an interpretation of the provisions of the Kiev Agreement. It would be more correct to invoke Clause 1 of Article VII of the New York Convention, which points out that the provisions of the convention do not affect the validity of other multilateral or bilateral agreements with respect to the recognition and enforcement of arbitral awards. This very article says that notwithstanding the provisions of the New York Convention, a party has the right to use any arbitral award, including to the extent allowed by law or by international treaties of countries where the recognition and enforcement of such arbitral award is requested. Due to this, it has become established practice in the world that in cases where several international treaties exist which provide for the enforcement of foreign arbitral awards, priority should be given to the treaty that stipulates the most favorable conditions for the validity of the arbitration agreement or the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.*

and the Minsk Convention⁷ do not govern issues of the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

3. The procedure for sending notifications, established for the hearing of cases in state courts, does not apply to arbitration

Similarly, the Plenary Session Resolution once again explained the obvious⁸, namely that “by virtue of the dispositive arbitration proceedings, the parties are entitled to establish any procedure for receiving written communications or to follow the procedure set forth in the rules of a permanent arbitration institution whose application the parties agreed to.”

4. The place of arbitration is not the same as the location of the arbitral institution or the hearing venue

Insofar as for a long time the only example of an arbitration court in Russia was the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (the “ICAC”), judges gathered information on arbitral proceedings based on the procedural traditions of the ICAC. These traditions included holding hearings at the location of the ICAC, thanks to which the place of arbitration, location of the arbitral institution and the hearings venue always coincided.

Therefore, when judges came up against some “suspicious arbitrations” where the hearing was held in a place other than place of arbitration or the location of an arbitral institution, they viewed it as a violation of the arbitration agreement.

For example, in 2001 Russian state courts refused to recognize and enforce an arbitral award of the Arbitration Institute at the Stockholm Chamber of Commerce, finding a violation of the arbitration procedure agreed by the parties, because the tribunal held the hearing in Stockholm, while the place of arbitration was Moscow.⁹

In the famous “Singapore Arbitration Case” the courts found that the hearing of the notorious Russia-Singapore Arbitration Center took place in Moscow, and the award was actually signed in Moscow, therefore the courts should apply the procedure for enforcing Russian domestic awards, and not foreign.¹⁰

Therefore, in order to avoid further misunderstandings in this matter, the Plenary Session Resolution states: “The place of arbitration does not have to be the same as the location of the arbitral institution under whose rules the arbitration proceedings are held, or the venue of the hearing in the case.”

5. Alternative and asymmetrical arbitration clauses

The Sony Ericsson case attracted a lot of attention.¹¹ In this case, arbitrazh (state commercial) courts found invalid a dispute resolution clause, because it provided only one party with the ability to choose whether to apply to a state court or to the ICC. Thus, this clause was not only alternative, but also asymmetrical, which, in the opinion of the courts, violated the procedural equality of the parties. The decision of the Supreme Arbitrazh [Commercial] Court in this case¹² left many questions, insofar as from its text it was unclear whether the entire clause was invalid, or only that part which granted additional procedural rights to one party in comparison to the other party.

This lack of clarity seriously rattled the arbitration community, as similar alternative and asymmetrical arbitration clauses are commonly used by English banks: under such clauses, a bank has the right to choose, at its own discretion, either LCIA arbitration or a state court, while a borrower only has the right to apply to the LCIA.

In order to avoid further doubts about this, the Plenary Session Resolution states: “A dispute resolution agreement that secures the right of only

⁷ Convention on legal assistance and legal relationships in civil, family and criminal cases, dated 22.01.1993.

⁸ Clause 48 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 “On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration”.

⁹ See Ruling of the Russian Supreme Court N 5-G01-142 dated 09.11.2001.

¹⁰ See Resolution of the Arbitrazh Court of the Moscow District in Case No. A40-219464/16 dated 19 July 2017.

¹¹ See Legislation and Practice of International Arbitration in the Russian Federation (chapter authors V.V. Khvalei, I.V. Varyushina) // Baker McKenzie Yearbook on international arbitration for 2012-2013, JurisNet, pp. 370-373.

¹² Resolution of the Supreme Arbitrazh Court of the Russian Federation in case VAS-1831/12 dated 19 June 2012.

one party to choose (an asymmetrical agreement), is invalid to the extent that it deprives the other party of the right to choose between the same means of resolving a dispute. In this case, each party to an agreement has the right to use any means of dispute resolution among those stipulated in the alternative agreement concluded by the parties.”¹³

6. The failure to challenge before a state court a partial award on jurisdiction does not prevent to challenge jurisdiction at the stage of setting aside of an arbitral award or at the stage of enforcement

The Russian arbitration law allows to separately challenge a positive decision of an arbitral tribunal on jurisdiction, and sets a deadline for such an appeal.¹⁴ Thus, a question has arisen: was the party obliged to challenge the award on jurisdiction, or it is a right, and such party could challenge jurisdiction after the final award is issued?

The Plenary Session Resolution explained that applying to a court for the challenge of a partial award on jurisdiction is a right, and not an obligation of the parties.¹⁵

7. Interim measures in support of arbitration proceedings

Despite the fact that some authors of the arbitration reform stated that Russian arbitration law has been brought into line with the 2006 UNCITRAL Model Law, this is not correct. The key changes in the UNCITRAL Model Law in 2006 concerned the enforcement by state courts of arbitral tribunals orders on interim measures as well as oral form of arbitration agreements.

Russian law, instead of introducing rules on the enforcement by state courts of decisions by arbitral tribunals on interim measures, was limited to a declarative statement that such decisions were subject to performance by the parties.¹⁶

Following this rule, the Plenary Session Resolution stresses that no writs of execution are to be issued for the enforcement of arbitral tribunals’ decisions on interim measures. Rather, a party in an arbitration proceeding that seeks to obtain an interim measure must apply to a state court in accordance with a standard procedure.

8. A final arbitral award may not be challenged at all, if prohibited by the direct agreement of the parties. Well, almost not at all.

Following modern trends,¹⁷ Russian legislators stipulated that arbitral awards may not be challenged when there is an direct agreement between the parties. However, the effectiveness of this provision has caused skepticism among pessimists. And for a good reason. The Plenary Session Resolution states: “Other parties whose rights and obligations were the subject of the arbitral award, and in certain cases stipulated by law, the prosecutor (part 1 of Article 418 of the Civil Procedure Code of the Russian Federation, and parts 2, 3, and 5 of Article 230 of the Arbitrazh Procedure code of the Russian Federation) has the right to challenge such a decision in court by filing an application for the setting aside thereof.”¹⁸

The existence of such a loophole paves the way for some companies to set aside arbitral awards in cas-

¹³ See Clause 24 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 “On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration”.

¹⁴ See Article 16 of Law of the Russian Federation N 5338-1 dated 07.07.1993 “On international commercial arbitration”; Article 16 of Federal Law N 382-FZ dated 29.12.2015 “On arbitration (arbitration proceedings) in the Russian Federation”; Article 235 of the Arbitrazh Procedure Code of the RF. In accordance with the above provisions, in the wording in effect at the time of publication, this period is 1 month as from the date of receipt of the notice on the decision.

¹⁵ See Clause 33 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 “On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration”.

¹⁶ See Clause 1, Article 17 of Law of the Russian Federation N 5338-1 dated 07.07.1993 “On international commercial arbitration”; Federal Law N 382-FZ dated 29.12.2015 “On arbitration (arbitration proceedings) in the Russian Federation”.

¹⁷ Article 1522 of the Civil Procedure Code of France; Article 192 of the Private International Law Act of Switzerland; section 51 of the Sweden Arbitration Act.

¹⁸ Clause 43 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 “On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration”.

es where the parties have agreed to prohibit the challenge thereof.

9. A state court does not have the right to review an arbitral award on the merits. In theory, of course.

The Plenary Session Resolution once again confirmed what should have been understood without additional explanation: "... when resolving an application for the challenge of an arbitral award, for the enforcement thereof, a court does not have the right to reevaluate the circumstances established by the arbitral tribunal, or to review the arbitral award on the merits, and shall be limited to establishing whether grounds exist for the setting aside of the arbitral award."

As the saying goes, if only the words of the Plenary Session may reach the judges' ears. Because despite the prohibition on reviewing an arbitral award on the merits, this is exactly the sin that courts periodically commit.

The latest example is the case of the setting aside of an arbitral award issued under the ICAC Rules in 2019, when the courts held¹⁹ that the amount of penalties awarded by arbitrators was excessive, although it was fully in line with the contract. The courts also shamelessly disagreed with the assessment of evidence in the ICAC case, although as a matter of principle they should not have reevaluated the evidence. And

they did not even leave in force the part of the ICAC award that did not concern the penalties, as the Plenary Session Resolution requires, when stating that if only part of an award is invalidated, then only that part should be set aside.²⁰

It is interesting that literally one month before passing the Plenary Session Resolution, the Supreme Court refused to review a court decision in this case.

10. Non-conformity with arbitration procedure or legislation must be substantial

An important innovation of the Plenary Session Resolution is the fact that the Supreme Court indicated that not every violation of arbitration procedure or the law constitutes grounds for the setting aside of an arbitral award, or for a refusal to enforce it; only substantial ones, that is, "if the violation committed led to a substantial violation of the rights of one of the parties, causing an infringement of the right to a fair consideration of the dispute."²¹ Also, the party must have filed objections against such non-conformity without an unjustifiable delay, as stipulated in Article 4 of the RF Law on International Commercial Arbitration.

This provision should help prevent the setting aside of awards on formal grounds, when a violation of procedure in arbitration proceedings has in fact taken place but such violation is not substantial.

¹⁹ See the case file at: <http://kad.arbitr.ru/Card/eb263ec6-b232-4101-ac66-9dead6d09a8b>.

²⁰ Clause 52 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 "On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration".

²¹ Clause 49 of the Resolution of the Plenary Session of the Russian Supreme Court No. 53 "On the carrying out of functions by courts of the Russian Federation regarding the assistance and monitoring of arbitration proceedings and international commercial arbitration".

JOINT CONFERENCE OF THE RAA AND THE SPANISH ARBITRATION CLUB “CORRUPTION IN ARBITRATION”



Dmitry Artyukhov
Lawyer, Arbitration.ru
Editor-in-Chief

On February 6, 2020, a joint conference of the RAA and the Spanish Arbitration Club (CEA) “Corruption in Arbitration” took place at the Marriott Grand Hotel in Moscow.

The first session, “The Truth About Corrupt Contracts: Contracts Obtained through Corruption and Contracts Covering Bribes,” was opened by **Vladimir Khvalei**, Partner at Baker McKenzie, Russia. He reminded the audience of the legend of the judgment of Paris - a mythical contest in which the mortal hero had to determine which of the ancient Greek goddesses was the fairest, and thus was to retain the [golden apple](#) bearing such an inscription, which [Eris](#), the goddess of strife and discord, gave to the three goddesses. Of course, the story had a special meaning when told in the legal language of modern arbitration. Each of the goddesses tried in her own way to bribe the “judge” of the beauty contest, and Aphrodite succeeded and was judged to be the fairest. According to legend, the Trojan War began as a result of this corrupt court. The chairman of the RAA noted three conclusions that could be drawn from the legend. Firstly, that arbitration is as old as the world. Secondly, that corruption in arbitration is as old as the world. Thirdly, that corruption in arbitration leads to wars.

Mark Pieth, Professor of criminal law and criminology at the University of Basel, Switzerland, spoke about the documents that were to be the focus of discussion at the conference. Central among these was the “Toolkit for Arbitrators. Corruption and money laundering in international arbitration”, prepared by the University of Basel with the participation of lawyers from around the world. The professor talked about his 24-year experience in investigating corruption as part of the OSCE working group. Mr. Pieth briefly drew attention to high-profile corruption cases in arbitration, such as *IPOC* and *Spentex v. Uzbekistan*, and also mentioned such precedent cases as the ICC case of 1963 resolved by *G.Lagergren* and *World Duty Free v. Kenya*.

Agis Georgiades, Partner at Christos Georgiades & Associates LLC, Cyprus, analyzed OSCE definitions of corruption, and spoke about the burden of proof in corruption cases. He emphasized that corruption does not always require direct evidence, especially in common law countries. In the context of the burden of proof, the speaker turned to cases of *EDF (Services) Limited v. Romania*, as well as *Patel v. Mirza*, reviewed by English courts. Mr. Georgiades spoke about an ICC case in which he had a chance to participate: there the fact of corruption became known during the performance of the contract - the construction a plant.

Wilson Antoon, Partner at King & Wood



Mallesons, UK, spoke about the differences between corruption cases in the commercial and in international investment arbitration. The English lawyer noted that the number of corruption cases examined by IC-SID suggests that the standard of proof in the context of corruption in international arbitration is a practical and live question, and not a doctrinal one. According to Mr. Antoon, arbitrators can take into account the fact of corruption at the stage of jurisdiction, admissibility and merits of the dispute. Issues of jurisdiction include direct and implied requirements of legality, admissibility includes international public order, issues of unfair conduct, as well as “unclean hands” when concluding a contract. The speaker listed the types of evidence of taking a bribe when concluding international investment contracts.



Jose Feris, Partner at Squire Patton Boggs, France, spoke about his experience of corruption-related cases and the approach of the ICC Court of Arbitration. He turned to the Lagergren case already mentioned by Mark Pieth, in which the arbitrator dismissed the case for lack of jurisdiction. Feris also analyzed several ICC decisions covering various aspects of evidence of corruption. In one of them, the ICC established the duty of arbitrators to investigate corruption that they became aware of in the course of resolving the case (ICC Case 14920).

The second session, entitled “The Gifts and the Wise Blind: Corruption among Arbitrators and Arbitration Institutions. Presentation of the Code of Best Arbitration Practices of the Spanish Arbitration Club (CEA)” was opened by Alfonso Gomez Acebo, partner of Cuatrecasas, Spain. The speaker made a presentation of the Code, describing its structure and core provisions, one of them being the independence of arbitral institutions. Besides the rules

of conduct, the Code also offers arbitral institutions a model set of arbitration rules, attached as appendix to the document.

Cristina Alexi, Partner of ACEADVISOR - Attorneys at Law, Romania, briefly described the history and system of arbitration in Romania. She analyzed the criminal scheme, in which one person in just a few years managed to seize administration of the court at the CCI of Romania by changing the rules of this institution. In 2014, this man was arrested on charges of corruption.

Paul A. Gélinas, international arbitrator, Paul-A. Gélinas Law Office, France, recalled two arbitration proceedings that began in Bulgaria back in 2007 and ended only a few months ago, with claims totaling 35 million euros. The speaker talked about the unusual distribution of fees between the arbitrators and the Bulgarian Arbitration Court: the three arbitrators received an extremely low share of 30% instead of the usual 90% that would be as a rule due to arbitrators in other arbitrations. Gélinas described how he and his colleagues challenged this distribution in various Bulgarian state courts.

Galina Zukova, Founding Partner of ZUKOVA Legal, France, spoke in detail about the case of the millionaire Mr. Tapie, which caused great public resonance in France. Mr. Tapie, a flamboyant businessman who decided to go into politics, litigated against his bank over management of his shares of the Adidas company in France. There, the processes lasted about 10 years and eventually landed in binding arbitration. One of the three arbitrators who awarded Tapie several hundreds million euros was found to be linked to the millionaire, and state courts again partially reversed the decision of the tribunal.





Elina Mereminskaya, Partner, WAGEMANN Abogados & Ingenieros, Chile, drew the attention of the audience to the details of the Odebrecht case, which involved four Peruvian presidents and several high-profile lawyers. The Peruvian prosecutor's office announced that bribes to the arbitrators were hidden in the tribunal's fees. The country's court of appeal then revised the verdict by which lawyers were taken into custody, and most lawyers were released on bail.

Alexander Muranov, Managing Partner of Muranov, Chernyakov & Partners, Russia, presented a number of problems that could make fertile ground for corruption in arbitration in Russia. The speaker noted that at the moment this sphere is quasi-monopolized by the three existing arbitral institutions. According to him, there are three pillars on which arbitration in Russia is built: arbitration is removed from antitrust regulation; the right to administer arbitrations in Russia is granted only to arbitral institutions pre-approved by the state; the existing three centers serve the interests of certain power groups.

Panelists of the third session, "The Role of Arbitration Institutions in the Fight against Corruption," were presented by **David Goldberg**, Partner of White & Case, Russia. Mr. Goldberg quoted the Old Testament, in which people were warned against the danger of perverting the course of justice. The moderator also highlighted the issue of how legislative regulation affects anti-corruption climate.



James Brady, Partner at Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, UK, touched upon his experience in resolving investment disputes and reflected on how the practice relates to the toolkit developed by the University of Basel.

Sarah Grimmer, Secretary General of HKIAC, Hong Kong, outlined the legislative framework that allows for combating money laundering and corruption in Hong Kong. She listed the "milestones" with which HKIAC fights corruption in arbitration. According to her, it is important that the arbitration center reviews the decisions of arbitrators, although it has very limited authority to amend those, such as by correcting typos and calculation errors. The lawyer called the repeated appointment of arbitrators one of the grounds for rejecting their candidacy. Although repeated appointment does not mean corruption, it can be a starting point for an investigation, as in the Odebrecht case.



Annette Magnusson, Secretary General of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Sweden, addressed the question to what extent arbitral institutions should be the custodians of the international law. Cases of corruption are not so common in commercial arbitration, Magnusson said. The speaker emphasized that the lists of "red flags" and compliance procedures would not replace the "sixth sense" that experienced experts of arbitral institutions possess and which allows them to understand that there is a corruption element in the case.

Jacomijn van Haersolte-van Hof, Director General of LCIA, the UK, noted that in the context of corruption cases the freedom given to arbitral institutions in England is both a blessing and a curse. On the one hand, the institution must take into account the Proceeds of Crime Act, and, on the oth-



er, it can not deny the parties justice. Now the LCIA faces the task of formulating the principles that will bring the compliance procedure of this institution to a single set of rules for all requests for arbitration. The control procedures of the arbitration institution are being more and more influenced by banks and insurers, said the speaker. Compliance updates will be included in the new version of the LCIA rules.

Susanne Heger, Partner at Heger & Partner, Austria, speaking on behalf of the VIAC, explained how the rules of this arbitration institution help to fight corruption among arbitrators. Arbitration institutions do not seek to intervene in the decision-making process, and mere allegations of corruption, not supported by evidence, are not enough to remove the arbitrator from the proceedings, Heger said. However, the VIAC pursues zero tolerance policy in matters of corruption.

The moderator of the fourth session, “Using Criminology and Artificial Intelligence in Identifying Corruption Issues,” **Alex Volchich**, Managing Director and Head of Business Intelligence and Investigations in Russia and the CIS, Kroll, outlined the range of issues related to the search for information about corruption. The speaker noted that, as a rule, it is the party who lost the arbitration that makes an allegation that the arbitrator is corrupt.

Dmitry Ivanov, Partner of Morgan Lewis, Russia, dwelled on indicators of the illegality of payments that can be used to give a bribe. He mentioned the problems that companies will face in investigating corruption. These include the availability of original data, the consent of the parties to the processing of personal data, specific instructions of arbitrators as to the collection of information, as well as other procedural issues.

Michael Peer, Partner, Forensic and Dispute Resolution, PwC, Singapore, described indicators

of corruption and popular ways to get corrupt money. Common ways of giving bribes today are status, sex, employment of family members. Peer noted that for the investigation authorities corruption offenses are far from always a top priority, giving way to the disclosure of more high-profile or bloody crimes.

Arthur Sarkisyan, Lawyer at Zabeyda & Partners, Russia, highlighted the challenges of proving corruption. He noted that on the other hand investigation authorities initiate corruption investigation to put pressure on businessmen. As milder preventive measures such as bail and house arrest as measures are rarely used, the suspect spends months waiting for the outcome of the investigation behind the bars, even if all the allegations are then dismissed.

Vladimir Melnikov, Partner at Linklaters, Russia, indicated that allegations of bribery were harmful to the applicant: they “smear” a good legal position. According to the speaker, in practice, judges do not know how to treat allegations of corruption. Mr. Melnikov mentioned an ICAC arbitration case where a Russian party prevailed over an Italian company. The Italian company opposed the enforcement of the award, saying that the Russian arbitrator was bribed. However, the result was the opposite: in response to such a procedural appeal, the Italian judge immediately issued a warrant for the enforcement of the award.

Sergey Svetushkin, Project Director, Transparent Deal, Kaspersky Lab, Russia, emphasized automation and digitalization of compliance procedures. According to him, 39% of crimes are related to middle management and ordinary staff. The speaker noted that the terms of the electronic investigation should comply with both the law on the protection of personal data and the requirements for operational-search measures.



СОВМЕСТНАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ РАА И ИСПАНСКОГО АРБИТРАЖНОГО КЛУБА «КОРРУПЦИЯ В АРБИТРАЖЕ»



Дмитрий Артюхов
Arbitration.ru
Главный редактор

6 февраля 2020 года в московском отеле «Марриотт Гранд» состоялась совместная конференция РАА и Испанского арбитражного клуба (СЕА) «Коррупция в арбитраже».

Первую сессию «*Вся правда о коррупционных контрактах: контракты, полученные с помощью коррупции, и контракты, прикрывающие взятки*» открыл **Владимир Хвалей**, партнер Baker McKenzie, Россия. Он напомнил аудитории легенду о суде Париса — мифическом состязании, в котором смертный герой должен был определить, какая из древнегреческих богинь была прекраснейшей, отдав ей золотое яблоко с такой надписью. Разумеется, история имела особое звучание в переложении на юридический язык современного арбитража. Каждая из богинь по-своему пыталась подкупить «судью» состязания в красоте, и с этого «коррупцированного» суда, по легенде, началась Троянская война. Председатель РАА и в шутку, и всерьез отметил три вывода, которые можно было сделать из легенды. Во-первых, арбитраж — явление такое же древнее, как мир. Во-вторых, коррупция в арбитраже тоже стара, как мир. В-третьих, коррупция в арбитраже приводит к войнам.



Марк Пит, профессор уголовного права и криминологии Базельского университета, Швейцария, рассказал о том, какие документы будут в центре обсуждения на конференции. Центральным стал «Инструментарий для арбитров. Коррупция и отмывание денежных средств в международном арбитраже», подготовленный Базельским университетом при участии юристов со всего мира. Профессор рассказал о своем опыте расследования коррупции в составе рабочей группы ОБСЕ, в которой он состоял на протяжении 24 лет. Пит кратко остановился на громких коррупционных делах в арбитраже, таких как IPOC и Spentex v. Uzbekistan, а также обратился к прецедентам Lagergren и World Duty Free v. Kenya.



Агис Георгиадес, партнер Christos Georgiades & Associates LLC, Кипр, проанализировал определения коррупции, данные ОБСЕ, а также рассказал о бремени доказывания в коррупционных делах. Он подчеркнул, что коррупция не всегда требует прямых доказательств, особенно в странах общего права. В контексте бремени доказывания спикер раскрыл содержание дел EDF (Services) Limited v. Romania, а также Patel v. Mirza, рассмотренные ан-

глийскими судами. Георгиадес рассказал о деле, в котором ему довелось участвовать: там факт получения взятки стал известен во время исполнения договора — строительства фабрики (ICC № 21142).

Уилсон Антун, партнер King & Wood Mallesons, Великобритания, рассказал об отличиях случаев коррупции в «традиционном» МКА и в международном инвестиционном арбитраже. Обращаясь к вопросам стандарта (порога) и бремени доказывания, поднятых предыдущим спикером, английский юрист отметил, что количество дел, связанных с коррупцией и рассмотренных ICSID, говорит о том, что стандарт доказывания в контексте коррупции в международном арбитраже — вопрос практический и живой, а не доктринальный. По словам Антуна, арбитры могут учесть факт коррупции при определении своих полномочий, допустимости и материальных оснований спора. К вопросам юрисдикции относятся прямые и подразумеваемые требования законности, к допустимости — международный публичный порядок, вопросы недобросовестного поведения, а также «нечистых рук» при заключении сделки. Спикер перечислил виды доказательств фактов получения взятки при заключении международных инвестиционных контрактов.



Хосе Ферис, партнер Squire Patton Boggs, Франция, рассказал о своем опыте борьбы с коррупцией во время работы в составе ICC. Он обратился к уже упомянутому Марком Питом делу Lagergren, в котором судья отклонил иск, сославшись на отсутствие полномочий по делу. Ферис также проанализировал несколько решений ICC,

освещавших разные аспекты доказывания фактов коррупции. В одном из них ICC установил обязанность арбитров расследовать ставшие известными им факты коррупции (ICC Case 14920).



Вторую сессию под названием «*Дары и мудрых ослепляют: коррупция среди арбитров и в арбитражных институтах. Презентация Кодекса лучшей арбитражной практики Испанского арбитражного клуба (СЕА)*» открыл **Альфонсо Гомес Асебо**, партнер Cuatrecasas, Испания. Спикер провел презентацию Кодекса, рассказал о его структуре и подчеркнул, что Кодекс относится к «мягкому праву» — soft law. Испанский юрист сделал акцент на основной идее Кодекса — независимости деятельности арбитражных институтов. Кодекс также предлагает арбитражным институтам модельный набор правил арбитража, размещенных в приложении к документу.

Кристина Алекси, партнер ACEADVISOR — Attorneys at Law, Румыния, кратко описала историю и систему третейских судов в Румынии. Она проанализировала преступную схему, при которой одному человеку в течение нескольких лет удалось узурпировать управление судом при ТПП Румынии путем изменения правил этой институции. В 2014 году этот человек был арестован по обвинению в коррупции, а модифицированные им правила получили новые, свободные от излишней детализации и замкнутости на себя положения.

Поль-А. Желинас, международный арбитр Paul-A. Gélinas Law Office, Франция, напомнил о двух третейских процессах, начавшихся в Болгарии еще в 2007 году, с объемом требований в 35 млн евро. Финал этих дел состоялся лишь несколько месяцев назад. Спикер расска-



зал о распределении средств между арбитрами и болгарским судом: арбитры получили крайне низкую долю по сравнению с болгарским арбитражным институтом – 30% вместо обычных 90%, причитающихся арбитрам. Желинас описал, как он и его коллеги оспаривали это решение в различных болгарских инстанциях.



Галина Жукова, ассоциированный профессор Университета Париж-Сакле (Университет Версаль-Сен-Кантен-ан-Ивелин), барристер и солиситор Zukova Legal, Франция, детально рассказала о деле миллионера Тапи, вызвавшем большой общественный резонанс во Франции. Тапи, владелец французских активов «Адидас», потребовал компенсации от банка, реализовавшего его собственность по завышенной цене и присвоившего себе часть прибыли, в государственных судах. Там процессы длились около 10 лет и в итоге перешли в арбитраж. Один из трех арбитров, присудивших Тапи несколько миллионов евро, был признан зависимым от влияния миллионера.

Элина Мереминская, партнер, адвокат WAGEMANN Abogados & Ingenieros, Чили, обратила внимание слушателей на детали дела Odebrecht, в которое были вовлечены четыре

перуанских президента и несколько признанных юристов. Прокуратура Перу объявила, что взятки арбитрам были скрыты в гонорарах. Апелляционный суд страны пересмотрел решение, по которому юристы были взяты под стражу, и большинство юристов были освобождены под подписку о невыезде.

Александр Муранов, управляющий партнер «Муранов, Черняков и партнеры», Россия, привел ряд тезисов, которые относятся к коррупции в сфере арбитража в России. Спикер отметил, что в настоящий момент эта сфера квазимонополизирована тремя существующими арбитражными центрами. По его словам, существуют три кита, на которых строится арбитраж в России: арбитраж изъят из сферы антимонопольного регулирования; лицензии получают только заранее определенные государством третейские организации; существующие три центра обслуживают интересы определенных властных групп. Риск коррупции подвержены и сами арбитры: многие из них являются профессорами, получающими достаточно скромные гонорары.



Панелистов третьей сессии «Роль арбитражных институтов в борьбе с коррупцией» представил **Дэвид Голдберг**, партнер White & Case, Россия. Он привел цитаты из Ветхого Завета, в которых людей предостерегали от извращения правосудия. Модератор также осветил вопрос о том, как законодательное регулирование влияет на антикоррупционный климат.

Джеймс Брэди, партнер Cleary Gottlieb Steen & Hamilton, Великобритания, описал случаи из своей практики, связанной с разрешением ин-



вестиционных споров, и поразмышлял о том, каким образом практика соотносится с «тулkitом», разработанным Базельским университетом.

Сара Гриммер, генеральный секретарь НКІАС, Гонконг, обрисовала законодательное регулирование, которое позволяет бороться с отмыванием денег и коррупцией в Гонконге. Она назвала «контрольные точки», при помощи которых НКІАС борется с коррупцией в своей сфере. По ее словам, важно, что арбитражный центр видит решения арбитров, хотя и обладает очень ограниченными полномочиями по изменению этих решений, такими как исправление опечаток и ошибок в расчетах. Юрист назвала повторное назначение арбитров одним из оснований для отклонения их кандидатуры. И хотя повторное назначение не означает коррупции, оно может стать отправной точкой для расследования, как в деле Odebrecht.

Аннетт Магнуссон, генеральный секретарь Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, Швеция, обратилась к вопросу о том, являются ли арбитражные институты своеобразными хранителями международного правопорядка. Коррупция не так часто встречается в МКА, считает Магнуссон. Спикер подчеркнула, что перечни «красных флажков» и процедуры комплаенса не заменят то «шестое чувство», которым обладают опытные специалисты арбитражных институтов и которое позволяет им понимать, что в деле присутствует коррупционный элемент.

Джакомин ван Харсолт-ван Хоф, генеральный директор LCIA, Великобритания, отметила, что свобода, которая дана арбитражным институтам в Англии, двойка: в ней и благо, и вред

одновременно. В Англии действует Proceeds of Crime Act, и институция должна учитывать этот закон, чтобы не нарушать конфиденциальность, а также не отказать одной из сторон в правосудии. Сейчас перед LCIA стоит задача сформулировать принципы, которые позволят привести процедуру комплаенса этого института к единому для всех обращений своду правил. Контрольные процедуры арбитражного института испытывают влияние банков и страховщиков. Обновления по комплаенсу войдут в новую версию правил LCIA.

Сюзанне Хегер, партнер Heger & Partner, Австрия, выступая от имени VIAC, рассказала о правилах этого арбитражного института, которые позволяют бороться с коррупцией среди арбитров. Арбитражные институты стремятся не вмешиваться в процесс вынесения решения, и одних лишь обвинений в коррумпированности, не подкрепленных доказательствами, недостаточно, чтобы отстранить арбитра от рассмотрения дела, заявила Хегер. Однако VIAC держит курс на zero tolerance в вопросах коррупции.



Модератор четвертой сессии «Использование криминалистики и искусственного интеллекта при выявлении проблем коррупции» **Алекс Волчич**, управляющий директор и руководитель отдела бизнес-аналитики и расследований в России и СНГ, Kroll, очертил круг проблем, с которыми связан поиск информации о коррупции. Спикер отметил, что, как правило, в коррумпированности арбитра подозревает проигравшая арбитраж сторона.

Дмитрий Иванов, партнер «Морган Льюис», Россия, остановился на индикаторах нелегальности платежей, которыми можно дать взятку.



Он упомянул проблемы, с которыми организации столкнутся при расследовании фактов коррупции. К ним относятся доступность оригинальных файлов, согласие сторон на обработку персональных данных, специфические указания арбитров о сборе информации, а также другие процедурные вопросы.



Майкл Пир, партнер, «Форензик» и «Разрешение споров», PwC, Сингапур, заявил, что сейчас имеет место роботизация, а не собственно искусственный интеллект. Что же касается коррупции, то найти ее чрезвычайно сложно. Спикер описал индикаторы коррупции и популярные способы получения коррупционных денег. Распространенными методами дачи взятки сегодня стали статус, секс, устройство на работу членов семьи. Пир отметил, что у органов, которые уполномочены вести расследования, коррупционные преступления далеко не всегда являются главным приоритетом, уступая место раскрытию более громких или кровавых дел.

Артур Саркисян, юрист Zabayda & Partners, Россия, остановился на сложностях привлечения к ответственности за взятку. Он отметил, что де-факто залог и домашний арест как меры пресечения не применяются, используется заключение под стражу.

Владимир Мельников, партнер Linklaters, Россия, указал, что обвинения в подкупе наносят вред заявителю: они «размазывают» хорошую правовую позицию. По словам спикера, на практике судьи не знают, как рассматривать заявления о коррупции. Мельников упомянул арбитраж в МКАС, который российская сторона выиграла у итальянской компании. Итальянская компания выступила против исполнения решения, заявив, что российский судья был подкуплен. Однако результат оказался противоположным: в ответ на такое процессуальное обращение итальянский судья немедленно выписал ордер на исполнение решения.

Сергей Светушкин, директор проекта Transparent Deal, «Лаборатория Касперского», Россия, сделал акцент на автоматизации и диджитализации процедур комплаенса. По его словам, 39% преступлений связаны с менеджментом среднего звена и рядовым персоналом. Спикер отметил, что условия электронного расследования должны соответствовать как закону о защите персональных данных, так и требованиям к оперативно-разыскным мероприятиям.



ПОПРАВКИ К КОНСТИТУЦИИ РФ В ОТНОШЕНИИ ТРЕТЕЙСКОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА И ИНЫХ АЛЬТЕРНАТИВНЫХ СПОСОБОВ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ

Изменения в Конституцию России, анонсированные правительством, вызвали большой поток предложений от самых разных персон и социальных групп. Хотя понятно, что в форме поправок в основной закон люди стремятся донести до власти свою боль или субъективные проблемы, некоторые из таких инициатив имеют одиозный характер, а некоторые провозглашаются лишь для саморекламы их авторов. Тем не менее эту ненадолго открывшуюся возможность можно и нужно использовать для привлечения внимания власти к объективно существующим сложным ситуациям. Не исключение — состояние третейского разбирательства в России, дискредитированного и по сути разрушенного так называемой арбитражной реформой.

В текущем общественно-политическом контексте было бы странно, если бы профессиональные юристы не попытались применить данный законотворческий механизм для преодоления стагнации в нашей сфере. Рабочая группа специалистов под эгидой РАА разработала положение основного закона, призванное как минимум упрочить статус третейского разбирательства как гарантированного правом способа разрешения споров.

Представляется, что если данные поправки войдут в Конституцию, то от этого выиграют все без исключения добросовестные участники сферы третейского разбирательства в России.

Проект соответствующего закона и обоснование поправок были направлены председателю комитета Государственной Думы по государственному строительству и законодательству П. В. Крашенинникову за подписью руководящих лиц РАА — председателя правления Арбитражной Ассоциации, экс-заместителя председателя международного суда ICC, партнера практики международных споров Baker McKenzie В. В. Хвалея и генерального директора Арбитражной Ассоциации, партнера юридической фирмы

Mansors, неоднократно представлявшего российские стороны в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма (SCC), Лондонском международном арбитражном суде (LCIA) и других арбитражных центрах, Р. О. Зыкова.

В состав группы разработчиков документов вошли:



Денис Беккер, консультант, юридическая фирма «АЛРУД»



Антон Мальцев, партнер, юридическая фирма Baker McKenzie



Михаил Самойлов, советник, юридическая фирма Mansors

Все указанные документы опубликованы в данном номере Arbitration.ru. Предлагаем читателям ознакомиться с их содержанием.

Проект

**ЗАКОН РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ О ПОПРАВКЕ
К КОНСТИТУЦИИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
О третейском разбирательстве и альтернативных способах разрешения споров**

Статья 1

Внести в Конституцию Российской Федерации, принятую всенародным голосованием 12 декабря 1993 года («Российская газета», 1993, 25 декабря), с учетом поправок, внесенных Законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 года № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 года № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 года № 2-ФКЗ, и изложенную в редакции Закона Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации от 21 июля 2014 года № 11-ФКЗ следующие изменения:

1. статью 118 дополнить частью 4 следующего содержания:

«4. В Российской Федерации признается и гарантируется возможность разрешения гражданско-правовых и иных споров посредством третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров. Споры, не являющиеся гражданско-правовыми, могут быть переданы на разрешение третейского суда в случаях, предусмотренных федеральным законом. Контроль за осуществлением третейского разбирательства осуществляется только судом в соответствии с федеральным законом».

Статья 2

Настоящий Закон Российской Федерации о поправке к Конституции Российской Федерации вступает в силу со дня его официального опубликования после одобрения органами законодательной власти не менее чем двух третей субъектов Российской Федерации.

Президент Российской Федерации
В. В. Путин

Сопроводительное письмо

Государственная Дума
Федерального Собрания
Российской Федерации
103265, ул. Охотный Ряд, д. 1

Ассоциация участников по содействию в развитии
третейского разбирательства
(Арбитражная Ассоциация)
115191,
Духовской пер., д. 17, стр. 12, этаж 4

Председателю Комитета Государственной
Думы по государственному строительству
и законодательству
103265, Георгиевский пер., д. 2
П. В. Крашенинникову

***Кас. поправок к Конституции РФ в отношении третейского разбирательства
и иных альтернативных способов разрешения споров***

Уважаемый Павел Владимирович!

В связи с анонсированной реформой Конституции Российской Федерации Ассоциация участников по содействию в развитии третейского разбирательства предлагает к рассмотрению в Государственной Думе Российской Федерации проект закона о поправке к Конституции Российской Федерации, направленный на закрепление в статье 118 Конституции статуса тре-

тейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров.

Важность выносимого на обсуждение положения мы видим в следующем.

В части 1 статьи 118 Конституции Российской Федерации указывается, что правосудие в Российской Федерации осуществляется только судом. Тем не менее государственное правосудие уже давно не является единственным способом

разрешения споров, третейское разбирательство также служит эффективным методом разрешения отдельных видов споров.

Особую значимость третейского разбирательства в России неоднократно отмечал Президент Российской Федерации В. В. Путин. Так, в Послании к Федеральному Собранию Российской Федерации в 2012 году В. В. Путин отметил следующее: *«В целом необходимо подготовить комплекс мер по развитию третейского судопроизводства в России, причем на качественно новом уровне»*. В Послании к Федеральному Собранию Российской Федерации в 2013 году Президент Российской Федерации снова обратился к вопросу третейского разбирательства в России: *«Хотел бы обратить внимание еще на одну проблему — механизмы разрешения хозяйственных споров по-прежнему далеки от лучших мировых практик, в том числе нам нужно серьезно повысить авторитет третейских судов»*.

Учитывая столь пристальное внимание Президента Российской Федерации к проблеме третейского разбирательства, мы полагаем, что сейчас, когда проводится масштабная реформа Конституции Российской Федерации, необходимо вернуться к этой проблеме и на новом, конституционном уровне закрепить статус третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров.



Право на разрешение спора в арбитраже или иными альтернативными способами следует из части 2 статьи 45 Конституции Российской Федерации, в соответствии с которой каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Этому вопросу было посвящено Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 года № 10-П, в котором Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что третейское разбирательство относится к одному из общепризнанных в современном правовом обществе способов разрешения гражданско-правовых споров, проистекающих из свободы договора и основанных на положениях части 2 статьи 45 Конституции Российской Федерации.

В последнее время вопрос конституционного статуса третейского разбирательства стал особенно актуальным в связи с принятием Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и внесением в него масштабных поправок, в том числе последних, принятых Федеральным законом от 27 декабря 2018 года № 531-ФЗ, которые вступили в силу 29 марта 2019 года. В развитие положений указанного закона также было принято Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 года № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража», в котором в том числе получило толкование право сторон гражданско-правового спора на выбор альтернативных способов разрешения споров.

В связи с вышесказанным мы полагаем целесообразным и необходимым дополнить статью 118 Конституции Российской Федерации частью 4, в которой следует закрепить следующее:

«4. В Российской Федерации признается и гарантируется возможность разрешения гражданско-правовых и иных споров посредством третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров. Споры, не являющиеся гражданско-правовыми, могут быть переданы на разрешение третейского суда в случаях, предусмотренных федеральным законом. Контроль

за осуществлением третейского разбирательства осуществляется только судом в соответствии с федеральным законом».

Обоснование предложенного текста поправки:

1) *«В Российской Федерации признается и гарантируется возможность разрешения гражданско-правовых и иных споров посредством третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров».*

Указанное положение напрямую следует из части 2 статьи 45 Конституции Российской Федерации в толковании Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 года № 10-П, которая гарантирует право каждого защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом.

2) *«Споры, не являющиеся гражданско-правовыми, могут быть переданы на разрешение третейского суда в случаях, предусмотренных федеральным законом».*

По общему правилу, споры, вытекающие из гражданско-правовых отношений, могут быть предметом третейского разбирательства. Это прямо вытекает из части 3 статьи 1 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации», части 3 статьи 1 Закона РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», а также нашло свое отражение в пункте 16 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 декабря 2019 года № 53.

Однако нами предлагается создать правовые предпосылки для расширения сферы третейского разбирательства, закрепления возможности разрешения иных споров посредством третейского разбирательства, если это будет предусмотрено федеральным законом. К таким спорам, например, относятся споры в профессиональном спорте и спорте высших достижений согласно части 6 статьи 1 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» и главе 5.1 Федерального закона от 4 декабря 2007 года № 329-ФЗ (в ред. от 2 августа 2019 года) «О физической культуре и спорте в Российской Федерации». Также к таким спорам относятся споры,

вытекающие из Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд». Согласно пункту 8 статьи 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 409-ФЗ такие споры могут быть переданы в третейский суд только со дня вступления в силу федерального закона, устанавливающего порядок определения постоянно действующего арбитражного учреждения, которое вправе администрировать такие споры.

3) *«Контроль за осуществлением третейского разбирательства осуществляется только судом в соответствии с федеральным законом».*

Указанное положение закрепляет особый статус суда по контролю за деятельностью третейского суда. Только суд в предусмотренных федеральным законом случаях вправе осуществлять процессуальный контроль за деятельностью третейского суда.

Принятие поправки не потребует каких-либо дополнительных финансовых затрат со стороны государства.

Таким образом, предложенные поправки позволят: (1) закрепить конституционный статус третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров; (2) заложить основы для расширения сферы третейского разбирательства и (3) закрепить положение о том, что контроль за деятельностью третейского суда осуществляет только суд.

В связи с особой значимостью третейского разбирательства на территории России, что было неоднократно отмечено Президентом Российской Федерации, мы полагаем, что утверждение статуса третейского разбирательства и иных альтернативных способов разрешения споров на конституционном уровне поднимет роль третейского разбирательства в нашей стране, благоприятно отразится на восприятии России как места рассмотрения споров, повысит уровень инвестиционной привлекательности России и станет основой для дальнейших законодательных реформ.

*В. В. Хвалец, председатель правления
Р. О. Зыков, генеральный секретарь*

КУРС НА ЕДИНЫЕ УНИФИЦИРОВАННЫЕ НОРМЫ ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ: НОВАЯ ВОЛНА



Степан Султанов
рабочая группа
Арбитражной
Ассоциации (Россия)
по мониторингу
соблюдения
профессиональной
этики адвокатов
в сфере
третейского
разбирательства

В 1992 году Ян Полссон предложил создать единые нормы профессионального поведения в международном арбитраже¹. С этого момента с периодичностью раз в несколько лет арбитражное сообщество возвращается к теме этики и предлагает новые решения для регулирования поведения в арбитраже.

Последняя на сегодняшний день глобальная попытка урегулировать вопрос профессионального поведения в арбитраже была предпринята в 2015–2016 годах. Швейцарская арбитражная ассоциация (SCAI) совместно с ведущими мировыми арбитражными центрами и ассоциациями планировала создать всемирный совет по этике в арбитраже. Однако в силу разных причин он так и не был создан: видимо, для реализации этой идеи время еще не наступило.

На данный момент проблемы, связанные с отсутствием единого регулирования профессионального поведения в арбитраже, остались; соответственно, продолжаются обсуждения и поиск лучшего решения таких проблем.

Во второй половине 2019 года рабочая группа РАА по этике отметила очередную рост актуальности темы профессиональной ответственности в международном арбитраже. Например, главный редактор журнала *CIARB Arbitration*² открыл августовский номер колонкой об этике в арбитраже и посвятил три статьи из шести этой теме. В то же самое время бывший президент *CIARB* Томас Халкет на первом развороте летнего номера журнала *Resolver*³ отметил, что мир арбитража нуждается в общих обязательных этических канонах.

Под конец прошлого года *Kluwer Arbitration Blog* опубликовал статью о переосмыслении этики представителей сторон в международном арбитраже⁴, в которой автор из Сингапура выдвигает концептуальные предложения и сообщает читателям, что тема этики обсуждалась на конференции Австралийской юридической ассоциации в июле 2019 года, а в комментариях Майкл Ламперт пишет, что стоит упомянуть недавнее обсуждение темы профессиональной ответственности в арбитраже на Нью-Йоркской арбитражной неделе в ноябре 2019 года.

Возможно, нас ожидает новая попытка глобально урегулировать вопрос профессионального поведения в арбитраже. Увенчается ли такая попытка успехом, зависит от участников арбитражного сообщества. Рабочая группа будет следить за новостями. Даже если на международном уровне концептуальных изменений не случится, есть все шансы на нововведения в этой сфере на основе саморегулирования в России.vv

¹ Paulsson J. *Standards of Conduct for Counsel in International Arbitration*, *American Review of International Arbitration*. 1992.

² URL: <https://www.ciarb.org/resources/the-journal/>.

³ URL: <https://www.ciarb.org/resources/the-resolver/>.

⁴ URL: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/12/12/rethinking-counsel-ethics-in-international-arbitration/>.

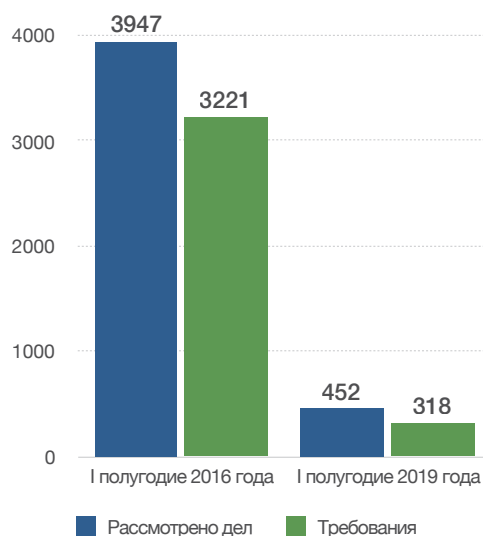
ПОСТАНОВЛЕНИЕ ПЛЕНУМА ВЕРХОВНОГО СУДА РФ ПО ТРЕТЕЙСКОМУ РАЗБИРАТЕЛЬСТВУ: 10 ВАЖНЫХ ВЫВОДОВ



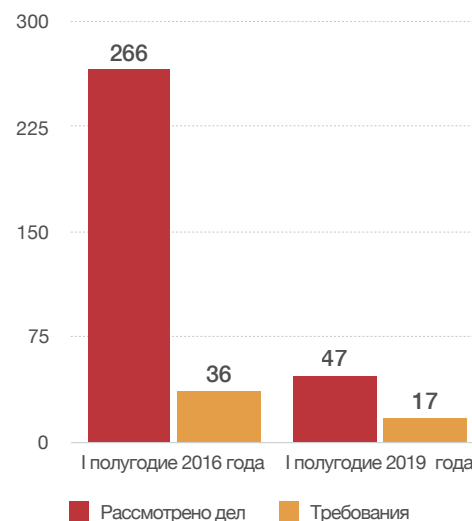
Владимир Хвалеи
партнер Baker
McKenzie, Москва

10 декабря 2019 года Пленум Верховного суда РФ принял постановление № 53 «О выполнении судами Российской Федерации функций содействия и контроля в отношении третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража» (далее — постановление Пленума). Принимая во внимание то, что Верховный Суд иногда занимает достаточно противоречивую позицию в отношении третейского разбирательства, постановление Пленума оказалось гораздо лучше, чем ожидалось. Впрочем, при всей дружелюбности постановления Пленума к третейскому разбирательству, качественно ситуацию оно вряд ли изменит, поскольку основным препятствием для его развития является административный барьер в виде необходимости получения права на осуществление функций ПДАУ, выдаваемого Минюстом, преодолеть который в рамках правового поля пока не удалось ни одному российскому арбитражному учреждению. В результате арбитражной реформы рынок третейского разбирательства сократился почти в 10 раз.

Дела по выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда



Дела об оспаривании решений третейских судов



Тем не менее ниже автор попытался суммировать наиболее интересные положения данного постановления.

1. Содействие третейским судам как бы есть, только третейских судов как бы нет...

Постановление Пленума еще раз напомнило, что государственные суды должны оказывать третейским судам содействие в связи с назначением, отво-

дом или прекращением полномочий третейского судьи, равно как и с получением доказательств и принятием обеспечительных мер.

Однако в послереформенной практике государственных судов нашлось аж десять дел, в которых стороны просили государственные суды в содействии при назначении арбитров. Забавно, что в трех случаях из десяти стороны просили назначить в качестве арбитра пресловутого А. В. Кравцова, бывшего председателя Арбитражного третейского суда г. Москвы. Правда, суды, разобравшись в ситуации, отказывали в таком назначении, поскольку данный третейский суд не получил разрешения права на осуществление функций ПДАУ, а потому не может администрировать споры. А еще в пяти делах арбитры были назначены по делам, находившимся в производстве Первого арбитражного третейского суда. Правда, все эти решения были вынесены до 1 ноября 2017 года, то есть до истечения срока, после которого третейские суды, не получившие разрешения права на осуществление функций ПДАУ, не могли администрировать споры. В одном из двух оставшихся дел в назначении арбитра было отказано (Постоянно действующий третейский суд при ООО «Адрем Трейдинг»), а во втором – третейское решение было отменено в связи с аффилированностью арбитров со стороной спора.

Также практически отсутствует статистика дел, в которых стороны пытались получить с помощью государственных судов доказательства для использования их в третейском разбирательстве. В тех двух случаях, когда составы арбитража, действующие по Регламенту Арбитражного центра при РСПП, обращались за подобным содействием в государственный суд, в таком содействии было отказано¹.

В общем, содействие как бы есть, только самих третейских судов нет.

2. Киевское соглашение не распространяется на третейские суды

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписанное 20 марта 1992 года в г. Киеве (далее – Киевское соглашение), призвано было заполнить вакуум, возникший в связи с распадом СССР в 1991 году. В связи с этим появилась необходимость создания правового механизма по определению надлежашей юрисдикции в связи со спорами в рамках СНГ, а также исполнению вынесенных решений государственных судов. Таким образом, Киевское соглашение имело в качестве основной цели регулирование производства именно в государственных судах, а не в третейских. Однако, поскольку большинство стран СНГ в то время не являлись участниками Нью-Йоркской конвенции (кроме России, Беларуси и Украины), Киевское соглашение распространялось также и на решения третейских судов. После самостоятельного присоединения большинства стран СНГ к Нью-Йоркской конвенции наличие двойного режима исполнения (по Киевскому соглашению и по Нью-Йоркской конвенции) начало создавать проблемы на практике.

Во избежание подобных коллизий Высший арбитражный суд Российской Федерации еще в 1996 году разъяснил, что Киевское соглашение не применяется к решениям третейских судов², однако суды продолжали на него ссылаться³. В декабре 2018 года Верховный Суд РФ в Обзоре практики⁴ еще раз указал, что положения Киевского соглашения применимы только к вопросам взаимного признания и приведения в исполнение решений судов иностранных го-

¹ Определения Арбитражного суда г. Москвы от 25 октября 2018 года по делу № А40-221117/18-68-1727 и от 13 сентября 2018 года по делу № А40-183144/18-83-998.

² Письмо ВАС РФ от 1 марта 1996 года № ОМ-37.

³ Определение Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного суда РФ от 22 октября 2015 года № 310-ЭС15-4266 по делу № А36-5174/2013; постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 6 октября 2017 года № Ф04-3867/2017 по делу № А03-3509/2017, постановление Арбитражного суда Московского округа от 16 марта 2018 года № Ф05-2232/2018 по делу № А40-204190/17.

⁴ Обзор практики рассмотрения судами дел, связанных с выполнением функций содействия и контроля в отношении третейских судов и международных коммерческих арбитражей (утв. Президиумом Верховного суда РФ 26 декабря 2018 года).

сударств, а не третейских судов. Тем не менее и после данного разъяснения суды продолжали в делах о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений ссылаться на Киевское соглашение, в том числе применительно к вопросам направления уведомлений⁵.

Для исключения подобной практики в новом постановлении Пленума нижестоящим судам еще раз разъясняется⁶, что положения Киевского соглашения и Минской конвенции⁷ не регулируют вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Будем надеяться, что на этот раз суды внимли высшей судебной инстанции: как говорится, повторенье — мать ученья.

3. Порядок направления уведомлений, установленный для разрешения дел в государственных судах, не распространяется на третейские суды

Аналогичным образом постановление Пленума еще раз разъяснило очевидное⁸: «...в силу диспозитивности третейского разбирательства стороны вправе установить любой порядок получения письменных сообщений или соблюдать тот порядок, который установлен в правилах постоянно действующего арбитражного учреждения, о применении которого стороны договорились».

4. Место арбитража не то же самое, что место нахождения арбитражного учреждения или место проведения слушания

Поскольку в течение долгого времени единственным примером третейского суда был МКАС при ТПП РФ, судьи получали сведения о третейском разбирательстве исходя из традиций функционирования МКАС. Эти традиции включали в себя проведение слушаний по месту нахождения МКАС, в результате чего место арбитража, место нахождения арбитражной институции и место проведения слушаний всегда совпадали.

Поэтому, когда судьи сталкивались с такой «крамолой», как проведение слушания вне места арбитража или места нахождения арбитражного учреждения, они рассматривали это как нарушение арбитражного соглашения.

Например, в 2001 году государственные суды отказали в признании и приведении в исполнение арбитражного решения SCC, усмотрев нарушение согласованной сторонами арбитражной процедуры в том, что арбитры провели слушание в Стокгольме, хотя местом арбитража была Москва⁹. В известном «деле сингапурского арбитража» суды установили, что заседание российско-сингапурского арбитража по рассмотрению спора состоялось в Москве и решение тоже фактически было подписано в Москве, и сделали вывод, что должен применяться порядок приведения в исполнение решений арбитража с местом арбитража в РФ, а не порядок приведения в исполнение иностранных арбитражных решений¹⁰.

В связи с этим, чтобы избежать дальнейших недоразумений по данному вопросу, в поста-

⁵ Постановление Арбитражного суда Московского округа от 18 ноября 2019 года № Ф05-19912/2019 по делу № А40-90601/2019.

⁶ Правомерность подобного толкования прямой нормы Киевского соглашения вызывает сомнения. Более корректно было бы сослаться на п. 1 ст. VII Нью-Йоркской конвенции, в которой указывается, что положения данной конвенции не затрагивают действительности иных многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Эта же статья говорит о том, что, несмотря на положения Нью-Йоркской конвенции, сторона вправе воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения. В силу этого в мире устоялась практика, согласно которой при наличии нескольких международных договоров, предусматривающих исполнение иностранных арбитражных решений, приоритет должен иметь договор, устанавливающий наиболее благоприятные условия для действительности арбитражного соглашения либо признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

⁷ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 года.

⁸ Пункт 48 постановления Пленума.

⁹ См. определение Верховного суда РФ от 9 ноября 2001 года № 5-Г01-142.

¹⁰ См. постановление Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-219464/16 от 19 июля 2017 года.

новлении Пленума указано: «Место арбитража может не совпадать с местом нахождения арбитражного учреждения, по правилам которого производится третейское разбирательство, а также с местом проведения слушания по делу».

5. Альтернативные и диспаратетные арбитражные оговорки

Дело Sony Ericsson наделало много шума¹¹. Напомню, в этом деле арбитражные суды признали недействительной оговорку о порядке разрешения споров, поскольку она предоставляла только одной стороне право выбора обращения либо в государственный суд, либо в ИСС. В таком виде она являлась не только альтернативной, но и диспаратетной, что, по мнению судов, нарушало процессуальное равенство сторон. Решение Высшего арбитражного суда по данному делу¹² оставило много вопросов, поскольку из его текста было неясно, является недействительной вся оговорка либо только та ее часть, которая предоставляла дополнительные процессуальные права одной стороне по сравнению с другой.

Подобная неясность сильно взволновала арбитражное сообщество, поскольку альтернативные диспаратетные арбитражные оговорки достаточно часто используются английскими банками: по ним банк имеет право по своему выбору обратиться либо в арбитраж LCIA, либо в государственный суд, в то время как заемщик может обратиться только в LCIA. При этом по английскому праву такая оговорка является действительной и исполнимой.

Чтобы избежать дальнейших сомнений на этот счет, в постановлении Пленума указано: «Соглашение о разрешении споров, закрепляющее такое право выбора только за одной стороной договора (диспаратетное соглашение), является не-

действительным в части лишения другой стороны возможности выбора тех же способов разрешения спора. В этом случае каждая из сторон договора обладает правом воспользоваться любым способом разрешения спора из тех, которые предусмотрены в заключенном сторонами альтернативном соглашении»¹³.

6. Необжалование решения состава арбитража о наличии компетенции в государственный суд не препятствует заявлять возражения против юрисдикции на стадии рассмотрения заявления об отмене решения третейского суда или при разрешении вопроса о его исполнении

В связи с тем что законодательство об арбитраже предоставляло возможность отдельно оспаривать положительное решение состава арбитража о наличии юрисдикции и при этом устанавливало срок для такого обжалования¹⁴, возникал вопрос: а обязана ли была сторона, несогласная с таким решением, обратиться в государственный суд с заявлением об оспаривании, либо она могла после вынесения арбитражного решения по существу обратиться с заявлением об отмене (либо возражать против исполнения такого решения), ссылаясь на отсутствие юрисдикции?

Дополнительная сложность возникала в связи с тем, что сторона, обратившаяся в государственный суд с заявлением об отмене отдельного решения третейского суда о наличии компетенции, по сути была лишена возможности обжаловать решение суда первой инстанции в связи с прямой нормой в АПК РФ¹⁵ и, таким образом, была связана преюдицией решения суда первой инстанции.

Постановление Пленума разъяснило, что обращение в суд с заявлением об отмене от-

¹¹ Хвалец В. В., Варюшина И. В. Законодательство и практика международного арбитража в Российской Федерации // Ежегодник о международном арбитраже компании Baker McKenzie за 2012–2013 годы. JurisNet. С. 370–373.

¹² Постановление Высшего арбитражного суда РФ от 19 июня 2012 года по делу № 1831/12.

¹³ Пункт 24 постановления Пленума.

¹⁴ См. ст. 16 Закона РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»; ст. 16 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»; ст. 235 АПК РФ. Согласно указанным выше положениям в редакции, действующей на момент публикации, данный срок составляет 1 месяц со дня получения уведомления о постановлении.

¹⁵ Пункт 5 ст. 235 АПК РФ (в ред. 1 сентября 2016 года).

дельного постановления о наличии у третейского суда компетенции является правом, а не обязанностью стороны и «сторона, не обратившаяся в суд с заявлением об отмене отдельного постановления о наличии у третейского суда компетенции, не лишается права заявлять выдвинутые ранее в ходе третейского разбирательства возражения против компетенции третейского суда в рамках производства об отмене решения третейского суда или о выдаче исполнительного листа на его принудительное исполнение»¹⁶.

7. Обеспечительные меры в поддержку третейского разбирательства

Хотя авторы арбитражной реформы любят ссылаться на то, что российское законодательство приведено в соответствие с изменениями к Типовому закону ЮНСИТРАЛ 2006 года, они, конечно, лукавят. Основные изменения в Типовой закон ЮНСИТРАЛ 2006 года касались принудительного исполнения государственными судами решений третейских судов об обеспечительных мерах (как это осуществляется в отношении окончательных арбитражных решений), а также устной формы арбитражного соглашения.

Российское законодательство вместо введения правил о принудительном исполнении решений третейских судов об обеспечительных мерах ограничилось декларативным заявлением о том, что подобные решения подлежат исполнению сторонами¹⁷ (будто без этой декларации это было не так).

Следуя этому правилу, постановление Пленума подчеркивает, что выдача исполнительного листа на принудительное исполнение актов третейских судов об обеспечительных мерах не производится. Сторона третейского разбирательства, которая хочет получить обеспечительную

меру, должна обратиться в государственный суд в общем порядке.

8. Окончательное арбитражное решение никак не может быть обжаловано, если это исключено соглашением сторон. Ну, почти никак

Следуя прогрессивным тенденциям¹⁸, российский законодатель установил, что арбитражное решение не может быть обжаловано, если стороны сами это запретили. Однако эффективность данного положения всегда вызывала некоторый скепсис. И не зря. Постановление Пленума подсказывает: «*Иные лица, в отношении прав и обязанностей которых вынесено решение третейского суда, а также в определенных законом случаях прокурор (ч. 1 ст. 418 ГПК РФ, ч. 2, 3, 5 ст. 230 АПК РФ) вправе оспаривать в суде такое решение путем подачи заявления о его отмене*»¹⁹.

Наличие подобной лазейки открывает дорогу недобросовестным лицам для отмены арбитражных решений в случаях, когда стороны договорились об исключении обжалования.

9. Государственный суд не вправе пересматривать решение третейского суда по существу – в теории, конечно

Постановление Пленума еще раз подтвердило то, что и так должно было быть понятно без дополнительных разъяснений: «...при рассмотрении заявлений об оспаривании решения третейского суда, о приведении его в исполнение суд не вправе переоценивать обстоятельства, установленные третейским судом, либо пересматривать решение третейского суда по существу и ограничивается установлением факта наличия или отсутствия оснований для отмены решения третейского суда».

Как говорится, слова бы Пленума да судьям в уши. Потому что, несмотря на запреты на пе-

¹⁶ Пункт 33 постановления Пленума.

¹⁷ См. п. 1 ст. 17 Закона РФ от 7 июля 1993 года № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»; а также Федеральный закон от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

¹⁸ Статья 1522 Кодекса гражданского судопроизводства Франции; ст. 192 Закона о международном частном праве Швейцарии; раздел 51 Закона Швеции об арбитраже.

¹⁹ Пункт 43 постановления Пленума.

решений третейского суда по существу, суды периодически грешат именно этим.

Последний наиболее яркий пример связан с отменой арбитражного решения, вынесенного по регламенту МКАС в 2019 году, когда суды посчитали²⁰, что неустойка, присужденная арбитрами, является чрезмерной, хотя она полностью соответствовала договору. При этом суды также беззастенчиво не согласились с оценкой доказательств в деле МКАС, хотя не должны были в принципе переоценивать доказательства. И даже не оставили в силе ту часть решения МКАС, которая не касалась неустойки, как того требует постановление Пленума, когда говорит о том, что, если недействительна только часть решения, нужно только ее и отменять²¹.

Интересно, что буквально за месяц до выхода постановления Пленума Верховный Суд отказался пересматривать решения судов по данному делу. Наверное, стремление к стабильности судебных актов²² повлияло на двойственную позицию Верховного суда. Но тут Верховный Суд должен решить, что для государства важнее: чтобы суды следовали политике Верховного суда или могли ее игнорировать. Ответ, как кажется,

очевиден, а то получится, как у классика, когда «строгость российских законов смягчается необязательностью их исполнения».

10. Несоблюдение процедуры арбитража или законодательства должно быть существенным

Важной новеллой постановления Пленума является то, что ВС РФ указал: не любое нарушение процедуры арбитража или закона является основанием для отмены решения третейского суда либо отказа в приведении его в исполнение, а лишь существенное, то есть «если допущенное нарушение привело к существенному нарушению прав одной из сторон, повлекшему ущемление права на справедливое рассмотрение спора»²³. При этом сторона должна была также заявить возражения против такого несоблюдения без неоправданной задержки, как это предусмотрено со ст. 4 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже.

Данная норма по логике должна помочь исключить отмену решения по формальным основаниям, когда действительно имело место нарушение процедуры арбитражного разбирательства, однако такое нарушение было несущественным.

²⁰ См. карточку дела, URL: <http://kad.arbitr.ru/Card/eb263ec6-b232-4101-ac66-9dead6d09a8b>.

²¹ Пункт 52 постановления Пленума.

²² Стабильности судебных решений было уделено много внимания в докладе председателя Верховного суда РФ Вячеслава Лебедева на совещании судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов Российской Федерации (Москва, 11 февраля 2020 года). Согласно заявлению главы ВС РФ, стабильность судебных актов варьируется от 97% по уголовным делам до 99% по гражданским и административным. Именно такой процент решений первой инстанции остается неизменным по итогам апелляционного и кассационного обжалований. Видео выступления председателя Верховного суда РФ, URL: http://www.supcourt.ru/press_center/video_archive/28761/.

²³ Пункт 49 постановления Пленума.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРИЗНАНИЯ И ПРИВЕДЕНИЯ В ИСПОЛНЕНИЕ ЧАСТИЧНЫХ ОКОНЧАТЕЛЬНЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ (PARTIAL FINAL AWARD)

«АЛРУД», Москва



Дмитрий Купцов
старший
консультант

Регламенты некоторых арбитражных учреждений позволяют выносить окончательные (итоговые) решения по отдельным вопросам, касающимся существа спора (далее – частичные окончательные решения). Такие положения содержатся, например, в регламентах LCIA, SCC, ISTAC. С практической точки зрения получение частичного решения зачастую является объективной необходимостью и хорошей возможностью для эффективной защиты интересов клиента. Например, в рамках одного из недавних дел в LCIA, в котором принимали участие авторы, получение частичного окончательного решения до признания российского должника банкротом позволило минимизировать риски, связанные с доказыванием в российском суде обоснованности требований по сложной сделке, структурированной по иностранному праву.

Законодательство некоторых правопорядков также прямо закрепляет возможность принятия частичных окончательных решений. В частности, такой подход воспринят ст. 47 Английского закона «Об арбитраже (1996 год)» и абз. 1 ст. 29 Закона Швеции «Об арбитраже».



Никита Ивкин
юрист

В связи с возможностью вынесения таких решений возникает проблема их признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации, поскольку российские суды длительное время придерживаются такого толкования п. «е» ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, согласно которому признание промежуточных (то есть неокончательных) решений (в частности, решений о наложении обеспечительных мер, решений о компетенции) невозможно, так как они не разрешают спор между сторонами по существу. Между тем частичные окончательные решения вряд ли правильно отождествлять с промежуточными: они, как правило, принимаются по существу спора, хоть и разрешают не все спорные правоотношения сторон, а лишь их часть.

В российской судебной практике в последнее время были рассмотрены два дела, касающиеся возможности признания и приведения в исполнение частичных окончательных решений: № А40-223894/2018 (дело «ТРК») и А40-61107/2019 (дело «Сильверберн»). Несмотря на то что оба дела касались признания частичных окончательных решений, вынесенных трибуналами по правилам LCIA, суды трех инстанций в этих делах пришли к противоположным выводам.

В деле «ТРК», дошедшем до Верховного суда РФ в июне 2019 года, суды заняли традиционную консервативную правовую позицию, указав, что частичное окончательное решение не может быть самостоятельно признано, так как не полностью урегулирует все спорные правоотношения сторон и не является последним решением арбитража по существу спора.

Тем не менее в деле «Сильверберн», рассмотрение которого происходило уже на фоне ранее вынесенных постановлений по делу «ТРК», суды пришли к противоположному выводу, указав, что частичное окончательное решение

подлежит признанию и приведению в исполнение в силу того, что по сути оно не носит процедурного характера и его вынесением заканчивается по существу рассмотрение части требований без возможности последующего пересмотра. Иными словами, суды восприняли необходимость сущностного подхода к оценке характера арбитражного решения и пришли к выводу, что оно не является промежуточным по смыслу п. «е» ч. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции.

Таким образом, судебную практику по вопросу возможности признания частичных окончательных решений нельзя признать сложившейся даже на уровне судов одного и того же округа, равно как и Верховного суда РФ.

В то же время в делах «ТРК» и «Сильверберн» можно обнаружить существенные отличия, которые привели к различным итогам их рассмотрения. В деле «ТРК» помимо вопроса о возможности признания и приведения в исполнение частичного окончательного решения перед судами также был поставлен вопрос о соответствии арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации. Рассмотрев эти вопросы, суды трех инстанций указали, что арбитражное решение не может быть признано и приведено в исполнение на территории Российской Федерации, однако что именно в итоге послужило основанием для отказа (или в какой степени каждый из аргументов), из судебных актов установить невозможно.

В деле «Сильверберн» вопросы возможного нарушения процедуры разрешения спора, равно как и нарушения прав сторон, судами не исследовались, в связи с чем оно представляется более репрезентативным в контексте проводимого анализа. Для разрешения вопроса о возможности признания и приведения в исполнение частичного окончательного решения суд исследовал соответствие такого решения следующим критериям:

- окончательность решения: отсутствие возможности его пересмотра;
- обязательность решения: оно подлежит исполнению по праву страны вынесения;
- самостоятельность решения: оно разрешает самостоятельную часть спора по существу.

При этом «финальность» или «окончателность», присутствующие в названии решений, соответствуют скорее критерию самостоятельности, нежели окончательности, а значит, суду необходимо в каждом случае устанавливать, может ли быть решение пересмотрено в решении арбитража, которым оканчивается рассмотрение спора в целом, или нет. Кроме того, не всегда удается провести четкую границу между разными требованиями в рамках одного спора, и основания для таких требований могут частично пересекаться, в связи с чем неизбежно возникает вопрос о преюдициальности частичного окончательного решения для дальнейшего разрешения спора.

С практической позиции для увеличения шансов признания и приведения в исполнение решения иностранного арбитража было бы разумным представлять в суд правовое заключение по праву страны вынесения арбитражного решения, в котором бы отражались ответы на следующие вопросы:

1. Допускает ли право страны места арбитража вынесение частичных окончательных решений и может ли оно быть исполнено по праву страны места арбитража?
2. Разрешает ли частичное окончательное решение относительно самостоятельный вопрос по существу спора?
3. Касается ли частичное окончательное решение исключительно процедурных вопросов, то есть является ли промежуточным по смыслу Нью-Йоркской конвенции?
4. Может ли такое решение быть пересмотрено по существу при вынесении иных решений по существу спора?
5. Имелись ли какие-либо процедурные нарушения при вынесении частичного окончательного решения?

Представляется, что в контексте воспринятого судами сущностного подхода к определению промежуточности арбитражных решений по делу «Сильверберн», фактически поддержанного в отказном определении Верховного суда РФ, следовало бы ожидать дальнейшего развития судебной практики в конструктивном про-арбитражном русле.

НОВАЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРЕТЕЙСКИХ СУДОВ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

АБ «Лекс Торре»



Максим Жуков
адвокат



Валерия Сильченко
юрист

Третьейским судом в Беларуси является организация, не входящая в судебную систему и создаваемая для разрешения споров в виде постоянно действующего третейского суда или третейского суда, образуемого по соглашению сторон для разрешения конкретного спора. В Беларуси существует отдельное регулирование деятельности третейских и международных арбитражных судов (приняты два отдельных закона).

Постоянно действующий третейский суд является некоммерческой организацией либо обособленным подразделением (подразделением) юридического лица. Согласно Реестру третейских судей и постоянно действующих третейских судов, размещенному на официальном сайте Министерства юстиции Республики Беларусь, на сегодняшний день в стране созданы и функционируют три постоянно действующих третейских суда, созданных в качестве некоммерческих организаций, а также 26 постоянно действующих третейских судов, созданных в качестве обособленных подразделений (подразделений) юридических лиц.

Вопрос о необходимости внесения изменений в Закон Республики Беларусь «О третейских судах» возник достаточно давно. Последний раз он был вынесен на обсуждение в конце ноября 2019 года в Минске на заседании объединенной коллегии министерств юстиции Беларуси и России².

В ходе заседания министром юстиции Республики Беларусь Олегом Слижевским были озвучены две серьезные проблемы, выявленные по итогам мониторинга деятельности третейских судов:

- сомнения в правомерности решений третейских судов, аффилированных по отношению к одной из сторон³, и, как следствие, появление практики создания ловушек для добросовестных контрагентов, поскольку на сегодняшний день отсутствуют механизмы законодательного регулирования таких ситуаций и воздействия на таких судей;
- нежелание третейских судов взаимодействовать с государственными экономическими судами.

В связи с этим 4 декабря 2019 года Палатой представителей Национального собрания Республики Беларусь в первом чтении был принят проект Закона Республики Беларусь «Об изменении Закона Республики Беларусь “О третейских судах”» (далее – проект закона), внесенный Советом министров Республики Беларусь.

¹ URL: https://minjust.gov.by/directions/compare_coverage/registry_arbitrators/.

² URL: https://minjust.gov.by/press/news/held_a_meeting_of_the_joint_board/.

³ URL: <https://neg.by/novosti/otkrytj/tretejskie-sudy-zarabotayut-po-novomu>.

Новации проекта закона охватывают разные сферы деятельности третейских судов.

Во-первых, в целях обеспечения независимости и беспристрастности третейского суда вводится запрет на заключение третейского соглашения, если одна из его сторон является учредителем (участником) третейского суда или каким-либо образом с ним связана. Предполагается, что третейские соглашения, противоречащие данным требованиям, будут недействительны и не станут препятствовать обращению за защитой в государственные суды.

Во-вторых, расширяются полномочия регистрирующих органов (Министерства юстиции и его территориальных подразделений): им предлагается предоставить право определять соответствие деятельности постоянно действующих третейских судов законодательству Республики Беларусь, собственным регламентам, уставам и положениям (кроме деятельности, связанной с разрешением споров). Таким образом, государство, по сути, усилит контроль за финансовой и текущей деятельностью третейского суда, а также за финансированием его деятельности в целях установления и предотвращения возможного влияния на него.

После вступления норм законопроекта в силу Министерство юстиции и главные управления юстиции смогут выносить предписания об устранении выявленных недостатков в месячный срок. В случае невыполнения такого предписания третейский суд будет ликвидирован в судебном порядке. На сегодняшний день при обнаружении нарушений в деятельности третейских судов органы юстиции не вправе принимать по отношению к ним меры принуждения. Кроме того, механизм принудительной ликвидации прописан не был.

К компетенции Верховного суда Беларуси отнесено принятие решения о ликвидации по-

стоянно действующего третейского суда (признание государственной регистрации недействительной), созданного в качестве некоммерческой организации, а решение о ликвидации третейского суда, учрежденного в качестве обособленного подразделения юрлица, сможет вынести областной либо Минский городской суд.

В-третьих, при признании недействительной регистрации третейского суда его решения, вынесенные за весь период деятельности, автоматически признаются не имеющими юридической силы. Примечательно, что это влечет за собой появление параллельного механизма аннулирования решений по сравнению с существующим механизмом отмены решения третейского суда государственным судом. Данное нововведение может стать неприятным сюрпризом для участников третейского разбирательства, поскольку возможность признания регистрации недействительной не ограничена во времени. Соответственно пользователи не застрахованы от отмены решений по причинам, которые они не могут контролировать изначально.

В-четвертых, проектом закона вносятся изменения относительно порядка формирования состава третейского суда. Исключается возможность назначения судей для разрешения спора председателем постоянно действующего третейского суда, если стороны не избрали третейских судей. Третейские судьи будут избираться только сторонами для учета интересов обеих сторон третейского разбирательства и избежания споров при формировании состава третейского суда.

На момент подготовки настоящей публикации проект закона находится в стадии подготовки ко второму чтению в Палате представителей Национального собрания Республики Беларусь. Это означает, что документ может быть существенно дополнен или изменен.

ИТОГИ 2019 ГОДА ДЛЯ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖА В УКРАИНЕ



**Елена
Перепелинская**
партнер и
глава практики
международного
арбитража
INTEGRITES

2019 год прошел для украинского арбитража без потрясений и никаких существенных изменений в украинское арбитражное законодательство и судебную практику по делам, связанным с арбитражем, не принес. Статистика отмен арбитражных решений и отказов в признании и приведении в исполнение решений международного коммерческого арбитража остается весьма низкой – в районе 7%. При этом украинские суды удовлетворили все заявления об исполнении решений по существу дела, вынесенных в инвестиционном арбитраже, в том числе против государства Украина. По многим арбитражным вопросам появилась весьма прогрессивная практика Верховного суда. А в конце 2019 года арбитражное сообщество выступило с инициативой дальнейшего усовершенствования арбитражного законодательства Украины.

Судебная практика по отмене решений международного коммерческого арбитража

За 2019 год в украинских судах было порядка 30 производств по отмене арбитражных решений, два из которых завершились отменой решений МКАС при ТПП Украины. Учитывая, что всего за год было вынесено порядка 180 решений МКАС при ТПП Украины, процент отмены его решений составил 1%, что в целом соответствует [статистике](#)¹ прошлых лет.

Решения были отменены по причине недействительности арбитражного соглашения (дело № 824/54/19, Ant Yapı Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi против ПИИ «ЛГ Электроникс Украина») и ненадлежащего уведомления ответчика (дело № 761/17236/17, Altum Air Inc. против ООО «Авиационная компания “Роза ветров”»). Обе эти отмены вызвали много дискуссий в арбитражном сообществе Украины.

Судебная практика по отказам в предоставлении разрешений на исполнение решений международного коммерческого арбитража

За 2019 год в украинских судах было порядка 110 производств о предоставлении разрешения на исполнение арбитражных решений (как иностранных, так и решений МКАС при ТПП Украины), в восьми из них украинские суды

¹ URL: <https://icac.org.ua/wp-content/uploads/ICAC-Activity-in-2018-rus.pdf>.

приняли решение об отказе (но по некоторым делам еще нет решения Верховного суда, поэтому цифра не окончательная).

Причины отказов самые разнообразные: несоответствие процедуры соглашению сторон (дело № 766/19814/17, ice com Handelsges.m.b.H. против ЧП «Барбет»), пропуск трехлетнего срока на предъявление решения к исполнению (дело № 264/3926/17, ООО «Солюшен Финанс» против ПАО «Азовобшемаш»), ненадлежащее уведомление ответчика (дело № 824/26/19, ООО «Юргинский машзавод» против ЧАО «Шахтоуправление “Покровское”»); дело № 824/67/19, ООО «Юргинский машзавод» против ООО «Свято-Ильинский машиностроительный завод»), публичный порядок (дело № 824/174/19, АО «Авиа-ФЭД-Сервис» против ГАХК «Артем»), отсутствие арбитражного соглашения (дело № 824/181/19, New Alternative LLC против ПАО «Галиция Дистилери»; дело № 796/147/2018, ГП «Энергорынок» против Республики Молдова). Также было отказано в удовлетворении заявления о выдаче разрешения на добровольное исполнение решения МКАС при ТПП Украины, поскольку в заявлении должника был указан иной (нежели в решении) кредитор (дело № 824/79/19, ПИИ «Кока-Кола Беве-риджиз Украина Лимитед» против Contourglobal Solutions Holdings Limited).

Судебная практика по признанию и исполнению арбитражных решений по инвестиционным арбитражам

В 2019 году украинские суды столкнулись с большим количеством заявлений о предоставлении разрешений на исполнение решений инвестиционных арбитражей как против государства Украина, так и против иностранных государств.

Кроме уже упомянутого дела ГП «Энергорынок» против Республики Молдова, в котором суды отказались выдавать разрешение на испол-

нение арбитражного решения ТПС (SCC) в силу отсутствия компетенции у состава арбитражного суда, украинские суды признали и предоставили разрешение на исполнение нескольких решений инвестиционных арбитражей по «крымским» делам против Российской Федерации – по искам ООО «Эверест Истейт» и др. (дело № 796/165/2018), ПАО «Государственный сберегательный банк Украины» (Ощадбанк) (дело № 824/66/19).

Украинские суды также выдали разрешения на исполнение арбитражных решений против государства Украина по искам JKH Oil & Gas PLC (дело № 824/22/19), Krederi Ltd (дело № 824/136/19), City-State N.V., ООО «КУА “Практика”», ООО «Кристалл-Инвест», ООО «Продиз» (дело № 824/138/19).

Инициативы по изменению арбитражного законодательства

В 2019 году процессуальная реформа конца 2017 года начала приносить свои плоды в части улучшения качества судебного контроля и содействия арбитражу, однако появляющаяся судебная практика обнаружила ряд проблем и пробелов в регулировании этой сферы. Например, отсутствие в процессуальных кодексах четких норм, которые бы регулировали процедуру оказания судом содействия международному арбитражу и третейскому разбирательству, на практике приводило к весьма противоречивым решениям государственных судов по этим вопросам.

Новые нормы об арбитрабельности в Хозяйственном процессуальном кодексе Украины запретили передавать в международный арбитраж споры по имущественным требованиям к должнику, в отношении которого открыто конкурсное производство по делу о банкротстве, хотя ранее украинское законодательство такого запрета не содержало и соответствующие споры считались арбитрабельными. Отсутствие регулирования в отношении признания и приведения в исполнение обеспечительных мер, принятых арбитрами, привело к развитию судебной практики о признании таких мер (при-

нятых в форме решений чрезвычайных арбитров) на основании Нью-Йоркской конвенции, как если бы они были финальными решениями по существу спора. Это, в свою очередь, влечет за собой существенные риски, поскольку механизма отмены или изменения таких мер — например, в случае их изменения/отмены самими арбитрами или в случае отказа в иске — украинское законодательство не содержит.

Все эти и некоторые другие аспекты побудили украинское арбитражное сообщество возобновить деятельность рабочей группы Украинской Арбитражной Ассоциации (УАА) по усовершенствованию арбитражного законодательства и разработать свои предложения по решению описанных проблем. Среди приоритетных направлений работы группа обозначила приведение Закона Украины «О международном коммерческом арбитраже» (Закон о МКА) в соответствие с Типовым законом ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 года. В частности, изменения коснутся формы арбитражного соглашения, исполнения судами обе-

спечительных мер, принятых арбитрами, будут устранены обнаруженные терминологические разночтения в текущей редакции Закона о МКА (например, замена термина «третейский суд» на «арбитражный трибунал» в соответствии с английским/французским/испанским текстом Типового закона ЮНСИТРАЛ). Также группа разработала предложения по расширению списка арбитрабельных споров и усовершенствованию процедур судебного содействия арбитражу.

В конце 2019 года рабочая группа УАА передала свои наработки в Комиссию по вопросам правовой реформы, созданную указом президента Украины. Ожидается, что комиссия представит свои комплексные предложения (не только в сфере арбитража) в первой половине 2020 года. А учитывая, что избранный в прошлом году украинский парламент демонстрирует невиданные доселе темпы принятия законов, есть очень высокие шансы, что к концу 2020 года в Украине появится обновленное процессуальное и арбитражное законодательство².

²Статья публикуется в авторской орфографии.

ПАКЕТНАЯ СДЕЛКА ДЕСЯТИЛЕТИЯ МЕЖДУ УКРАИНОЙ И РОССИЕЙ: КОНЕЦ АРБИТРАЖНОЙ САГИ?



Кристина Хрипкова
старший юрист
INTEGRITES, Киев

19 –20 декабря 2019 года в Минске и Берлине состоялись переговоры о продлении транзита российского газа через территорию Украины после 31 декабря 2019 года, увенчавшиеся подписанием протокола встречи представителей Европейского союза, Украины и Российской Федерации, а также ООО «Оператор газотранспортной системы Украины», НАК «Нафтогаз Украины» и ПАО «Газпром» (далее – протокол встречи). Протокол встречи был опубликован на сайте Кабинета Министров Украины.

Главной новостью для арбитражного сообщества стало подписание во исполнение протокола встречи соглашений об урегулировании ряда арбитражных споров между НАК «Нафтогаз Украины» и ПАО «Газпром» и между Министерством юстиции Украины и «Газпромом»¹.

Арбитражные споры по контрактам на поставку и транзит газа от 19 января 2009 года

«Нафтогаз» и «Газпром» подписали мировое соглашение, согласно которому стороны отказываются от взаимных претензий и исков по контрактам на поставку и транзит газа от 19 января 2009 года. Соглашение, в частности, предусматривает:

- выплату «Газпромом» 2,918 млрд долл. компенсации во исполнение решений, вынесенных в соответствии с Арбитражным регламентом Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (SCC) от декабря 2017 года и февраля 2018 года. «Газпром» выплатил «Нафтогазу» указанную сумму 27 декабря 2019 года;
- отзыв всех арбитражных и судебных исков между «Нафтогазом» и «Газпромом», по которым не принято окончательных решений, в том числе иски «Нафтогаза» на 12,2 млрд долл. и на 1,33 млрд куб. м (без денежной оценки);
- снятие ареста с имущества, активов и денежных средств «Газпрома», а также отказ в будущем от всех возможных претензий и исков по контрактам на поставку и транзит газа от 19 января 2009 года.

Напомним, что арбитражный спор возник в 2014 году и касался выполнения условий кон-

¹ Управление информации «Газпрома» прокомментировало ситуацию на сайте компании так:

«“Газпром” и “Нафтогаз Украины” заключили безотзывное соглашение об урегулировании. Документ предусматривает отзыв всех арбитражных и судебных исков друг против друга, по которым не принято окончательных решений, и отказ в будущем от всех возможных претензий по контрактам на поставку и транзит от 19 января 2009 года. Ранее, в предусмотренный протоколом срок, “Газпром” выплатил “Нафтогазу” 2,9 млрд долл. в соответствии с решением Стокгольмского арбитража.

“Газпром” и Министерство юстиции Украины заключили безотзывное мировое соглашение, предусматривающее прекращение Украиной всех текущих и возможных будущих требований к “Газпрому”, основанных на решении Антимонопольного комитета Украины».

Подписан пакет документов для продолжения транзита российского газа через территорию Украины после 2019 года. URL: <https://www.gazprom.ru/press/news/2019/december/article497139/>.

трактов на поставку и транзит газа, заключенных «Нафтогазом» и «Газпромом» 19 января 2009 года. Обе стороны подали просьбы об арбитраже в соответствии с Арбитражным регламентом SCC, общая стоимость взаимных претензий «Нафтогаза» и «Газпрома» варьируется между 81,4 и 125 млрд долл. В мае 2017 года было выдано промежуточное арбитражное решение по контракту на поставку газа, а в декабре того же года – финальное арбитражное решение SCC по контракту на поставку газа; в феврале 2018 года стороны получили арбитражное решение SCC по контракту на транзит газа. По словам «Нафтогаза», основными результатами трех арбитражных решений SCC являются полная отмена штрафа «Нафтогаза» по положениям контракта «бери или плати» за 2009–2017 годы, снижение цены на газ и присуждение составом арбитражного суда SCC компенсации «Нафтогазу» в размере 4,63 млрд долл. за нарушение «Газпромом» обязательств касательно объема транзита газа.

«Газпром» пытался оспорить все три арбитражных решения SCC по контрактам на поставку и транзит газа от 19 января 2009 года в Швеции. 27 ноября 2019 года Апелляционный суд округа Свеа отклонил заявление «Газпрома» об отмене промежуточного майского решения SCC 2017 года и не дал «Газпрому» разрешения подавать апелляцию в Верховный Суд Швеции. Устные заседания по рассмотрению оставшихся двух заявлений об отмене финального решения SCC от декабря 2017 года и решения SCC от февраля 2018 года были назначены на 2020 год, однако подписание вышеуказанного мирового соглашения, как мы понимаем, обеспечивает отзыв «Газпромом» своих заявлений об отмене двух оставшихся арбитражных решений.

В свою очередь, «Нафтогаз» предпринимал активные попытки в Нидерландах, Англии и Уэльсе, Швейцарии и Люксембурге признать и получить разрешение на исполнение арбитражного решения SCC от февраля 2018 года, обязывающее «Газпром» осуществить выплату в сумме 4,6 млрд долл. в пользу «Нафтогаза», которая после взаимозачета обязательств «Нафтогаза» перед «Газпромом» была снижена до 2,56 млрд долл. (плюс проценты). «Нафтогаз» мог исполнить арбитражное решение в том числе за счет:

- физических активов должника, в частности за счет корпоративных прав (к примеру, полученных дивидендов от газопровода «Северный поток – 2») или движимого имущества «Газпрома» (оборудование и механизмы, транспортные суда и т.д.), которое находится за пределами Российской Федерации;
- наличных средств, которые находятся на банковских счетах «Газпрома» за пределами Российской Федерации;
- дебиторской задолженности покупателей «Газпрома» из других стран за газ, нефть и другие продукты нефтепереработки.

В дополнение с целью идентификации активов «Газпрома», за счет которых возможно исполнение арбитражного решения, «Нафтогаз» обратился в суды США с просьбой удовлетворить заявление о раскрытии информации третьими лицами. Поскольку «Газпром» выполнил предписание арбитражного решения SCC от 28 февраля 2018 года и выплатил 2,918 млрд долл., все зарубежные процессы по признанию и приведению в исполнение арбитражного решения подлежат прекращению.

Споры, связанные со штрафом Антимонопольного комитета Украины

«Газпром» и Министерство юстиции Украины подписали безотзывное мировое соглашение, предусматривающее прекращение Украиной всех текущих и возможных будущих требований к «Газпрому», основанных на решении Антимонопольного комитета Украины от 22 января 2016 года № 18-р и соответствующем решении Хозяйственного суда г. Киева от 5 декабря 2016 года (включая требования об уплате штрафа и пени).

Ранее решением от 22 января 2016 года № 18-р «О нарушении законодательства о защите экономической конкуренции и наложении штрафа» по делу № 143-26.13/108-15 Антимонопольный комитет Украины наложил на «Газпром» штраф в размере 85,9 млрд грн. и дополнительно начислил пеню в размере 85,9 млрд грн. за невыполнение данного решения и обязал выполнить п. 4 решения, а именно: в течение двух месяцев

со дня получения решения № 18-р прекратить нарушение, указанное в п. 2, путем обеспечения получения услуг по транзиту газа магистральными трубопроводами по территории Украины у «Нафтогаза» на обоснованных условиях.

Попытки «Газпрома» оспорить решение № 18-р в украинских судах и остановить дальнейшее исполнительное производство по принудительному взысканию Министерством юстиции Украины суммы штрафа и пени не увенчались успехом. Были арестованы счета представительства «Газпрома» в Киеве, дивиденды «Газпрома» от участия в АО «Газтранзит», принадлежащие «Газпрому» акции АО «Газтранзит», акции ОАО «Институт “ЮЖНИИГИПРОГАЗ”», доли в ООО «Газпром сбыт Украина», ООО «Международный консорциум по управлению и развитию газотранспортной системы Украины». В августе 2018 года в рамках аукциона проведена принудительная продажа акций ОАО «Институт “ЮЖНИИГИПРОГАЗ”», а в январе 2019 года – акций АО «Газтранзит». Министерство юстиции Украины также создало рабочую группу для взыскания 172 млрд грн. штрафа с «Газпрома» в юрисдикциях, с которыми Украина подписала договоры о правовой помощи.

Описанная ситуация стала причиной инициирования «Газпромом» дела РСА № 2019-10 «ПАО “Газпром” против Украины», рассматриваемого арбитражным трибуналом ad hoc в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ 1976 года. Постоянная палата третейского суда (РСА) выполняет администрирующую роль, местом рассмотрения является г. Женева, Швейцарская Конфедерация. Исковые требования «Газпрома» на сумму, превышающую 6 млрд долл. (по данным СМИ, сумма штрафа составляет 7,4 млрд долл.), были основаны на предполагаемом нарушении Украиной подп. «с» п. 2 ст. 9 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Кабинетом Министров Украины о поощрении и взаимной защите инвестиций от 27 ноября 1998 года.

В протоколе встречи речь идет о подписании безотзывного мирового соглашения в рамках дела РСА № 2019-10. Кабинет Министров Украины выдал специальное распоряжение № 1372-р от 27 декабря 2019 года, утвердив проект

мирового соглашения в деле РСА № 2019-10 и уполномочив министра юстиции Украины на подписание данного мирового соглашения. В соответствии с п. 1 ст. 36 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ 1976 года, если до вынесения арбитражного решения стороны достигают соглашения об урегулировании спора, то арбитражный суд либо выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства, либо, если об этом просят стороны и арбитражный суд с этим согласен, фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях. В ближайшее время ожидается постановление арбитражного суда в деле РСА № 2019-10 о прекращении арбитражного разбирательства либо арбитражное решение, фиксирующее урегулирование на согласованных условиях, о деталях которых, по предварительным оценкам, сообщит Министерство юстиции Украины.

По словам исполнительного директора «Нафтогаза» Юрия Витренко, мировое соглашение между Министерством юстиции Украины и «Газпромом» не предусматривает возвращения российской компании ее активов, конфискованных ранее по решению № 18-р Антимонопольного комитета Украины.

Помимо урегулирования споров, протокол встречи предусматривал подписание соглашений и договоров, регулирующих транзит природного газа через территорию Украины. Важным изменением является то, что договор об организации транзита на ближайшие пять лет между «Нафтогазом» и «Газпромом», по информации СМИ, содержит арбитражное соглашение о передаче возникших споров на рассмотрение арбитражного трибунала по Регламенту Международной торговой палаты (ИСС) с местом рассмотрения в г. Цюрихе, Швейцария, при этом договор, как и ранее, регулируется шведским правом.

Хотя формально «Газпрому», «Нафтогазу» и Министерству юстиции Украины еще предстоит предпринять необходимые шаги во исполнение мировых соглашений, многомиллиардную сагу стокгольмских арбитражей и штрафа Антимонопольного комитета Украины можно считать завершенной решениями на высшем уровне касательно продления транзита природного газа через территорию Украины.



CIS VANITY FAIR 2020

“All is vanity, nothing is fair.”
 – William Makepeace Thackeray, *Vanity Fair*

Dear colleagues,

We all know – but never admit – that the vanity marketing is important for lawyers. And what if we had a possibility openly to satisfy that need, through a real arbitration vanity fair?

The RAA decided to offer such an unparalleled opportunity to all arbitration practitioners. We are therefore delighted to invite you to the CIS Vanity Fair, the first RAA event during the Paris Arbitration Week. The vanity fair is a provocative metaphor for the modern arbitration world that

combines, on one hand, the brightest minds with, on the other hand, the financial considerations that sometimes drive our decisions. This unprecedented event will take place in Paris, on 31 March 2020, 6.30 pm, in the gorgeous Baker & McKenzie’s premises (that will add even more grandiosity and charm to the evening).

The CIS Vanity Fair is a lucky chance not only to meet and exchange knowledge on the recent developments of the CIS and other countries arbitration laws, but also to become a speaker and represent your region.

The event consists of several panels, each one dedicated to a particular country or region (Russia, Ukraine, Baltics, Central Asia - the total number of the panels is subject to the number and quality of the applications we receive). Each panel has 3 speakers and lasts around 15 minutes. Each speaker has the floor for 3 minutes to present one arbitration piece of news chosen among the recent international arbitration highlights of their jurisdiction (e.g., a recent court decision, a legal update or an international award). The public votes after each panel, evaluating the speakers’ eloquence.

The selection of the speakers is made in advance by the Organising Committee. Everyone (including students, young and senior practitioners) is eligible to submit their application to represent a jurisdiction. The application must comprise a CV and a 1-page outline of the presentation. Please email your applications before 6 March 2020 to Alexandra.Brichkovskaya@arbitrations.ru. It is your time to shine!

The Vanity Fair is supposed to draw speakers and attendees from around the world. Please join us (as an attendee or a speaker) for a perfect mix of vanity, exciting discussion and incredible networking opportunity. It goes without saying that such an event will be followed by the drinks.

“But my kind reader will please to remember that this history has ‘Vanity Fair’ for a title, and that Vanity Fair is a very vain, wicked, foolish place, full of all sorts of humbugs and falsenesses and pretensions.”

– William Makepeace Thackeray, *Vanity Fair*

Do not forget to register [here](https://arbitration.ru/en/events/conference/cis-vanity-fair/) and see you soon.

VIII RUSSIAN DRINKS

FOR THOSE WHO SURVIVED PREVIOUS DRINKS AND FOR NEWCOMERS!

free beer is sponsored by
Baker McKenzie

No presentations, just drinks!

No pleadings, no speeches!

**Come and share your experience after
3 days of preliminary rounds!**

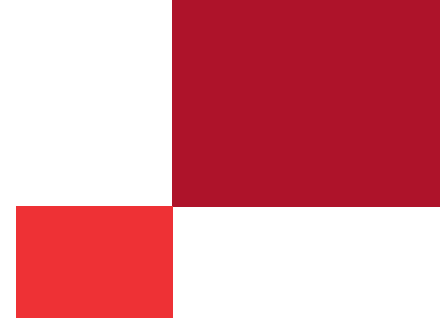
All Russian speaking teams are invited!

8 p.m. | 5th April | 2020

**Please RSVP before 5 April to Alexandra Shmarko
(Alexandra.shmarko@bakermckenzie.com)**



**Baker
McKenzie.**



2018-2019

The
Baker McKenzie
**International
Arbitration Yearbook**

We are pleased to announce that the latest edition of **The Baker McKenzie International Arbitration Yearbook** is now available.

In this edition, we look at important developments in arbitration in 45 jurisdictions over the past year, including new legislation, institutional rules, and key cases.

This year's edition includes a special feature on diversity in arbitration.



Deloitte.

**Baker
McKenzie.**

MANSONRS

Инфопартнеры

Arbitration.ru



CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LF LAW FIRM.RU