

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже



Аналитика

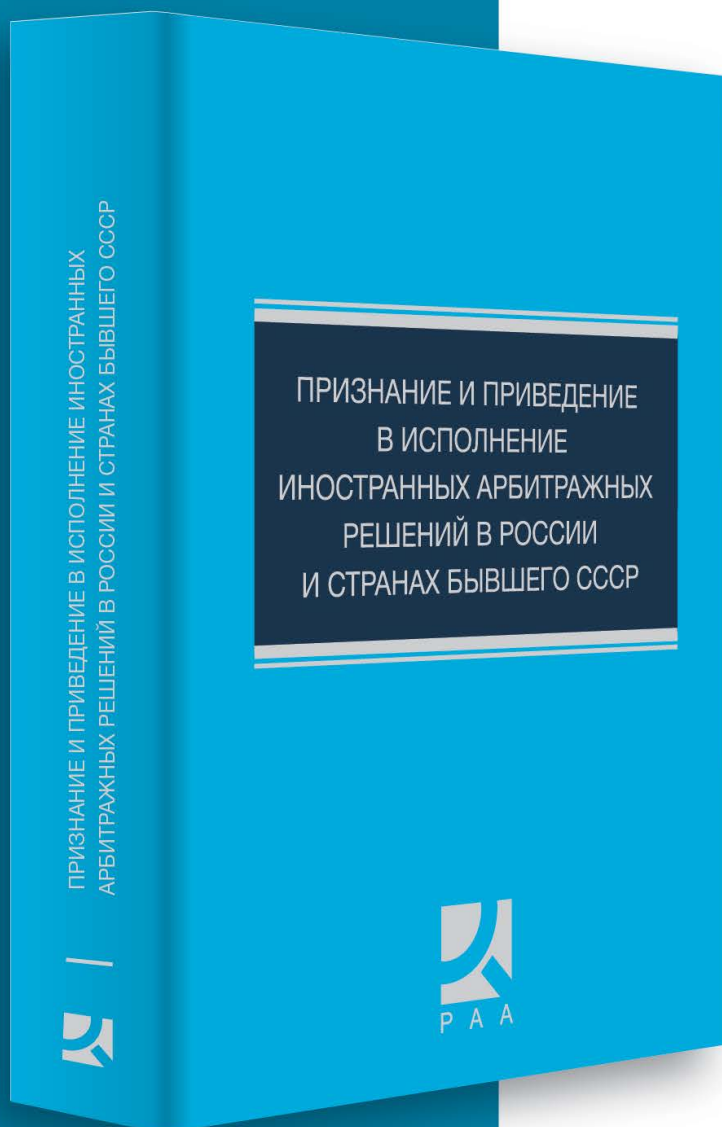
Принципы ИВА:
соглашаться
или нет?
Практика SCC
по отводу арбитров
Конфликт
интересов: новеллы
французских судов

Обзор

Изменения регламента
МКАС Украины
Конфликт интересов
и Legal Tech
Юбилейный конкурс
РАА. Итоги

English Section

- ICCA Guidelines on Standards of Practice
- Arbitrator Challenges
- Swiss PILA Update
- Application of Soft Laws on Ethics



В 2018 году исполнилось 60 лет Нью-Йоркской конвенции о признании и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений.

Арбитражная Ассоциация выпустила книгу, посвященную вопросам признания и приведения в исполнение иностранных решений, оспаривания и исполнения внутренних арбитражных решений в России и странах бывшего СССР. В издание включен постатейный комментарий к Нью-Йоркской конвенции, Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961, АПК, ППК и Закону о международном коммерческом арбитраже. В книге также подробно освещены особенности правового регулирования в странах бывшего СССР.

Уникальной особенностью издания является подробный статистический анализ российских судебных актов об оспаривании, признании и приведении в исполнение арбитражных решений за последние 10 лет.

Твердый переплет, 1000 страниц, тираж 1000 экз.

The New York Convention celebrated its 60-year anniversary in 2018.

To celebrate this occasion, the RAA released a commentary to the New York Convention and related Russian and CIS laws.

The book will offer a detailed analysis of the Russian case law on the Convention for the past 10 years.

Hardcover, 1000 pages, 1000 copies, Russian language.

EDITORIAL BOARD



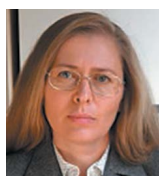
Dmitry Artyukhov
Arbitration.ru, Editor-in-chief, Moscow



Ekaterina Grivnova
Paris baby arbitration, Founder, Paris



Roman Zykov
Russian Arbitration Association,
Secretary General, Moscow



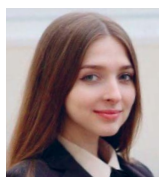
Lilia Klochenko
RAA, Member of the Board, Vienna



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



Elina Mereminskaya
Wagemann Abogados & Ingenieros,
Partner, Santiago



Anastasia Konovalova
Arbitration.ru,
Editorial Assistant, Moscow



Olena Perepelynska
Integrites, Partner, Kyiv



Galina Zukova
ZUKOVA Legal, Partner, Paris



Steven Finizio
WilmerHale, Partner, London



Vladimir Khvalei
Arbitration Association,
Chairman of the Board, Moscow



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



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



Журнал Arbitration.ru № 22,
сентябрь-октябрь 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: Буриданов осел. Рекламная открытка продовольственной компании Юстуса Либига.
On the cover: Buridan's ass. Trade Card for Véritable Extrait De Viande Liebig.

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.

- 6 ICCA GUIDELINES ON STANDARDS OF PRACTICE IN INTERNATIONAL ARBITRATION**
Dmitry Artyukhov, Arbitration.ru Editor-in-chief
- 10 WHY ARBITRATION IN SWITZERLAND BECOMES EVEN MORE ATTRACTIVE?**
Xavier Favre-Bulle, Elena Neidhart, Lenz & Staehelin, Geneva
- 15 IBA GUIDELINES ON PARTY REPRESENTATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION: AGREE OR NOT TO AGREE**
Vladimir Khvalei, Baker McKenzie, Moscow
- 25 "ISSUE CONFLICT": WHEN AN ARBITRATOR'S KNOWLEDGE OF THE ISSUE BECOMES AN ISSUE (AND WHEN IT DOES NOT)**
Dr. Galina Zukova, ZUKOVA Legal, Paris
- 42 ARBITRATOR CHALLENGES - A CASE FOR GREATER TRANSPARENCY**
Artem Doudko, Kanwar Vivswan, Osborne Clarke
- 48 SELF-APPOINTMENT UNDER INDIA- RUSSIA INVESTMENT TREATIES: MAPPING CONFLICT OF INTERESTS**
Rakesh Kumar Sahu, Ranchi, India
- 50 CONFLICT OF INTEREST OF EXPERTS IN ARBITRATION: IMPACT ON THE ASSESSMENT OF WEIGHT AND ADMISSIBILITY OF THE EXPERT'S OPINION**
Kamal Tserakhau, Aliaksandr Struzhko, REVERA Law Firm, Belarus
- 53 ETHICS IN INTERNATIONAL ARBITRATION: AN OPINION OF ARBITRAL INSTITUTIONS**
Stepan Sultanov, KIAP
- 56 DRAFT CODE OF CONDUCT FOR ADJUDICATORS IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: HOW ARE CONFLICTS OF INTERESTS AND DISCLOSURE OBLIGATIONS ADDRESSED?**
Danil Shamelov
- 59 TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTS RESHAPING DISPUTE RESOLUTION**
Michael Peer, Sirshar Qureshi, PWC
- ARBITRAATION KITCHEN WITH ALEXANDER KHRAPOUTSKI (LEX TORRE, BELARUS) - DRANIKI - SEASON 1 EPISODE 7**
- 62 Interview conducted by Vladimir Khvalei, Partner in the Moscow Office of Baker McKenzie**

- 72 РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ ИВА ОТНОСИТЕЛЬНО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА СТОРОН В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: СОГЛАШАТЬСЯ ИЛИ НЕТ**
Владимир Хвалеи, председатель РАА, партнер Baker McKenzie, Москва
- 83 ПРАКТИКА АРБИТРАЖНОГО ИНСТИТУТА ТОРГОВОЙ ПАЛАТЫ Г. СТОКГОЛЬМА ПО ОТВОДУ АРБИТРОВ**
Роман Зыков, Виктория Гладышева, Mansors
- 92 КОНФЛИКТ ИНТЕРЕСОВ: НОВЕЛЛЫ ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАКТИКИ**
Екатерина Гривнова, Allen & Overy
- 96 СТАТИСТИКА ИСПОЛНЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ РОССИЙСКИМИ СУДАМИ: 5 ВАЖНЕЙШИХ ФАКТОВ**
Анна Актанаева, Александра Герасимова, ФБК Legal
- 102 УКРАИНСКИЙ СУД ОТКАЗАЛ В ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЯ ЧРЕЗВЫЧАЙНОГО АРБИТРА ПО ДЕЛУ «ВЭБ ПРОТИВ УКРАИНЫ»**
Анна Козырева, Елена Перепелинская, INTEGRITES, Киев
- 105 ИЗМЕНЕНИЕ РЕГЛАМЕНТА МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА ПРИ ТПП УКРАИНЫ КАК СРЕДСТВО ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА**
Иван Ващинец, ЮК ARBITRADE
- 109 ОБЗОР РЫНКА ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ РЕШЕНИЙ ПО АВТОМАТИЗАЦИИ ВЫЯВЛЕНИЯ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ**
Сергей Светушкин, Transparent Deal
- 111 АРБИТРАЖНАЯ КУХНЯ С АЛЕКСАНДРОМ МУРАНОВЫМ (РОССИЯ): ЛЕГКИЙ УЖИН ИЗ АВОКАДО. СЕЗОН 1, ЭПИЗОД 4. ЧАСТЬ II**
Интервью провел Владимир Хвалеи, председатель РАА, партнер Baker McKenzie, Москва
- 124 ИТОГИ V КОНКУРСА РАА ПО АРБИТРАЖУ ОНЛАЙН**
Борис Карпычев, Константин Антонюк

EDITOR'S LETTER

Buridan's ass is the fruit of a thought experiment of the medieval French philosopher Jean Buridan. The logician suggested that if two baskets of equally tasty hay are placed in front of the donkey at an equal distance, the animal will not be able to make a choice and will eventually die of hunger.

Duality leads to a conflict that becomes destructively insoluble.

Hence the legal community requires its members to avoid ambiguity in arbitration. The representative of a party must inform (in other words, confess) the tribunal about false submission of fact (Art. 10 of IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration). The arbitrator must decline an appointment if he is faced with a conflict of interest where certain facts or circumstances or may hinder his/her ability to be impartial and independent (General Standard 2 of IBA Principles on Conflicts of Interest in International Arbitration).

The question remains, what should be the professional behavior of lawyers outside of arbitration. Does a lawyer have the right to publish articles that defend polar positions on the same issue? Can he or she simultaneously contribute to journals published by rivaling groups?

Ethics is ephemeral, but the fruit of our actions are quite tangible. Over time, a lawyer who does not have his own position and seeks to please everyone may find himself in the place of Buridan's donkey. The cover of this issue is dedicated to him.

ПИСЬМО РЕДАКТОРА

Буриданов осел – плод мысленного эксперимента французского философа Жана Буридана. Логик предположил, что, если перед ослом на равном расстоянии поставить две корзины одинаково вкусного сена, животное не сможет сделать выбор и со временем умрет от голода.

Двойственность приводит к конфликту, который становится губительно неразрешимым.

В многочисленных сборниках этических предписаний, которые анализируют или на которые ссылаются авторы этого номера, юридическое сообщество требует от своих участников избегать двойственности в ходе арбитражного разбирательства. Представитель стороны должен сам сообщить арбитрам (по сути – сознаться), если искажил факты дела (статья 10 «Руководящих принципов Международной ассоциации юристов, ИВА, относительно представительства сторон в международном арбитраже»). Арбитр сам должен заявить себе отвод, если он столкнулся с ситуацией конфликта интересов, когда определенные обстоятельства или знания могут помешать вынести беспристрастное решение по делу (Стандарт 2 «Принципов ИВА относительно конфликта интересов в международном арбитраже»).

Открытым остается вопрос, каким должно быть профессиональное поведение юристов вне арбитража. Имеет ли юрист право публиковать статьи, в которых он отстаивает полярные позиции по одной и той же проблеме? Может ли юрист высказывать свои мнения в журналах, издаваемых разными по своим воззрениям группами людей?

Этика – вещь эфемерная, но результаты наших действий вполне осязаемы. Со временем юрист, который не имеет собственной позиции, а стремится угодить всем сразу, может оказаться на печальном месте буриданова осла. Ему и посвящена обложка этого номера.

ICCA GUIDELINES ON STANDARDS OF PRACTICE IN INTERNATIONAL ARBITRATION



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

October 15th commenced the consultation stage for the new prospective document on ethics in arbitration proceedings, “Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration” by ICCA.¹ The ICCA, or International Council on Commercial Arbitration, is a non-governmental organization based in the Hague, Netherlands. The Governing board of ICCA and its Executive body comprises ca. 35 high-profile arbitrators and lawyers. Among them the readers of *Arbitration.ru* may mark such names as Andrew Clarke, John Beechey and Vladimir Khvalei (at present, the only Russian national on the Board except for Prof. Alexander Komarov, who is on the ICCA Advisory Board along with, inter alia, co-authors of IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration Emmanuel Gaillard and Bernard Hanotiau). On the ICCA’s Honorary Presidents list one finds Albert Jan van den Berg and Jan Paulsson. The ICCA is also known for its local youth chambers (Young ICCA), a forum for prospective lawyers interested in international arbitration.²

The ICCA Standards of Practice in International Arbitration Taskforce is headed by Abby Cohen Smutny of White & Case, Partner and the Global Head of the firm’s International Arbitration Practice in Washington, US, and Prof. Guido Santiago Tawil, an independent arbitrator from Argentina.

The “Guidelines on Standards of Practice...” draft is a 14-page document aimed to draw up overarching principles of conduct for arbitrators, counsels and support staff such as legal secretaries worldwide, “...to serve as guiding principles of civility in the field, and reflect the myriad blends of cultures and situations in which international arbitration is employed”.³ The authors report they have prepared the Guidelines as they have identified an “evident gap” in the “international arbitration space” which would epitome the principles of civility for arbitration proceedings. The present soft law is not sufficient: “the existing instruments do not fully reflect the specific setting”.

This statement can be put under scrutiny. This article gives a short comparison of the new projected ICCA Guidelines and some of those documents on conduct of arbitration proceedings already existing in the field. These include *IBA Rules* (IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration, IBA Guidelines

¹ The draft accessed at: https://www.arbitration-icca.org/media/15/06708902318961/a4_icca_standards_of_practice_clean_8_6_2020-3.pdf on 14.10.2020.

² The author warmly recollects a Young ICCA meeting in Prague dedicated to the release of the Prague Rules in 2018.

³ Although the document is marked “not for citation”, the author presumes this should be accounted for it being a draft and not the final version of the Guidelines. Many passages in the document are worth to be referred to in their immediate phrasing and are quoted here for discussion purposes only.

on Conflicts of Interest in International Arbitration)⁴ plus *Prague Rules*⁵ as universal principles; and *LCIA Arbitration Rules*⁶, *ICC Note To Parties And Arbitral Tribunals On The Conduct Of The Arbitration Under The ICC Rules Of Arbitration*⁷ and *Vienna Rules*⁸ published by VIAC as rules linked to specific arbitral institutions. The author took the liberty to add italics and bold type to these texts for emphasis.

So, let's take a closer look at the Guidelines.

Impartiality and Conflict of interest

Since Conflict of interest is the fulcrum of this Arbitration.ru issue, **Guideline I.F** of the ICCA Guidelines draft is the first on the list, saying: **“All participants in an international arbitration shall disclose conflicts of interests and/or other facts or circumstances that may call into question the fundamental integrity of the arbitration process.”**

LCIA Rules 2020 require that “all arbitrators shall be and remain at all times impartial and independent of the parties; and none shall act <...> as advocate for <...> of any party” in Article 5.3.

In its Note To Parties And Arbitral Tribunals of 2019 the ICC International Court of Arbitration stipulated: “All arbitrators, including emergency arbitrators, have the duty to act at all times in an impartial and independent manner” (Article 18).

VIAC's Vienna Rules as of 2018 demand an arbitrator reveals his/her conflict of interest in Article 16 (4): “An arbitrator shall disclose in writing all circumstances that could give rise to doubts as to his impartiality, independence or availability or that conflict with the agreement of the parties. The duty to immediately disclose such circumstances continues to apply throughout the arbitration.”

IBA Guidelines on Conflicts of Interest of 2014 (updated in 2015) did not name all participants, but addressed arbitrators in General Standard 1: “Every arbitrator shall be impartial and independent of the parties at the time of accepting an appointment to serve and shall remain so until the final award has been rendered or the proceedings have otherwise finally terminated.”

Confidentiality

The ICCA Guidelines stipulate that the arbitration proceedings have to be **confidential**. See **Guideline I.D**: **“All participants in an international arbitration shall respect the rights of parties and nonparties to privacy and confidentiality where applicable.”**

Prague Rules of 2018 expressly require confidentiality regarding documents, as in Rule 4.8.: “Any *document* produced by a Party in the arbitration and not otherwise in the public domain *shall be kept confidential* by the Arbitral Tribunal and the other Party, and may only be used in connection with the arbitration, save where and to the extent that disclosure may be required of a Party by legal duty.” (It can be presumed confidentiality was an obvious feature of arbitration for the drafters of the Prague Rules and was implied).

By contrast, LCIA and VIAC expressly require confidentiality in a broader way. Article 30.1. of LCIA Arbitration Rules names documents as the most valued asset: “The parties undertake as a general principle to keep confidential *all awards* in the arbitration, *together with all materials* in the arbitration created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain, save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right, or to enforce or challenge an award in legal proceedings before

⁴ Accessible at http://ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

⁵ URL: <https://pragueroles.com/upload/iblock/a00/a00568c6787a8bc955f4fdfe93db5a10.pdf>. Accessed at 16.10.2020. For latest review see Tetley A., Lopez A. *Une initiative russe au secours de l'arbitrage international. Les Echos Executives (in French)*. Available at: <https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0602225425793-une-initiative-russe-au-secours-de-l-arbitrage-international-333002.php>.

⁶ URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx. Accessed at 16.10.2020.

⁷ URL: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>. Accessed at 16.10.2020.

⁸ URL: <https://www.viac.eu/en/arbitration/content/vienna-rules-2018-online>. Accessed at 16.10.2020.

a state court or other legal authority. The parties shall seek the same *undertaking of confidentiality* from all those that it involves in the arbitration, including but not limited to any authorised representative, witness of fact, expert or service provider.”

The broadest definition of confidentiality amongst compared instruments is phrased by VIAC in Vienna Rules in Article 16 (2): “The arbitrators <...> have the duty to keep confidential *all information* acquired in the course of their duties.”

No lies!

In arbitration proceedings, the arbitrators do not possess immediate instruments to institute criminal proceedings against counsels, experts and witnesses, unlike in many national courts. Besides, lying is bad. Therefore, ICCA’s prospective **Guideline II.C** says: **“Party representatives shall not knowingly make any false submission of fact to the arbitral tribunal.”**

But if one took the slippery path, he/she has a chance to change his/her ways: **“In the event that a party representative learns that he or she has previously made a false submission of fact to the arbitral tribunal, the party representative shall, subject to considerations of confidentiality and privilege, promptly correct such submission.”**⁹

The authors might realise a process based on complete honesty and total full and frank disclosure is somewhat of an utopia, thus underlining that the Guidelines should prevent the parties from creating impediments to arbitration: *“It is not intended to discourage legitimate advocacy nor to limit available remedies and procedural strategies, when used in good faith. Rather, the Guideline seeks to discourage frivolous objections, challenges, and conduct that have the sole purpose of obstruction, unreasonable delay, or jeopardizing the finality of any award.”*

Same requirement of honesty is already known to the users of IBA Rules on Party Representation in nearly the same phrasing, Guidelines 9-10. “A Party Representative should not make any knowingly false submission of fact to the Arbitral Tribunal. In the event that a Party Representative learns that

he or she previously made a false submission of fact to the Arbitral Tribunal, the Party Representative should, subject to countervailing considerations of confidentiality and privilege, promptly correct such submission.” Have the authors of IBA Rules drawn inspiration from the works of Lenin as well?

ICCA Taskforce is to set out a special requirement of honesty for witnesses and experts that is the same as for counsel in the prospective **Guideline IV.A: “Experts and witnesses shall be honest with counsel and in their testimony before an arbitral tribunal.”** These participants to arbitration proceedings can also promptly correct their false submissions.

Again, see Guideline 11 of the IBA Rules: “A Party Representative should not submit Witness or Expert evidence that he or she knows to be false. If a Witness or Expert intends to present or presents evidence that a Party Representative knows or later discovers to be false, such Party Representative should promptly advise the Party whom he or she represents of the necessity of taking remedial measures and of the consequences of failing to do so.” The IBA Rules went even further as they mentioned incitement to lies in Guideline 23: “A Party Representative should not invite or encourage a Witness to give false evidence.”

Witnesses, experts and parties also have the duty **to cooperate** with the tribunal. See draft of **Guideline IV.B: “Experts and witnesses shall assist the arbitral tribunal and follow its directions.”** Prague Rules foresaw a tribunal’s powers against the uncooperative party, see Rule 10.1: “If one of the Parties does not follow instructions from the Arbitral Tribunal without a valid reason, it would be entitled to make, where appropriate, an adverse inference with regard to the Party’s respective case.”

Fair treatment

Vis-à-vis cooperation, international procedural and ethical provisions on arbitration demand fairness and unbiased decisions from the arbitrators. As versed by ICCA Taskforce in **Guideline III.A, “Arbitrators shall address all participants in an in-**

⁹Compare to: “He is not smart who does not make mistakes. There are no such people and cannot be. He is smart who makes mistakes that are not very significant and who can and is able to easily and quickly correct them.” Vladimir Lenin (Real name Vladimir Ulyanov, 1870-1924).

ternational arbitration in a courteous and impartial manner.” See also **Guideline III.B**. “Arbitrators shall not employ hostile, demeaning or humiliating terms in written or oral communications with participants to an international arbitration.”

Guideline II.B contains a separate provision for counsel: “Party representatives shall, at all times, act with respect and courtesy, and conduct themselves in a professional manner. Party representatives shall not act offensively or with disrespect.”

The ICC Note to Parties encompassed this in Article 47, and in a very elegant phrasing: “Arbitral tribunals, parties and their representatives are expected to abide by the highest standards of integrity and honesty, to conduct themselves with honour, courtesy and professionalism, and to encourage all other participants in the arbitral proceedings to do the same.”

LCIA Rules 2020 foresee an Arbitral Tribunal’s “duty to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent(s)” in Article 14 (i).

Prague Rules set out that “the Arbitral Tribunal may limit the number of rounds for exchange of submissions <...> while *always bearing in mind the requirement to ensure fair and equal treatment of the Parties* (my emphasis).” in Rule 2.6.

VIAC’s provisions are the most laconic: “The arbitral tribunal shall treat the parties fairly” (Article 28 (1)).

Efficiency

...And then, arbitration needs to be efficient. The strive for efficiency is definitely good on itself, but this feature of arbitration is addressed so often that one might think arbitration has always been slow, costly and tedious. See ICCA’s possible **Guideline III.D**: “Arbitrators shall act efficiently.”

The issue was also raised in the ICC Note, Article 72. “The Rules require the arbitral tribunal and the parties to make every effort to conduct the arbitration in an expeditious and cost-effective manner, having regard to the complexity and value of the dispute.” The abovementioned Article 14 of LCIA Rules required arbitrators to avoid “unnecessary de-

lay and expense, so as to provide a fair, efficient and expeditious means for the final resolution of the parties’ dispute.”

Vienna Rules, Article 28 (1), gave the arbitrators a little bit more of space (perhaps as in Austria one can find cream not only *in*, but also *on* his coffee): “The arbitral tribunal shall conduct the arbitration <...> in an efficient and cost-effective manner, *but otherwise according to its own discretion*.”

Finally, Prague Rule 8.1.: “...The hearing should be conducted in a cost-effective manner”. Period.

Conclusions

As we have shown in the article, arbitration institutions and drafters of arbitration rules and other kind of soft law worldwide speak of the same issues – each in their own voice, but in similar wording. And it is quite natural that arbitration institutions may wish to have their own set of provisions on how to conduct proceedings. At the same time, definitions of ethical behaviour are mostly the same everywhere: fairness, impartiality, honesty, mutual respect, efficiency. In this regard, the to-be Guidelines on Standards of Practice by ICCA will hardly become an innovation in arbitration. In its draft version, this document broadly generalizes ethical standards in things written and mutually incorporated before, like the ICC Note to Parties referring to the IBA Rules. Of course, the document might be still revised, but it is hard to predict that the changes to its text will be dramatic.

Thinking of the positive side, the Guidelines continue an established course of legal thinking and may become an easy-to-use unifying document on ethics in arbitration. It may also become a practical point of reference for those regions of the world where implied standards of ethical behaviour in arbitration are yet not well-known (if any). In any case, the ICCA could elaborate more on the need and the potential addressees for the Guidelines in its preamble when the consultation stage is over.

WHY ARBITRATION IN SWITZERLAND BECOMES EVEN MORE ATTRACTIVE?



Xavier Favre-Bulle
Partner



Elena Neidhart
Senior Associate
Lenz & Staehelin,
Geneva

“Perfection is not attainable, but if we chase perfection, we can catch excellence”.

Vince Lombardi

Switzerland, and particularly Geneva, has been known for international arbitration since the nineteenth century. In 1872, an arbitral tribunal in the premises of the *Hôtel de Ville* of Geneva had to adjudicate claims brought by the United States of America against Great Britain arising from the American Civil War; and Mr Jakob Stämpfli, a member of the Swiss Federal Council, was one of the five arbitrators. In its final award dated 14 September 1872, the arbitral tribunal ordered Great Britain to pay the United States of America an indemnity of USD 15,5 million in gold. This case was of crucial importance for the development of international arbitration as it demonstrated to the whole world that significant and far-reaching international disputes could be resolved both efficiently and peacefully.

Origins and the process of revision of the Federal Act on Private International Law

Over the years, Switzerland has been one of the most popular venues for international arbitration, be it institutional, *ad hoc*, sports or investment arbitration. One of the reasons for this success is the Swiss Federal Act on Private International Law (“PILA”) which entered into force on 1 January 1989. Its Chapter 12 is the *lex arbitri* for international arbitration proceedings taking place in Switzerland. Even though Chap-

ter 12 has not been subject to significant modifications since its entry into force, it is known worldwide for its clarity, concision, flexibility, autonomy given to the parties to tailor their proceedings and innovative approach.

Notwithstanding the success the PILA enjoys in international arbitration, at the beginning of 2017, the Swiss Federal government proposed a revised version of Chapter 12 aimed at consolidating 30 years of decisions rendered by the Federal Supreme Court (the “Supreme Court”), modernising the PILA, reinforcing the parties’ autonomy and making its application even more predictable and user-friendly. On 19 June 2020, the act (“R-PILA”) was adopted by Parliament. R-PILA will enter into force on 1 January 2021.

The revision of the PILA triggered certain amendments to other statutes, such as the Federal Supreme Court Act (“FSCA”), the Civil Procedure Code (“CPC”) and the Swiss Code of Obligations (“CO”), which will be addressed below.

The provisions of the revised act rendering arbitration in Switzerland more attractive

The revised provisions described below are of particular interest to the parties to international arbitrations seated in Switzerland and abroad.

The PILA applies if at least one of the parties had its domicile, residence or registered office outside Switzerland at the moment of entering into the arbitration agreement

Under the current law, Chapter 12 applies if “at the time when the arbitration agreement was entered into, at least one of the parties had neither its domicile nor its habitual residence in Switzerland”. The current law does not specify whether it is the situation of the parties to the *arbitration agreement* or to the *arbitration proceedings* which should be assessed to decide whether the requirement of foreign domicile, residence or registered office is met. The majority of commentators are of the opinion that the decisive time should be the moment when the parties entered into the arbitration agreement. The Supreme Court, however, took a different view and held that the decisive moment should be the initiation of arbitration proceedings. Consequently, the law to be applied (CPC – for domestic arbitration or PILA – for international arbitration) would not be determined before the initiation of the proceedings in a situation where some parties to the arbitration agreement are located in Switzerland and others abroad.

Article 176(1) R-PILA expressly provides that the relevant moment is when the parties “to the arbitration agreement” concluded that agreement. Thanks to this clarification, no party will be tempted to make any possible forum shopping and the legal certainty will be reinforced.

Arbitration agreements are valid if made in any form of writing

Under the current law, an arbitration agreement must be made in writing, by telegram, telex, telecopier

or any other means of communication which permits it to be evidenced by a text. Such wording does not mean that Switzerland is an old-fashioned country using outdated means of communication, it merely shows that PILA is over 30 years old.

Article 178(1) R-PILA provides that an arbitration agreement is valid if made in writing, or by any other means evidencing that it has been concluded by a text. Such wording will encapsulate any and all means of modern communication, if communicated in any form of writing.

Arbitration agreements will be valid if contained in unilateral acts and corporate disputes will be subject to arbitration

Under the current law, it is unsettled whether unilateral acts may contain a binding arbitration agreement or whether they constitute merely an offer to conclude an arbitration agreement. Article 178(4) R-PILA provides that an arbitration agreement may rest not only on an agreement between at least two parties, it can also rest on a unilateral act, such as a will, a foundation or a trust.

Furthermore, articles of association of Swiss companies limited by shares and limited liability companies may contain arbitration agreements for disputes related to corporate law. Unless otherwise agreed by the parties, the arbitration agreement is binding on the company, its bodies, member of its bodies and shareholders (Article 697n CO). Any person who can be directly affected by the arbitral award must be informed about the initiation and termination of the proceedings and must be in a position to participate in the constitution of the arbitral tribunal and in the proceedings in the capacity as intervenor. For this purpose, arbitration agreements may refer to specific arbitration rules which are suitable for corporate disputes. Such disputes will be governed by the relevant provisions of the CPC and not by the PILA.

This eliminates the previously existing uncertainty in relation to corporate disputes and provides a solid framework for disputes arising from unilateral acts.

Parties will have an express and efficient framework for the constitution and functioning of arbitral tribunals

Aiming at establishing a more straightforward framework for the constitution of an arbitral tribunal compared to the current law, Article 179 R-PILA provides that arbitrators are appointed or replaced in accordance with the parties' agreement. Unless the parties decide otherwise, the number of arbitrators shall be three. Each party shall appoint a co-arbitrator, and these two co-arbitrators shall appoint a presiding arbitrator. If the parties fail to agree on the constitution of the arbitral tribunal or arbitrators cannot be appointed for any other reason, the state court at the place of the arbitration shall be competent to assist the parties with the constitution of the arbitral tribunal. If the parties have not determined the seat of the arbitration, or they have simply agreed that the seat will be in Switzerland, the state court seized first will be in a position to appoint arbitrators. Such state court may appoint all arbitrators in case of a multi-party arbitration.

Article 180 R-PILA provides grounds for challenging an arbitrator: (i) the grounds agreed upon by the parties in the arbitration agreement and/or (ii) if the circumstances of the case raise justifiable doubts as to the arbitrator's independence and/or impartiality. If the parties have not agreed on the procedure for challenging an arbitrator, an application to challenge an arbitrator shall be made within 30 days following the day the challenging party discovered, or ought to have discovered, the grounds for such challenge (Article 180a R-PILA). Within 30 days following such application, the challenging party may request the state court of the seat of the arbitration to remove the challenged arbitrator.

Furthermore, according to Article 180b R-PILA, any arbitrator may be revoked by the parties. Unless the parties decide otherwise, if an arbitrator is not in a position to perform his tasks with due diligence and care, a party may request the state court of the seat of the arbitration to revoke such arbitrator. The court's decision will be final and binding.

These provisions on the constitution of the arbitral tribunal are particularly important for *ad hoc* arbitration where no administering institution is involved. They are also important to preclude the parties from adopting delaying tactics preventing the efficient constitution of arbitral tribunals.

The provisions on the challenge and revocation of arbitrators have the merit of codifying principles allowing for an efficient constitution of an independent and impartial arbitral tribunal. In case of justifiable doubts, the revised act specifies that parties may seek support from the competent state courts. Proceedings before state courts are conducted in a summary form (Article 251a CPC), which is a time- and cost-efficient mechanism.

Parties to arbitration proceedings (in Switzerland and abroad) will have a straightforward legal framework in relation to the taking of evidence and interim measures

Under the current law, arbitral tribunals or a party to arbitration proceedings (provided that the arbitral tribunal agrees) may resort to the state courts if their assistance is needed in the process of taking evidence. It does not provide which law should apply to determine which evidence should be produced and according to which rules. The revised act specifies that the state courts will apply their own law. Only if the state courts are expressly requested to take into consideration other procedural rules, they may decide to apply such rules (Article 184(2) and (3) R-PILA).

Furthermore, R-PILA contains provisions allowing arbitral tribunals sitting abroad, or a party to such proceedings, to resort to the state court where the taking of evidence or an interim measure should be executed (Article 185a R-PILA). Such straightforward legal framework will allow the parties to avoid long and costly proceedings of international legal assistance.

A party which has procedural objections must invoke them immediately

Even though the current law is silent as to the moment when a party has to bring any alleged procedural objections, by virtue of the decided cases, such objections shall be brought immediately. Article 182(4) R-PILA expressly provides that a party which fails to object immediately will forfeit its rights.

Parties will have more clarity as regards the remedies available against awards

While under the current law the only remedy available to parties against awards are setting aside proceedings, the revised act specifies that the parties may resort to the following additional remedies: correction, interpretation, requesting an additional award and revision (Articles 189a and 190a R-PILA). Even though these remedies are not new and have been available to parties by virtue of the decided cases, the revised provisions set a clear legal framework for the parties' applications.

Correction may be sought in order to emend typographical or arithmetical mistakes and/or inaccuracies. *Interpretation* may be sought in order to clarify certain specific parts of the award. An *additional award* may be required to decide on claims asserted during the proceedings but which have not been adjudicated in the final award. Such remedies may be sought by the parties before the arbitral tribunal or undertaken spontaneously by the arbitral tribunal within 30 days following the notification

of the award. They do not stay the 30-day time limit to initiate setting aside proceedings before the Supreme Court.

Revision of an award may be sought before the Supreme Court (i) if a party discovered material facts and/or new conclusive evidence which had existed before the issuance of the final award and which the party seeking revision could not have invoked during the arbitral proceedings, (ii) if criminal proceedings establish that a criminal offense influenced the arbitral award to the disadvantage of the party seeking revision or (iii) if a ground to challenge an arbitrator is discovered after the closure of the proceedings. A request for revision may be filed within 90 days from the discovery of the ground for revision provided that it is still within 10 years from the day the award became enforceable. Such time limit of 10 years does not apply if the award has been influenced by a criminal offence. Parties who do not have their domicile/residence/registered office in Switzerland may waive the right to seek revision of the final award, unless the final award has been influenced by a criminal offence.

Setting aside proceedings are already provided under the current version of the PILA. The revised act expressly specifies one rule which was previously addressed in another statute: a setting aside application must be filed within 30 days following the notification of the final award (Article 190(4) R-PILA). Furthermore, the revised act clarifies an issue which was previously unsettled: no minimal amount in dispute is required for filing a setting aside application (Article 77(1) FSCA).

Parties will be free to file their submissions before the Supreme Court in English

Under the current law, all submissions before the Supreme Court must be filed in one of Switzerland's official languages, i.e. German, French, Italian or Romansh. Unless one of the parties requests that the opposing party's exhibits be translated from English into one of the official languages,

es, the Supreme Court already tolerates that such documents be submitted in their original language, if such language is English.

With the entry into force of the revised act, parties to arbitration will be in a position to file their submissions in English (Article 77(2bis) FSCA). Submissions should be understood in a broad manner. The Supreme Court's decisions and communications will still be issued in one of Switzerland's official languages.

Such amendment will render setting aside applications, as well as applications for revision of arbitral awards, more cost- and quality-efficient. The time limit for those applications is short, 30 and 90 days, respectively. Parties will save significant time, efforts and costs in not having to translate numerous draft submissions. They will also avoid possible misunderstandings arising from inaccurate translations. All efforts will be focused on the contents of the submissions.

Conclusion

The revision of the PILA, FSCA, CO and CPC will, in the authors' view, reinforce the attractiveness of Switzerland in the context of international arbitration. The Swiss legislature's goal has been achieved. The revised act will provide parties with more autonomy, codify 30 years of the decided cases and make arbitration proceedings in Switzerland even more modern, predictable and efficient.

Switzerland also enjoys an excellent framework for international arbitration because, in addition to the revised act, it has well-regarded tradition of international arbitration, knowledgeable and linguistically skilled counsel and arbitrators, central location and sophisticated logistical structure. Furthermore, disputes may time- and cost- efficiently be administered by the Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI) which has excellent reputation and concise, efficient, flexible and user-friendly arbitration rules (Swiss Rules of International Arbitration).

RUSSIAN ARBITRATION ASSOCIATION

**03/12
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

IBA GUIDELINES ON PARTY REPRESENTATION IN INTERNATIONAL ARBITRATION: AGREE OR NOT TO AGREE



Vladimir Khvalei

Partner in the Moscow Office of Baker McKenzie

For quite some time the activities of a representative in international arbitration were not regulated by either national legislation, the arbitration rules, or any documents issued by authoritative international organizations.

For that reason, party representatives often used to take guidance from the national rules of professional ethics. In view of serious dissimilarities in legal traditions and the role conferred by diverse legal systems on lawyers, such an approach created unequal opportunities for party representatives in international arbitration, as well as numerous difficulties of a practical nature (for example, regarding proof of authority of the parties).

In some instances, the national bar associations initiated proceedings against their own members in the wake of their acts deemed to be at variance with the national rules of professional ethics, even though they were in line with international arbitration practice (for example, preparing witnesses for direct examination and cross-examination). A lack of international regulation created difficulties in proving that such acts were after all consistent with international arbitration practice.

On the other hand, the past decade saw the emergence of a regulatory environment that is leaving fewer and fewer gaps in the regulation of the legal status of a party representative in international arbitration.

First of all, this is true for the IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration adopted by the IBA Council on 25 May 2013 (the “IBA Guidelines”). Even though the IBA Guidelines are recommendatory in nature, their significance is not to be underestimated.

As is shown below, their adoption prompted changes in the rules of certain arbitration institutions, such as the LCIA. Some of institutions, the HKIAC for one, refer to the IBA Guidelines as one of the documents recommended for use¹, while the ICC Court of Arbitration encourages parties to “draw inspiration from and, where appropriate, to adopt” the IBA Guidelines.²

The ICC Court likewise recommends arbitrators and parties to refer to the IBA Guidelines in the Terms of Reference, thus effectively making them a part of the arbitration agreement between the parties.³

Below the author will analyze to what extent it does have a sense for the parties to agree to use the IBA Guidelines in specific arbitration matters, including by means of incorporating the document into the Terms of Reference as the binding one.

¹ <https://www.hkiac.org/arbitration/guidelines>.

² See Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of Arbitration: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>.

³ See Model Terms of Reference: <https://iccwbo.org/publication/model-icc-terms-reference/>.

PROOF OF AUTHORITY OF A REPRESENTATIVE

In contrast to representation in state courts, the arbitration rules do not require a party representative to have any special formal qualifications or to be a member of any bar association.⁴ A party may therefore be represented by an outside counsel, in-house lawyer or other company employees.

The rules of international arbitration institutions likewise typically do not stipulate a specific requirements for confirmation of authority of a representative,⁵ whereas the prevailing practice varies widely depending on the legal system to which the arbitrators belong.

If arbitrators are practicing in a country where no special confirmation is usually needed to prove a counsel's authority to act as a representative in proceedings (for example, England, Sweden, France, and the Netherlands), an arbitral tribunal is quite likely not to request that the documents authorizing a legal representative be presented.

If, by contrast, arbitrators are practicing in countries where the procedural codes are fairly strict in their requirements as to the execution of authority of a representative, especially a foreign representative,⁶ they are quite likely in much the same manner to require confirmation of authority of a representative in arbitral proceedings.⁷

Such differences may well cause serious practical problems. For example, a party was represent-

ed in one LCIA arbitration case by lawyers of an international firm and in the course of arbitration their authority was not confirmed in any special way. That enabled the debtor at the stage of enforcement of the award in Ukraine to allege that it had not been represented in the arbitration and had not even been notified of the proceedings.⁸

There have been similar cases in Russian courts. Thus, during the recognition and enforcement of an LCIA award it was found that correspondence with the LCIA tribunal had been conducted on behalf of the debtor by the head of the legal department of the parent company of the debtor and the person in question had had no formal power of attorney to represent the debtor.⁹ Because of that, the debtor stated at the stage of enforcement of the award in Russia, *inter alia*, that it had not been notified of the arbitral proceedings, and lower courts refused to have the LCIA award recognized and enforced.¹⁰ However, the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court of Russia reversed the decisions passed by the lower courts, stating that the authority of the parent company's lawyer to represent the subsidiary in that case followed from the circumstances in which the lawyer had been acting and that consequently the company could not refer to a lack of a proper notice of the arbitration.

Since the enforcement of an arbitral award may take place in any of the New York Convention signatory-states, arbitrators, as a good practice, should require formal proof of the authority

⁴ As per Article 5 of the UNCITRAL Arbitration Rules, "Each party may be represented or assisted by persons chosen by it."

⁵ See The ICC Arbitration Rules - <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>; HKIAC rules for HKIAC-administered Arbitration: <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018>; Rules of the Singapore International Arbitration Center - [https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/IAC%20Rules%202016%20\(Russian%20version\)Complete.pdf/](https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/IAC%20Rules%202016%20(Russian%20version)Complete.pdf/).

⁶ For example, a power of attorney for representing the company in state court issued abroad must be notarized and apostilled. Such an approach prevails in most CIS countries.

⁷ This follows, *inter alia*, from § 27 of the Rules of the ICAC at the CCI of Russia: "The parties may deal with the ICAC directly or through their duly authorized representatives, including foreign organizations and citizens, appointed by the parties at their discretion. *Emphasis added by me* - V. K.

⁸ See Judgment by the Supreme Specialized Court of Ukraine dated 21 May 2014 in Case 6-1395 cv 14. Eventually, the court did recognize that the law firm had been authorized by the parent company to represent the debtor.

⁹ See *Autorobot-Strefa Sp. z o.o. v. Sollers Elabuga LLC*, case card - <https://kad.arbitr.ru/Card/f3836158-6f37-42ce-ab28-f64e6b78ab41>.

¹⁰ See Resolution No. 1332/14 of 24 June 2014 passed by the Presidium of the Supreme Arbitrazh Court.

of party representatives, and many rules of arbitration expressly state this.¹¹

AVOIDANCE OF CONFLICTS OF INTEREST

Ongoing debates were provoked by the earlier practice of some English barristers,¹² whereby barristers from the same chambers acted both as an arbitrator and a party representative without, as it was thought, creating a conflict of interest.

The best known case in international arbitration was *Hrvatska Elektroprivreda v The Republic of Slovenia*.¹³ In that case, the presiding arbitrator, David Williams, was a barrister at Essex Court Chambers London. Ten days in advance of the arbitration, the law firm Allen & Overy that represented the respondent submitted a list of persons who should be in attendance during the hearing. The list included David Mildon, a barrister from the same Essex Court Chambers.

The claimant's representative, the law firm Hunton & Williams, emphatically objected to the appearance in the case of a barrister from the same chambers as the President of the Tribunal and requested that he should be excluded from participating in the case. The claimant, however, did not challenge the president.

The arbitral tribunal noted, on the one hand, that there was no hard-and-fast rule to the effect that barristers from the same chambers are always precluded

¹¹ According to Article 5 of the UNCITRAL Arbitration Rules, "Where a person is to act as a representative of a party, the arbitral tribunal, on its own initiative or at the request of any party, may at any time require proof of authority granted to the representative in such a form as the arbitral tribunal may determine". Under Article 17 of the ICC Arbitration Rules, "At any time after the commencement of the arbitration, the arbitral tribunal or the Secretariat may require proof of the authority of any party representatives." Pursuant to Article 23 of the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Center, "The Registrar and/or the Tribunal may require proof of authority of any party representatives."

¹² Such an approach was supported by the English courts – *Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd* [1999] EWHC B3 (Comm) (20 April 1999); *Anor v. Lawrence & Anor* [2002] EWCA Civ 90 (4th February, 2002); *Fileturn Ltd v Royal Garden Hotel Ltd* [2010] EWHC 1736 (TCC) (13 July 2010).

¹³ ICSID Case No. ARB/05/24 – <https://www.italaw.com/cases/3242>.

¹⁴ See *The Arbitral Tribunal's decision on the participation of a party representative*, dated 14 January 2010 in the matter of *Rompetrol Group N.V. v. Romania* – <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0718.pdf>.

¹⁵ Which is understood to mean not only an outside counsel, but also any other person generally, including a party's employee acting in the arbitration on behalf of the party regardless of the level of his/her qualification in law or membership in a bar association or any other organization, the membership of which under the laws of a particular country ordinarily constitutes a condition for acting as a legal representative in court.

+44 (0)20 7813 8000
clerksroom@essexcourt.com

ESSEX COURT CHAMBERS
BARRISTERS

Search the site

HOME ABOUT EXPERTISE BARRISTERS SINGAPORE CLERKS & STAFF PUPILLAGE NEWS EVENTS CONTACT



David Williams QC



David Mildon QC

from being involved as, respectively, counsel and arbitrator in the same case. On the other hand, taking into account that the English Chambers system was wholly foreign to the claimant, and also the fact that the respondent refused to disclose the extent of involvement of its new representative, the arbitral tribunal decided that David Mildon should not participate in the proceedings.

The decision provoked discussions as to whether arbitrators were in principle entitled to deprive a party of the fundamental right to choose its representative and whether the decision had had an adverse impact on such party's opportunity to present its case.¹⁴

To avoid such problems in the future, the IBA Guidelines formulated a requirement for parties' representatives¹⁵ that they should identify themselves to the other party or parties and the arbitral tribunal

at the earliest opportunity,¹⁶ as well as witnesses and experts.¹⁷ A party should promptly inform the arbitral tribunal and the other party or parties of any change in such representation (for example, when a representative's authority is restricted or terminated).

The IBA Guidelines also expressly states that the arbitral tribunal may “*take measures appropriate to safeguard the integrity of the arbitral proceedings, including the exclusion of the new party representative from participating in all or part of the arbitral proceedings.*”¹⁸

Following the IBA Guidelines, a 2014 version of the LCIA Arbitration Rules¹⁹ also pointed out that after the arbitral tribunal's formation, any intended change or addition by a party to its legal representatives shall only take effect in the arbitration subject to the approval of the arbitral tribunal,²⁰ which actually means that the arbitral tribunal may exclude the new party representative from participating in the case.

Nonetheless, there are serious doubts as to whether such a measure (excluding counsel), even if taken by the arbitral tribunal, can resolve any existing problem of conflict of interests.

In fact, even when the arbitral tribunal excludes a new representative, say, a barrister from the same chambers as one of the arbitrator, this will not remove the already existing conflict of interest. Indeed, quite possibly, prior to such a barrister's being formally introduced in the proceedings, he or she had already advised the party on arbitration matters and, by doing so, created a conflict of interest for the arbitrator from the same chambers.²¹ To draw an analogy, where a partner of a law firm advises a party in the arbitral proceedings on a particular case, and another partner

of the same law firm acts as an arbitrator in that case, the situation is covered by the IBA Non-Waivable Red List,²² *i.e.* constitutes absolute grounds for disqualification.

Therefore, the IBA-Guidelines-proposed solution to exclude counsel is not ideal to avoid conflict of interests. This might explain why no cases, but for that of *Hrvatska Elektroprivreda*, are known where such measures were applied.

COMMUNICATION BETWEEN A PARTY AND ARBITRATOR

For historical reasons and also due to differences in the functioning of the legal systems, there exist significant distinctions as to the permissibility of communications *ex parte*²³ between a party representative and arbitrator.

For example, in Anglo-Saxon legal system countries, it is not only permissible to communicate on a preliminary basis with a prospective arbitrator on certain questions. What is more, arranging a sort of an interview therewith on such questions would not be considered a violation. During such an interview, an out-of-town or foreign arbitrator may be invited to the office of a company (being a party to a dispute), and it is even permitted to cover such potential arbitrator's expenses incurred in connection with the trip.²⁴ Such a liberal approach is explained by the low level of corruption amongst members of the legal profes-

¹⁶ Guideline 4, IBA Guidelines.

¹⁷ Guideline 18, IBA Guidelines.

¹⁸ Guideline 6, IBA Guidelines.

¹⁹ https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2018 The changes were retained in the 2020 version of the LCIA Arbitration Rules: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2018.

²⁰ Articles 18.3 and 18.4 of the LCIA Arbitration Rules.

²¹ As stated above, in the *Hrvatska Elektroprivreda* case, the party declined to disclose the scope of its new representative's involvement in the case. Because of that, the scope of such involvement should be presumed to be substantial.

²² Guideline 1.4, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration: “The arbitrator and his or her firm regularly advise the party, or an affiliate of the party, and the arbitrator or his or her firm derives significant financial income therefrom.”

²³ That is, without the participation of other parties to the dispute.

²⁴ See Article 5 of the SI Arb Guideline on Interviews for Prospective Arbitrators - <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>.

sion in those countries where a legal counsel may call a judge to clarify certain technical details in connection with a particular case, and this is not deemed to be impermissible.

By contrast, the legal traditions of Russia categorically prohibit any communication between party representatives and judges outside of the formal proceedings. In keeping with such traditions, for example, the Secretariat of the ICAC at the CCI of Russia would refuse to make available to the parties the contact details of potential arbitrators, because to do otherwise could raise doubts as to their impartiality and independence. Being fully aware of the reasons for such a situation, one should note that given the aforesaid approach, it is virtually impossible to find out, *inter alia*, whether a conflict of interests exists that precludes an arbitrator from accepting an appointment in a particular case and whether he or she has enough time to devote to resolving the case.

The IBA Guidelines give these matters some certainty. On the one hand, they directly prohibit a party representative from engaging in any *ex parte* communication with arbitrators concerning the arbitration.²⁵

On the other hand, there are exceptions to this rule:²⁶

- Prior to the moment of the arbitrators' appointment, to determine his or her expertise, experience, ability, availability, willingness and the existence of potential conflicts of interest. Such communications are permissible with a potential president of the arbitral tribunal but solely with the consent of all parties to the proceedings; and

- Prior and after the appointment of an arbitrator, for the purpose of the selection of the presiding arbitrator.

The following topics are appropriate in pre-appointment *ex parte* communication with the prospective arbitrator:

- The prospective arbitrator's publications, including books, articles and conference papers or engagements;
- Any activities of the prospective arbitrator and his or her law firm or organization within which he or she operates that may raise justifiable doubt as to the prospective arbitrator's independence or impartiality;
- A description of the general nature of the dispute;
- The terms of the arbitration agreement, and in particular any agreement as to location, language, applicable law and rules of the arbitration;
- The identities of the parties, party representatives, witnesses, experts and interested parties; and
- The anticipated timetable and general conduct of the proceedings.

At the same time, it is expressly stated that a party representative should not discuss with the arbitrator the substance of the dispute seeking his/her views on that.

STATEMENTS ON FACT

The classical doctrine in continental legal system countries is that a party to the proceedings may make alternative submissions on points of law, but may not make alternative submissions of fact. In other words, it is not permitted to say: "Firstly, the respondent has never drawn the loan; and, secondly, the respondent has paid it".

At the same time, the procedural doctrine in the U.S. permits so-called "alternative pleading".²⁷ For example, a counsel may make a submission of fact of the following type: "*Firstly, I never took*

²⁵ One should take note of the words "concerning the arbitration". Such wording means that a party representative has the right to communicate with arbitrators outside the proceedings without the presence of the second party, *inter alia*, as part of their professional activities (since arbitrators and party representatives are members of the legal community, it is difficult to preclude communications between and among them at all kinds of conferences or within professional organizations). Such communications, however, may not touch upon questions relating to a particular case being examined by those arbitrators.

²⁶ Guidelines 7-8, IBA Guidelines.

²⁷ A form of pleading which was formerly prohibited but now recognized under Federal and state Rules of Civ. Proc. by which the pleader sets forth two or more statements by way of claim or defense which are not necessarily consistent with each other. When two or more statements are made in the alternative and one of them if made independently would be sufficient, the pleading is not made insufficient by the insufficiency of one or more of the alternative statements. - *Black's Law Dictionary*. - St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990, p. 78.

the pot, secondly, I returned it, and, lastly, when I took it, it had already been broken”.

Such a submission made in respect of facts in essence contains three statements each of which contradicts the others—a situation that contravenes the rules of formal logic.²⁸

Nonetheless, according to the rules of procedure, it is considered in the U.S. that a counsel may engage in alternative pleading, but solely if he or she satisfies him/herself that there are sufficient grounds for such an approach. Any abuse of the possibility to do so may lead to sanctions imposed on him or her by the local bar association.

The IBA Guidelines, on the one hand, bind a party representative to not make any knowingly false submission of fact to the arbitral tribunal.²⁹ On the other hand, the document does not expressly prohibit “alternative pleading”.

At the same time the IBA Guidelines state that if a party representative learns that he or she or some other representative of that party previously made a false submission of fact, he or she should promptly correct such submission.



[Soviet time poster: “A pioneer tells only the truth, he appreciate the dignity of his group”]

²⁸ *Logic and Argumentation. A course manual. G. I. Ruzavin /Edited by L. A. Artyomov – Moscow: Culture and Sports, UNITI, 1997, p. 188.*

²⁹ *Guideline 9, IBA Guidelines.*

³⁰ *Guideline 11, IBA Guidelines.*

³¹ *General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives, Annex to the LCIA Rules, Paragraphs 3 and 4. https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex.*

A similar duty exists in regard to witness or expert evidence:³⁰ a party representative should not submit evidence that he or she knows to be false. If a witness or expert intends to present or presents evidence that a party representative (to the best of his or her belief) knows to be false, such party representative should promptly advise the party whom he or she represents of the necessity of taking remedial measures and of the consequences of failing to do so. In addition, the party representative should promptly take remedial measures, which may include one or more of the following:

- Advise the witness or expert to testify truthfully;
- Take reasonable steps to deter the witness or expert from submitting false evidence;
- Urge the witness or expert to correct or withdraw the false evidence;
- Correct or withdraw the false evidence; and
- Withdraw as party representative if the circumstances so warrant.

Interestingly enough, in contrast to the duty to refrain from knowingly false submissions of fact, the IBA Guidelines contain no similar requirement as to statements on points of law. According to the official comments, a party representative may argue any construction of a law, contract, treaty or any authority that he or she believes is reasonable.

Some provisions similar to those found in the IBA Guidelines have made their way into rules of arbitration. For example, the Annex to the LCIA Rules that sets forth the General Guidelines for the Parties’ Legal Representatives states that a party representative should not knowingly make any false statement to the arbitral tribunal or the LCIA Court, and also should not knowingly procure or assist in the preparation of or rely upon any false evidence presented to the arbitral tribunal or the LCIA Court.³¹

The Guidelines on Party-Representative Ethics adopted by the Singapore Institute of Arbitrators

(SIArb) in 2018³² went even further. They expressly prohibited party representatives from making any false submissions of law to the tribunal.

However, the practical implementation of that provision is likely to cause significant difficulties because, in contrast to facts, the invocation or failure to invoke law rules offers more room for interpretation. Properly speaking, a greater part of counsel's work is in persuading the arbitral tribunal that a particular rule of law applies. As such, the process is by no means plain sailing and if you add to it accusations against the other party's representative to the effect that he or she is knowingly misleading the arbitrators, any inquiry into such accusations would hardly make the proceedings more efficient.

On top of that, provisions to the effect that a party representative should, in the event that another representative of the same party has made a knowingly false submission of fact, promptly correct such submission (that is, in effect advise the arbitrators that his or her colleague or another representative of the party has simply lied to them) have drawn rather critical remarks from members of the arbitral community. Considering that in many countries the rules of professional ethics bind a legal professional to be loyal first and foremost to his or her client, the line of behavior prescribed by the IBA Guidelines may well prove to be in conflict with such duty.

COMMUNICATION WITH WITNESSES AND EXPERTS

There exist diverse opinions as to whether it is permissible to communicate with witnesses and experts at the pre-trial stage, as well as assist them in the preparation of, respectively, their statements and reports. The rules of professional ethics in continental Eu-

ropean countries, in particular, Germany, formerly prohibited in general the preparation of witnesses for testifying in court.³³ Even now there are no legislative restrictions in Germany in this respect, witness preparation is not commonplace, while any prepared witnesses may even put judges on the alert.³⁴ By contrast, communicating with witnesses in the course of preparation to the hearing is not only allowed in the U.S. but rather constitutes a standard practice, when counsel is arranging special training sessions with witnesses and experts.

The IBA Guidelines formalized the prevailing international arbitration practice of communication between witnesses and party representatives.

On the one hand, a party representative should seek to ensure that the evidence given reflects the witness's own account of relevant facts, events or circumstances and the expert's own analysis or opinion.³⁵

On the other hand, it is said in no uncertain terms that a party representative may meet with witnesses and experts in order to discuss and prepare their prospective testimony, and also assist them in preparing witness statements and expert reports. In addition, a party representative may assist a witness in preparing his or her evidence in the course of direct examination or cross-examination, including by answering questions raised.³⁶

Further, a party representative may pay, offer to pay, or acquiesce in the payment of:³⁷

- (a) Expenses reasonably incurred by a witness or expert in preparing to testify or testifying at a hearing;
- (b) Reasonable compensation for the loss of time incurred by a witness in testifying and preparing to testify; and
- (c) Reasonable fees for the professional services of a party-appointed expert.

What surely merits attention in this context is a report issued by the ICC Commission on Arbitra-

³² Guideline 2.2 of the Singapore Institute of Arbitrators Guidelines On Party-Representative Ethics: https://www.siarb.org.sg/images/STARB_Party-Rep-Ethics_Guidelines_Apr18.pdf.

³³ See *The German Advantage in Civil Procedure* – John Langbein, *The University of Chicago Law Review*, Vol. 52, iss. 4, 1985 Fall, available at: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_The_German_Advantage_in_Civil_Procedure.pdf.

³⁴ See *Global Arbitration Review* – <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1006587/germany>.

³⁵ Guideline 20, IBA Guidelines.

³⁶ Guideline 24, IBA Guidelines.

³⁷ Guideline 25, IBA Guidelines.

tion and ADR on Maximizing the Probative Value of Witness Evidence.³⁸ The substance of the report is that intensive witness preparation for testifying, including the preparation of written witness statements, may strongly affect witness memory recollection of facts and thus seriously affect their probative value.

In this connection, it warrants mention that the Prague Rules³⁹ are based on the presumption that written witness statements, as a rule, are not to be presented. This presupposes a party representative's more restricted communication with witnesses and thus enhances the probative value of witness evidence.

PROCEDURE FOR DISCLOSURE OF EVIDENCE

The procedural traditions in most continental legal system countries make no mention of the procedure for the disclosure of evidence similar to that which exists in England (disclosure) or the U.S. (discovery).

Nonetheless, such a procedure is fairly often in use in international arbitration and the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration aim to regulate document production in international arbitration and proceed from the presumption that it is used.⁴⁰

At the same time, such a procedure presupposes that representatives participating in a case bear certain duties, without which the procedure will not work properly.

Proceeding from the presumption of use of document production⁴¹ in international arbitration, the IBA Guidelines also formulate the duties of a party representative.

When the arbitral proceedings involve or are likely to involve document production (disclosure),⁴² a party representative should inform the client of the need to preserve, so far as reasonably possible, documents, including electronic documents that would otherwise be deleted in accordance with a document retention policy or in the ordinary course of business, which are potentially relevant to the arbitration.⁴³ Therefore, the IBA Guidelines in effect broaden the duties of a party in relation to the document production procedure as compared with the standard established by the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.

The IBA Guidelines impose on a party representative the duty to fully assist the party in the course of producing documents, including the duty to warn the party of the potential consequences of failing to produce.⁴⁴ Also, a party representative should not conceal or advise a party to conceal, documents that have been requested by the other party.⁴⁵

Also, in accordance with the IBA Guidelines, a party representative should not make any request to produce, or any objection to a request to pro-

³⁸ See *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration: Current Issues and Possible Solutions*.

³⁹ www.praguerules.com.

⁴⁰ See Article 3 of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. *ICC Dispute Resolution Bulletin 2020*, issue 1, p. 55.

⁴¹ Analogous to the discovery procedure in the U.S.

⁴² Which, as a matter of fact, can be assumed in majority proceedings under the Rules of the ICC, LCIA, SCC, SIAC and other leading arbitration centers. It must be said that the procedure for production of documents is almost never used in proceedings under the Rules of the ICAC at the CCI of Russia, ICAC at the CCI of Ukraine, and the IAC at the CCI of Belarus. The Prague Rules also exclude such a procedure.

⁴³ Guideline 12, IBA Guidelines.

⁴⁴ Guidelines 14 and 17, IBA Guidelines. The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (Article 9.5) state: "If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party." This norm in effect authorizes the arbitral tribunal to make a so-called adverse inference, i.e. an inference that the document or documents was/were adverse to the position of the party that failed to produce it/them, and thus the other party's allegation is deemed proved.

⁴⁵ Guideline 16, IBA Guidelines.

duce, for an improper purpose, such as to harass or cause unnecessary delay.⁴⁶

The LCIA Rules, as amended in 2014,⁴⁷ state that a legal representative should not conceal or assist in the concealment of any documents (or any part thereof) which is ordered to be produced by the arbitral tribunal.⁴⁸

At the same time, it should be noted that the disclosure procedure is not commonplace in international arbitration. As a rule, it is applied in large and complex disputes, but ever more often situations arise where the parties decide not to apply it. With respect to disputes over a small amount or factually uncomplicated disputes its application makes little sense.

In view of the foregoing, the presumption in the IBA Guidelines that the discovery procedure should be applied, and hence the imposition of additional duties on party representatives in connection with it, are not always justified, especially so at the initial stage of proceedings when arbitrators have not yet decided to make use of the discovery procedure.

REMEDIES FOR MISCONDUCT OF A PARTY REPRESENTATIVE

A lack of established sanctions for misconduct of a party representative sometimes led to situations where some parties or their representatives believed that arbitrators did not have any remedies at all to control abusive practices, such as fabricating or destroying evidence, causing delays in the proceedings and communicating with an arbitrator on arbitration-related questions outside the framework of the arbitration process.

An important novelty in the IBA Guidelines was that it formulated sanctions to be imposed on a party representative in the event of a breach

of those principles. Thus, the arbitral tribunals, after notifying the parties of a breach of the rules established by the IBA Guidelines, should give the parties a reasonable opportunity to present their comments in connection therewith. Following which, the arbitral tribunal, as appropriate, may:⁴⁹

- Admonish the party representative;
- Draw appropriate inferences in assessing the evidence relied upon, or the legal arguments advanced by, the party representative:⁵⁰
 - Consider the party representative's misconduct in apportioning the costs of the arbitration, indicating, if appropriate, how and in what amount the party representative's misconduct leads the tribunal to a different apportionment of costs; and
 - Take any other appropriate measures in order to preserve the fairness and integrity of the proceedings.

The said measures are undoubtedly much softer than those that could be undertaken by the national bar associations in respect of their members, including for a violation of the rules of professional ethics. But, considering that the powers of an arbitral tribunal are limited in scope and include only those which the parties have conferred thereon, it would be difficult to grant arbitrators any more serious retaliatory measures against the parties and their representatives.

Nonetheless, even the above provisions drew fairly sharp criticism from the Swiss Arbitration Association ("ASA").⁵¹ In particular, Swiss colleagues pointed out that the arbitrators' function was, above all, the resolution of disputes rather than disciplinary action in respect of party representatives. Ordinarily, disciplinary action is the prerogative of the national bar associations. The imposition of sanctions on a party representative may undermine confidence in the arbitral tribunal's ability to consider a dispute in a manner that is unbiased and impartial in relation to the parties.

⁴⁶ Guideline 13, IBA Guidelines.

⁴⁷ The changes were preserved in the 2020 version of the LCIA Arbitration Rules.

⁴⁸ General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, Annex to the LCIA Rules, Paragraph 5.

⁴⁹ Guideline 26, IBA Guidelines.

⁵⁰ The reference here is to adverse inference that was mentioned above.

⁵¹ <https://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-news/details/983.statement-on-the-global-arbitration-ethics-council-discussions.html>.

In addition, the imposition of sanctions on party representatives, say, in connection with a knowingly false submission of fact or evidence disclosure would require the arbitral tribunal to inquire into the nature of communications between the party and its representative. This would not only breach the legal privilege but also make it impossible for the arbitral tribunal of the same composition further to hear the dispute on its merits (because of the tribunal's access to internal communications between the party and its representative).

Of course, the situation could change in the event that some international body is created similar to a national bar association, the mission of which would be to check whether lawyers involved in international arbitration comply with the ethical principles and which would potentially enjoy broader powers to apply sanctions for a breach of the rules of professional ethics. An informal task force set up by the ASA with the participation of representatives of diverse arbitral institutions⁵² discussed that matter in Geneva in 2015, but no progress was made beyond discussion of the idea.⁵³

It should be noted that there is no mention in literature of arbitrators ever resorting to any of the aforementioned sanction measures, which could serve as evidence of both that the IBA Guidelines are having a preventive effect on the conduct of party representatives, and that arbitral tribunals are reluctant to take measures in respect of party representatives.

IN LIEU OF A CONCLUSION

The answer to the question of whether or not parties should agree to apply the IBA Guidelines in arbitral proceedings is “no” rather than “yes”.

While recognizing that the IBA Guidelines can play a sufficiently significant role in establishing the “rules of the game” for party representatives, it should be said that some of their provisions nonetheless substantially change the traditional approach found in the rules of professional conduct of lawyers in many continental legal system countries, and entrust the arbitrators with functions that are not usual for them. For this reason, the full application of the IBA Guidelines may have an unexpected surprise in store for parties and their representatives.

In addition, even though the IBA Guidelines were conceived as a means for making arbitral proceedings more efficient, their application may well produce the directly opposite effect. Thus, where a party insists on an inquiry into alleged misconduct of the other party's representative, this could seriously delay and complicate the proceedings.

At any rate, for party representatives from Anglo-Saxon legal system countries would be much easier to use the IBA Guidelines, since their national rules of professional ethics set forth similar provisions. But then if such party representatives obey the aforesaid rules by virtue of their national regulatory requirements, the necessity of any additional “enhancement” of the regulation of conduct through consent to the application of the IBA Guidelines seems unnecessary.

⁵² <https://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-news/details/983.statement-on-the-global-arbitration-ethics-council-discussions.html>.

⁵³ See Elliott Geisinger, “Soft Law and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration,” in *“The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules and other Para-regulatory Texts in International Arbitration”*, ASA Special Series, No. 37., JurisNet, LLC, 2015.

“ISSUE CONFLICT”: WHEN AN ARBITRATOR’S KNOWLEDGE OF THE ISSUE BECOMES AN ISSUE (AND WHEN IT DOES NOT)



Dr. Galina Zukova
ZUKOVA Legal, Founding Partner, Paris

Dr. Galina Zukova is also an Associate Professor at the University of Versailles (Paris-Saclay) and the Riga Graduate School of Law (Riga). The author can be contacted at galina@zukova.legal.

Introduction

When discussing within the narrow circle of the members of Arbitration.ru’s Editorial Board, which topics should be addressed in the journal’s issue dedicated to arbitrator’s independence and impartiality, I immediately suggested the one of “issue conflict”. In response, I received a question – what is the “issue conflict”? Thus, to understand what this contribution is about, it is important to understand what does “issue conflict” mean, as the term is not that clear or self-explanatory. Far from it.

To put it very briefly, “issue conflict” in the context of international arbitration is broadly understood as *the arbitrator’s pre-existing relationship to a specific issue in dispute*. It is a subject-matter bias. Does or does not the knowledge of the issue in dispute impacts the arbitrator’s ability to decide the dispute with an open mind, in other words, impartially?

The literature provides the following examples of “issue conflict” definitions:

*“an ‘issue conflict’ in arbitration describes the existence of actual or apparent bias on the part of the arbitrator stemming from his or her previously expressed views on a question that goes to the very outcome of the case to be decided. It denotes the arbitrator’s relationship to the subject matter of the dispute, and his or her perceived capacity to adjudicate with an open mind.”*¹

*“Essentially, an issue conflict refers to actual bias, or an appearance of bias, arising from an adjudicator’s relationship with the subject matter of, as opposed to the parties to, the dispute.”*²

*“This is usually a pre-judgment of legal issues anchored on the previous opinions, writings and/or judgments of an arbitrator which is deemed a hindrance to offer fresh perspective on the matter at hand.”*³

The term itself might not be ideal, and there were attempts to find a more suitable phrasing for it. Most notably, the contributors to the 2016 ASIL-ICCA Re-

¹ Anthony Sinclair and Matthew Gearing, “Partiality and Issue Conflicts,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, Issue 4 (July 2008).

² Joseph R Brubaker, ‘The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts in International Adjudication’, 26 *Berkeley J Int’l L* 111 (2008), as cited in Hamish Lal, Brendan Casey and Léa Defranchi, “Re-Thinking Issue Conflicts in International Commercial Arbitration”, *IBA Dispute Resolution International* homepage, May 2020, available at <https://www.ibanet.org/Article/NewDetail.aspx?ArticleUid=16212cde-6f94-4a12-a29c-b7881c9e3054>.

³ Kuda Tshiamo, ‘Issue conflicts in investment treaty arbitration: a move towards stricter application of impartiality standards?’, *Young ICCA Blog*, www.youngicca-blog.com/issue-conflicts-in-investment-treaty-arbitration-a-move-towards-stricter-application-of-impartiality-standards-part-1-of-a-3-part-series, as cited in Lal et al, *supra* n. 2.

port on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration⁴ have advanced a number of possible options, including such as “doctrinal predisposition”, “intellectual predilection” and “inappropriate predisposition”, the latter one being used in the report interchangeably with the “issue conflict” term.⁵

It is not enough that we grapple with the term in English. What about other languages? Few years ago, when I had to give a presentation on this topic in Spanish, I discovered that in Spanish it is often translated as “*La Independencia de Criterio del Árbitro*”. Without any doubt, and is indeed is the case with the English equivalent of this term, it would be difficult to grasp the meaning of this expression in the absence of an additional explanation.

As to the Russian language, the translators of the *IBA Guidelines on Conflicts of Interest* into the Russian language, used the term “конфликт, вызванный позицией арбитра по правовому вопросу”.⁶ The obvious question raised by the translation is whether the “issues” should be exclusively of legal nature. Arguably, it is not always necessarily so.

As the quick review of the case-law below shows, the issue conflicts may arise in different scenarios, the most frequent ones being: prior exposure to the similar facts and/or same or similar issue(s) at stake as in the ongoing proceedings; past or concurrent service as a counsel in the case with the similar facts and/or same or similar issue(s) at stake as in the ongoing proceedings; academic and general expression of views and taking positions on issues at stake in the ongoing proceedings or matters possibly relevant to the case.⁷

It remains to be said in this introductory chapter that the challenges posed by the issue conflict situations and their legal analysis are broadly discussed

in the area of investment arbitration. This is so because “an issue became the issue” most frequently in investment arbitration cases. As a rule, this is explained by the following few factors: (1) investment arbitrations usually are about interpretation of similarly drafted BITs’ provisions, thus the legal issues are highly repetitive and limited in scope (among the most frequently addressed questions can be mentioned: umbrella and MFN (Most favoured nation) clauses, definition of investment and investor, elements of fair and equitable treatment, questions of necessity and essential security interests, etc.), (2) the limited pool of arbitrators (and intrinsically related to it issue of the double hatting, when an individual practices both as counsel and arbitrator), and (3) the political sensitivity of the system.

This is not to say that the issue is foreign to commercial arbitration. Yet, the debate here only starts to emerge, and one can expect that it will evolve significantly in the years to come.

Indeed, the 2015 Queen Mary Survey in International Arbitration confirms that issue conflicts are not seen as requiring specific regulation in commercial arbitration by 63% of the Survey respondents. By contrast, in investment treaty arbitration the opinion is almost equally divided: 49% answered “yes”, whilst 51% said “no”.⁸

The next sections set out the relevant rules and instruments, followed by some examples of case-law.

Legal Framework

To date, none of the legal sources in the area of international arbitration comprehensively address the issue conflict considerations. Independence and impartiality are the cornerstone characteristics of an

⁴ ASIL-ICCA Joint Task Force, *Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration* (17 March 2016), available at https://www.arbitration-icca.org/media/6/81372711507986/asil-icca_report_final_5_april_final_for_ridderprint.pdf.

⁵ *Ibid.*, paras. 16–18.

⁶ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* (2014), available at https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. In Russian - *Руководящие Принципы Международной Ассоциации Юристов Относительно конфликта интересов в международном арбитраже*, p. ii, equally available at https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

⁷ See also Nathalie Voser and Angelina M. Petti, “The Revised IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration”, *ASA Bulletin, Kluwer Law International* 2015, Volume 33 Issue 1, p.29.

⁸ *Queen Mary University of London and White & Case, The 2015 Survey ‘Improvements and Innovations in International Arbitration’*, p. 39, available at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>.

arbitrator's office,⁹ and issue conflict clearly does not fall within the “independence” criterion. It is about impartiality, lack of bias vis-à-vis specific issue in dispute. Independence is an objective evaluation, and hence it is easier to regulate it. Indeed, most of conflicts situations addressed by professional bodies and arbitration centres concern exactly the criteria of independence. Impartiality as a concept is much subtler. It is about a state of mind. Arguably, there is no objective way to evaluate it.

Below I set out the relevant provisions from a limited number of instruments which address – with varying degree of detailization – scenarios pertaining to issue conflict. For a fuller research, an interested reader is invited to consult a much broader cluster of sources. An excellent start for such a research would be the ASIL-ICCA Report on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration,¹⁰ which offers a very comprehensive insight into the judicial practice in this field, including the analysis of the relevant provisions of the 1985 UN Basic Principles on the Independence of the Judiciary, the 2005 Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, the 2010 Hague Principles on Ethical Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals, and the case-law of public law international courts and tribunals (including the fascinating case *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, in which Israel raised objections to an Egyptian judge serving on a bench, due to his previous work

for the Egyptian diplomatic service and his expressed critical views on questions concerning Israel).¹¹ Other sources and instruments in the area of international arbitration include the UNCITRAL Arbitration Rules, the AAA/ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, the Code on Best Practices of the Spanish Arbitration Club and the Moscow MKAS' Rules Regarding Impartiality and Independence of Arbitrators,¹² to mention just a few.

IBA Guidelines

The International Bar Association Guidelines on Conflicts of Interest require disclosure of facts or circumstances “*that may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence*” (emphasis added) (General Principle (3)).

The current version of the IBA Guidelines, adopted in 2014, contemplates four “issue conflict” situations. Three of these situations (items 3.1.5; 3.5.2. and 4.1.1) did already exist in the previous, the 2004 version of the Guidelines, and remained largely the same (with the notable exception of the change of a “general” opinion by a “legal” opinion in Item 4.1.1, see below).

However, the first situation – the concurrent acting both as an arbitrator and as a counsel in an unrelated matter in which similar issues of law are raised, was included upon the revision of the Guidelines in 2014. The introduction of this new provision, yet outside the famous traffic light lists, reflects the dis-

⁹ On succinct distinction between independence and impartiality see: “The concepts of independence and impartiality, though related, are often seen as distinct, although the precise nature of the distinction is not always easy to grasp. Generally speaking, independence relates to the lack of relations with a party that might influence an arbitrator's decision. Impartiality, on the other hand, concerns the absence of a bias or predisposition toward one of the parties.” *Suez et al. vs Argentina*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on the proposal for the Disqualification of a member of the arbitral tribunal, 22 October 2007, pp. 13-14.

¹⁰ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4,.

¹¹ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, paras. 40-46 and 62-102.

¹² Правила о беспристрастности и независимости третейских судей, Утверждены Приказом Президента ТПП РФ №39 от 27 августа 2010 года, <http://mkas.tpprf.ru/ru/materials/>. See, e.g., Статья 6 “Обстоятельства, требующие раскрытия”, пара. 7: “третейский судья ранее избирался стороной третейского разбирательства (ее основным или дочерним обществом) третейским судьей в другом деле, или иным образом избирался (назначался) третейским судьей по другому делу с участием стороны третейского разбирательства, при условии, что такое другое дело по характеру заявленных требований связано с рассматриваемым спором и такое другое дело не было начато одновременно с данным третейским разбирательством”; and Статья 8 “Обстоятельства, не требующие раскрытия”, пара.2: “Не препятствуют осуществлению полномочий третейского судьи и не подлежат раскрытию, в частности, следующие обстоятельства: 1) в печати или публичной лекции третейским судьей было изложено безотносительно к рассматриваемому спору общее мнение по правовому вопросу, затрагиваемому в данном деле”.

cussions which were taking place among the members of the Conflicts of Interest Subcommittee of the IBA Arbitration Committee.¹³ Reportedly, “*there was no unanimity of views. While some wanted to have a strict approach and include issue conflicts in the Orange List, if not in the non-waivable Red List, others considered this as less critical, mainly comparing the situation to State judges where this has not given rise to similar concerns.*”¹⁴

The four “issue conflict” situations are:

Part II, para. 6: “*Situations not listed in the Orange List or falling outside the time limits used in some of the Orange List situations are generally not subject to disclosure. However, an arbitrator needs to assess on a case-by-case basis whether a given situation [...], even though not mentioned in the Orange List, is nevertheless such as to give rise to justifiable doubts as to his or her impartiality [...]. there may be situations not mentioned, which, depending on the circumstances, may need to be disclosed by an arbitrator [...] for example, [...] when an arbitrator concurrently acts as counsel in an unrelated case **in which similar issues of law are raised.***” (emphasis added)

Item 3.1.5 (Orange List): “*The arbitrator currently serves, or has served within the past three years, as arbitrator in another arbitration **on a related issue** involving one of the parties, or an affiliate of one of the parties.*” (emphasis added)

Item 3.5.2 (Orange List): “*The arbitrator has publicly advocated a **position on the case**, whether in a published paper, or speech, or otherwise.*”¹⁵ (emphasis added)

Item 4.1.1 (Green List): “*The arbitrator has previously expressed **a legal opinion** (such as in a law review article or public lecture) **concerning an issue** that also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case).*”¹⁶ (emphasis added)

ICC Note

The ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on the Conduct of the Arbitration under the ICC Rules of Arbitration, in its version of 1 January 2019, currently in force,¹⁷ establishes the arbitrator’s general duty (“must”) to disclose any circumstance that might “*give rise to reasonable doubts as to his or her impartiality. Any doubt must be resolved in favour of disclosure*” (para. 21).

Besides this general duty, as close as it comes to issue conflict, the Note requires the arbitrators (including nominees) to disclose situations when he or she “*or his or her law firm is or has been involved in the dispute, or **has expressed a view on the dispute in a manner that might affect his or her impartiality***” (para. 23, 5th bullet-point; emphasis added). This provision, however, covers only relation to a specific dispute, and not to a similar issue in some past or ongoing unrelated cases. These latter situations should be understood as being covered by the general disclosure duty.

ICSID Convention, Rules and Draft Code of Conduct of Adjudicators

Under the ICSID Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,¹⁸ arbitrators must be persons “*who may be relied upon to exercise independent judgment*” (Article 14(1)). A “*manifest lack*” of this quality might lead to the arbitrator’s disqualification (Article 57). Furthermore, pursuant to the ICSID Arbitration Rules¹⁹ (Rule 6(2)), before or at the first session of the Tribunal, each arbitrator shall sign a declara-

¹³ See also the 2014 IBA Guidelines: “*The Subcommittee has carefully considered a number of issues that have received attention in international arbitration practice since 2004, such as the [...] ‘issue’ conflicts [...].*”

¹⁴ Voser and Petti, see supra n. 7, p.30.

¹⁵ The 2004 version of this item reads as follows: “*The arbitrator has publicly advocated a **specific** position **regarding** the case **that is being arbitrated**, whether in a published paper or speech or otherwise.*” (the modified language in emphasis)

¹⁶ The 2004 version of this item reads as follows: “*The arbitrator has previously published a **general** opinion (such as in a law review article or public lecture) concerning an issue **which** also arises in the arbitration (but this opinion is not focused on the case **that is being arbitrated**).*” (the modified language in emphasis)

¹⁷ Available at <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>.

¹⁸ Available at <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf>.

¹⁹ Ibid.

tion, whereby he or she undertakes to “judge fairly” between the parties, and a statement of independence from the parties and “any other circumstance that might cause [his or her] reliability for independent judgment to be questioned by a party.”

Importantly, on 1 May 2020, the Secretariats of ICSID and UNCITRAL released a jointly prepared Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement (ISDS).²⁰ At the Introduction to the Draft Code explains it, “The code requires every adjudicator to be independent and impartial and to avoid conflicts of interest. It includes regulation of repeat appointment, multiple roles (“double hatting”) and issue conflict and requires extensive disclosure” (para. 10).

In the context of this review, the reader’s attention is drawn to Draft Code’s Article 5 “Conflicts of Interest: Disclosure Obligations” and Article 6 “Limit of Multiple Roles.”

Draft Article 5(2) requires the disclosure of the following information (among others):

“(c) All ISDS [and other [international] arbitration] cases in which the candidate or adjudicator has been or is currently involved as counsel, arbitrator, annulment committee member, expert, [conciliator and mediator]; and

(d) A list of all publications by the adjudicator or candidate [and their relevant public speeches].”

As the Commentary to the Draft Code explains it (para. 51), “Subparagraphs (c) and (d) are innovative. They require the disclosure of participation in ISDS or other cases and a list of publications. Such cases could include other international proceedings or related domestic arbitrations. As such, they also address two identified issues and criticism of ISDS: repeat appointment and issue conflict.” They further emphasize that concern over repeat appointment exists, for example, when an arbitrator is appointed numerous times by the same side (either claimant or respondent) (para. 53) in situations when the cases are close in terms of both facts and legal issues (para. 55). As to para. (d), the Commentary to the Draft Code explains that “Issue conflict may exist when an adjudicator has taken a position on a legal matter rele-

vant to the case or has prior factual knowledge relevant to the dispute at hand. Adjudicators usually have expertise in a subject, and many author academic writings, make presentations or otherwise participate in events that show such expertise. Such academic writings or other public statements as well as past decisions may show a certain bias or prejudgment of certain issues. The concern is that an adjudicator might not address issues at stake in the proceedings with an open mind, as they may have prejudged such issues. Issue conflict may indicate that an arbitrator lacks the necessary impartiality to judge a specific dispute. [...] Proving the existence of an issue conflict is difficult.”

Draft Article 6 reads as follows:

“Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/ or] [the same treaty].”

This way the Draft Code, rather revolutionarily but yet widely anticipatedly, provides its solution as to how to tackle a “double-hatting” issue in international arbitration, the concept of double-hatting being understood as the practice by which one individual acts simultaneously as an international arbitrator and as a counsel in distinct ISDS proceedings.

ASIL-ICCA Report

Finally, on 17 March 2016 the ICCA released the Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration.²¹ Upon setting of the Task Force, its mission was set up in the following terms:

“The mission of the Task Force is to evaluate and report on issue conflicts in investor-state arbitration and to make recommendations on best practices going forward. The issues we hope the Task Force will address include the impartiality of an arbitrator who has decided in a previous case an issue arising in a later arbitration; the impartiality of an arbitrator who as a scholar has previously published views on an issue arising in a case before him or her; and the impartiality of an arbitrator

²⁰ Available at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

²¹ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4.

who is a member of or associated with a law firm representing clients facing the same or similar issues as those on which the arbitrator will rule.”²²

The report describes several patterns that appear to be emerging from decided challenges (disqualifications) in investment cases. Based on this case law, the reporters offered “tentative indications regarding forms of possible predisposition that seem unobjectionable, and others that offer grounds for concern”.²³ These indications include (1) the degree of the arbitrator’s commitment,²⁴ (2) concurrency and propinquity²⁵ of arbitrator’s acting as counsel in other cases, and (3) specificity/proximity to the current case.²⁶

Case law

A. Investment Arbitration

The last fifteen years or so saw a number of challenges raised in investment arbitration matters alleging the presence of issue conflict situations. As the threshold to prove the predisposition bias is extremely high – indeed, where do you draw the line between experience, expertise, knowledge, on one side, and the bias, on the other? – only a number of them succeeded.²⁷ The below section looks at some of the examples.

Prior Exposure to Similar Facts Resulting from Repeat Appointments

In *Caratube v. Kazakhstan*,²⁸ the respondent State nominated the same arbitrator as in another ongoing investment proceedings involving that State, the issue at stake was the similar facts in both cases, and both

cases involved the same witness. The challenge was upheld in the following terms:

“89. The Unchallenged Arbitrators have carefully considered Mr. Boesch’s Explanations of 13 February 2014, in particular his assurances that he “consider[s] that it would be improper for [him] to discuss or disclose anything that transpired in the Ruby Roz Agricol LLP case, and [he] will not do so” and that he “consider[s] it improper to form any opinion based upon external knowledge including in particular what may be found in the public media, and [he] will not do so”. However, the Unchallenged Arbitrators agree with the tribunal in *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador* in that Mr. Boesch “cannot reasonably be asked to maintain a ‘Chinese wall’ in his own mind: his understanding of the situation may well be affected by information acquired in the [Ruby Roz] arbitration”. That Mr. Boesch would consider it improper to form any opinion based upon external knowledge is not to be doubted and neither is his intention not to do so: it remains that Mr. Boesch is privy to information that would possibly permit a judgment based on elements not in the record in the present arbitration and hence there is an evident or obvious appearance of lack of impartiality as this concept is understood without any moral appraisal: a reasonable and informed third party observer would hold that Mr. Boesch, even unwittingly, may make a determination in favor of one or as a matter of fact the other party that could be based on such external knowledge.

90. Based on a careful consideration of the Parties’ respective arguments and in the light of the significant overlap in the underlying facts between the Ruby Roz case and the present arbitration, as well as the relevance of these facts for the determination of legal issues in the present arbitration, the Unchallenged Arbitrators find that – independently of Mr. Boesch’s intentions

²² ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 8.

²³ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 160.

²⁴ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, paras. 161-163.

²⁵ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, paras. 164-165.

²⁶ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, paras. 166-168.

²⁷ See also Caline Mouawad, “Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, Issue 4 (July 2008); Judith Levine, “Dealing With Arbitrator ‘Issue Conflicts’ in International Arbitration,” *Transnational Dispute Management*, Vol. 5, Issue 4 (July 2008).

²⁸ *Caratube International Oil Company LLP and Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch (20 March 2014). See also ASIL-ICCA report, *supra* n. 4, paras. 134-135.

and best efforts to act impartially and independently — a reasonable and informed third party would find it highly likely that, due to his serving as arbitrator in the Ruby Roz case and his exposure to the facts and legal arguments in that case, Mr. Boesch’s objectivity and open-mindedness with regard to the facts and issues to be decided in the present arbitration are tainted. In other words, a reasonable and informed third party would find it highly likely that Mr. Boesch would prejudge legal issues in the present arbitration based on the facts underlying the Ruby Roz case.”²⁹

The similar approach was followed in *EnCana Corporation v. Ecuador*³⁰ and *Universal v. Venezuela*³¹ cases. In this latter case the unchallenged arbitrators opined that “[t]he international investment arbitration framework would cease to be viable if an arbitrator was disqualified simply for having faced similar factual or legal issues in other arbitrations.”³² Yet, in *Participaciones Inversiones Portuarias v. Gabon*³³ the challenge was rejected after finding sufficient differences between the two situations.

Past or Concurrent Service as Counsel

A consensus seems to be emerging that while the past advocacy is not an indication of an inappropriate impartiality, the concurrent one may well be.

*Telecom Malaysia v. Ghana*³⁴ is reportedly the first published investment arbitration decision in which the issue conflict question was raised. In this case Ghana challenged Prof. Emmanuel Gaillard (Claimant’s nominee) for his concurrent acting as counsel for the investor in another (unrelated) investment ar-

bitration, *Consortium RFCC v. Morocco*. In Ghana’s view, Prof. Gaillard’s role as counsel to the Consortium RFCC in the allegedly similar dispute, where he was trying to set aside the RFCC/Morocco award, was incompatible with his arbitrator role in *Telecom Malaysia v. Ghana* case.

The District Court of The Hague sided with Ghana and disapproved of Prof. Gaillard’s double-hatting under the circumstances:

“21. It is stated first and foremost, contrary to what is alleged by the respondent, that practice in this court shows that a request for the reversal of an arbitral award is used for the purpose of putting forward all objections against the contested judgment, and including these objections in the admitted grounds for the challenge. This will not be different in the present case. This means that account should be taken of the fact that the arbitrator in the capacity of attorney will regard it as his duty to put forward all possibly conceivable objections against the RFCC/Moroccan award.

22. This attitude is incompatible with the attitude Prof Gaillard has to adopt as an arbitrator in the present case, i.e. to be unbiased and open to all the merits of the RFCC/Moroccan award and to be unbiased when examining these in the present case and consulting thereon in chambers with his fellow arbitrators. Even if this arbitrator were able to sufficiently distance himself in chambers from his role as attorney in the reversal proceedings against the RFCC/Moroccan award, account should in any event be taken of the appearance of his not being able to observe said distance. Since he has to play these two parts, it is in any case impossible for him to avoid the appearance of not being able to keep these two parts strictly separated.”

²⁹ *Ibid.*, references omitted.

³⁰ *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN3481, Partial Award on Jurisdiction (27 February 2004), para. 43. See also ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 136.

³¹ *Universal Compression Int’l Holdings, S.L.U. v. Venezuela*, ICSID Case No ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, Arbitrators (20 May 2011).

³² *Ibid.*, para. 83.

³³ *Participaciones Inversiones Portuarias Sàrl v. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/08/17, Decision on proposal to disqualify an arbitrator (12 November 2009). See also ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, paras. 137-138.

³⁴ *Telekom Malaysia Berhad v. The Republic of Ghana*, PCA Case No. 2003-03. District Court of The Hague, civil law section, provisional measures judge, challenge number 13/2004, petition no. HA/ RK 2004.667, Decision of 18 October 2004, available at https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0857_0.pdf. See also Dennis H. Hranitzky and Eduardo Silva Romero, “The ‘Double Hat’ Debate In International Arbitration Should advocates and arbitrators be in separate bars?”, *New York Law Journal*, 14 June 2010.

The District Court of The Hague required Prof. Gaillard to resign either as RFCC's counsel or as arbitrator in *Telecom Malaysia*, failing which the challenge against him would be upheld. Prof. Gaillard left the RFCC case.

Interestingly, immediately after that Ghana has brought the second challenge against Prof. Gaillard. However, this time the District Court of The Hague rejected the challenge:

“11. In other respects too we see no more ground for challenge, particularly not in the fact that prof. Gaillard, until recently, was actually involved as an attorney in the said annulment action and, thereby, adopted a position as a lawyer that was contrary to that of petitioner in the pending arbitration. After all, it is generally known that in (international) arbitrations, lawyers frequently act as arbitrators. Therefore, it could easily happen in arbitrations that an arbitrator has to decide on a question pertaining to which he has previously, in another case, defended a point of view. Save in exceptional circumstances, there is no reason to assume however that such an arbitrator would decide such a question less open-minded than if he had **not** defended such a point of view before. Therefore, in such a situation, there is, in our opinion, no automatic appearance of partiality vis-a-vis the party that argues the opposite in the arbitration.”³⁵ (original emphasis)

In *St. Gobain Performance Plastics v. Venezuela*³⁶ the Respondent's arbitrator, Dr. Bottini, was challenged for reasons of his very recent employment by the Argentine Government. In the Claimant's submission, Mr. Bottini had to be disqualified on the basis of “issue conflict” because in his previous capacity he has argued from Argentina's perspective issues which may arise in this case. This challenge was rejected in the following terms:

“80. Even if one assumes *arguendo* that Mr. Bottini did in fact vigorously advocate Argentina's positions

in other investment treaty arbitrations, the Arbitral Tribunal cannot see why Mr. Bottini would be locked in to the views he presented at the time. It is at the core of the job description of legal counsel—whether acting in private practice, in-house for a company, or in government—that they present the views which are favorable to their instructor and highlight the advantageous facts of their instructor's case. The fact that a lawyer has taken a certain stance in the past does not necessarily mean that he will take the same stance in a future case.

81. There is no indication in the file, or otherwise, why this should be any different for Mr. Bottini or why he should not be in a position to freely form a view on the merits presented to him in this arbitration. Absent any specific facts which indicate that Mr. Bottini is not able to distance himself in a professional manner from the cases in which he was acting as counsel, Mr. Bottini has the assumption in his favor that he is a legal professional with the ability to keep a professional distance. The same assumption is granted in favor of many arbitrators who today sit as arbitrators in ICSID cases but who started their career as counsel or who still act as counsel in such cases.

82. The Arbitral Tribunal also notes that Mr. Bottini has stated that he has not only advised Argentina, but also other parties, including investors.”

In NAFTA arbitration *Vito Gallo v. Canada*,³⁷ and similarly to the approach of the District Court of The Hague, the Appointing Authority instructed the arbitrator to choose between his representation of Mexico and his service as arbitrator, noting that the concurrent service “inevitably risks creating justifiable doubts as to [arbitrator's] impartiality and independence”.³⁸

In the same vein, in *Blue Bank v. Venezuela*,³⁹ the President of the ICSID Administrative Council upheld a challenge to an arbitrator, a partner in Baker & McKenzie's Madrid office, in an ICSID case based

³⁵ District Court of The Hague, civil law section, provisional measures judge, challenge number 17/2004, petition no. HA/ RK 2004, Decision of 5 November 2004, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0922.pdf>.

³⁶ *St. Gobain Performance Plastics v. Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Gabriel Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention (27 February 2013), available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1311.pdf>.

³⁷ *Vito Gallo v. Canada*, UNCITRAL, Challenge Decision (14 October 2009). See also ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 129.

³⁸ *Ibid.*, para. 31.

³⁹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/20, Decision on the Challenge to José María Alonso (12 November 2013). See also ASIL-ICCA Report, paras. 130-131.

on the arbitrator's partners in New York and Caracas representing a different claimant in a case against the same respondent State.

Academic and Professional Writing

*Urbaser v. Argentina*⁴⁰ is the leading case on this point. In this case the Claimants challenged Prof. McLachlan from New Zealand for his earlier expressed views in legal writings on two questions that Claimants considered crucial to the arbitration. First, in connection with the MFN clause, the Claimants referred to a Prof. McLachlan's position on "heresy" of the *Maffezzini v. Spain* decision, expressed in the book "International Investment Arbitration", which he published with Oxford University Press in 2007 with two other co-authors. Second, with regard the state of necessity defence, the Claimants pointed out to Prof. McLachlan's publication in "International and Comparative Law Quarterly", where he commended the CMS Annulment Committee's discussion of the necessity defence. While Claimants admitted that there were a clear difference between the BITs applied in the CMS and the *Urbaser* cases, they nevertheless deem that Prof. McLachlan has prejudged the defence of necessity because the case submitted to this Tribunal involved the emergency measures adopted in Argentina in 2002, which was also the subject of the CMS case, thus making it highly probable that they will be referred to again in the case pending before this Tribunal.

The two unchallenged arbitrators dismissed the challenge against their colleague, ruling that "scholarly writings – even writings taking a vigorous position on significant legal issues presented by a case – cannot sustain a challenge, absent a showing that the position expressed has some substantial connection to a party in the case or is otherwise connected to the case".⁴¹ Most notably, they ruled:

"40. According to Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention, the crux of the analysis is whether the opinions expressed by Prof. McLachlan qualify as indicating a manifest lack of the qualities required to provide independent and impartial judgment. This principle, however, requires that an inherent qualification is expressed. No arbitrator and, more generally, no human being of a certain age is, in absolute terms, independent and impartial. Simply put, every individual is conveying ideas and opinions based on its moral, cultural, and professional education and experience. What is required, when it comes to rendering judgment in a legal dispute, is the ability to consider and evaluate the merits of each case without relying on factors having no relation to such merits." (original emphasis)

"45. [...] the mere showing of an opinion, even if relevant in a particular arbitration, is not sufficient to sustain a challenge for lack of independence or impartiality of an arbitrator. For such a challenge to succeed there must be a showing that such opinion or position is supported by factors related to and supporting a party to the arbitration (or a party closely related to such party), by a direct or indirect interest of the arbitrator in the outcome of the dispute, or by a relationship with any other individual involved, such as a witness or fellow arbitrator."

"46. Indeed if one would prefer to extend such requirement of independence or impartiality beyond this framework, as supported by Claimants, the mere fact of having made known an opinion on an issue relevant in an arbitration would have the effect of allowing a challenge for lack of independence or impartiality. Such a position, however, would have effects reaching far beyond what Claimants seem to sustain, and incompatible with the proper functioning of the arbitral system under the ICSID Convention."

In *Repsol v. Argentina*,⁴² the Appointing Authority, the then President of the World Bank and of the ICSID Administrative Council, similarly rejected the respondent's challenge of Prof. Orrego

⁴⁰ *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, 12 August 2010* available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0887.pdf>.

⁴¹ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 111.

⁴² *Repsol v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/12/38, Decision on the Request for Disqualification of the Majority of the Tribunal (Dec. 13, 2013)*.

Vicuña. The challenge was based upon the arbitrator’s article, published in 2010, defending the CMS award following its annulment, and “adopting” the views that Argentina should not be entitled to invoke the necessity defence:

“Regarding Professor Orrego Vicuña’s 2010 publication, the President notes that this publication considers an opinion on a legal provision that is not present in the legal instrument relied on in this case. Similarly, references by Professor Orrego Vicuña to a publication by a third party do not constitute evidence of the manifest lack of impartiality against Argentina, as required by Article 57 of the Convention.”⁴³

Similarly, the objection to the enforcement of the BIT award and a challenge, based on previously published scholar article, were rejected by a German court in *ST-AD v. Bulgaria*⁴⁴ and by unchallenged arbitrators in *Saipem v. Bangladesh*.⁴⁵

Finally, *Devas v. India* case⁴⁶ should be briefly mentioned here, but will be considered more in detail in the subsequent section. In this case the then-President of the International Court of Justice upheld the challenge against Prof. Orrego Vicuña on the basis of his “strongly held and articulated position” regarding a legal issue yet possibly to be presented in the course of the proceedings. Prof. Orrego Vicuña set in three tribunals which have addressed the issue, as well as commented thereon in a scholarly publication. On this last point, the Appointing Authority noted that “[t]he

later article *in particular* suggests that, despite having reviewed the analyses of three different annulment committees, his view remained unchanged.”⁴⁷ (emphasis added)

Publicly Advocated Views, Speeches, Interviews

There seems to be a consensus that publicly advocated positions may well constitute good reasons for disqualifying arbitrators based on issue conflict considerations.⁴⁸

In *Canfor Corp. v. United States*⁴⁹ the arbitrator resigned after being challenged in the aftermath of his speech to a Canadian government council criticizing U.S. conduct in relation to softwood lumber cases, reportedly stating that the U.S. brought cases challenging Canada’s practices relating to softwood lumber exports “because they know the harassment is just as bad as the process.”⁵⁰

In *Perenco v. Ecuador*⁵¹ the claimant-appointed arbitrator was successfully challenged after referring to Ecuador as a “recalcitrant” host state in an interview given to *The Metropolitan Corporate Counsel*.

The author is aware of one more occasion when a nominee to an investment case involving Venezuela, a national to a Central American state, had to resign after a party found out his past interview to a local newspaper criticizing the Venezuelan government and its policy.

⁴³ *Ibid.*, para. 79, as translated (from the Spanish) in the ASIL-ICCA Report, supra n. 4, para. 114.

⁴⁴ *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria, Enforcement of Arbitral Award, Higher Regional Court of Thüringen, Jena, 21 November 2013*, as referred to in ASIL-ICCA Report, supra n. 4, para. 115.

⁴⁵ *Saipem S.p.A. v. People’s Republic of Bangladesh, ICSID Case No. ARB/05/7, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures (21 March 2007)*, as referred to in ASIL-ICCA Report, supra n. 4, para. 116.

⁴⁶ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India, PCA Case No. 2013-09, Decision on the Respondent’s Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña (30 September 2013)*, available at: www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw3161.pdf.

⁴⁷ *Ibid.*, para. 64.

⁴⁸ *Barton Legum*, “Investor-State Arbitrator Disqualified for Pre-Appointment Statements on Challenged Measures”, 21 *ARB. INT’L* 241, 244 (2005), as referenced in ASIL-ICCA Report, supra n. 4, para. 124.

⁴⁹ *Canfor Corp. v. United States, NAFTA, Order of the Consolidation Tribunal (7 September 2015) (consolidating this case with Tembec, Inc. v. United States and Terminal Forest Products Ltd. v. United States)*, available at <http://www.state.gov/documents/organization/53113.pdf>.

⁵⁰ See ASIL-ICCA Report, supra n. 4, para. 123.

⁵¹ *Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6; PCA Case No. IR-2009/1, Decision on Challenge to Arbitrator (8 December 2009)*, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0625.pdf>.

Prior Opinion(s) Deciding Legal Issues Presented in the Current Case

The situation of prior exposure of the arbitrator to the legal issue presented in the case, is the most sensitive facet of issue conflict. How to estimate the risk of the possible prejudgment in situations when it is established that the arbitrator was exposed (or is currently exposed) to a similar if not identical issue in some other case? In investment arbitration field, notorious for a limited pool of qualified arbitrators, this would lead to further shrinking of the pool of possible nominees.⁵²

The main example of a challenge which was accepted because of the existence of issue conflict is, beyond any doubt, *Devas v. India* case.⁵³ In this case, Judge Tomka, then President of the ICJ, rejected the challenge against the president of the arbitral tribunal, Hon. Marc Lalonde, and accepted the challenge of the co-arbitrator, Prof. Orrego Vicuña. In its challenge to the arbitrators India informed of its *intention* to argue that the governmental decisions the Claimants alleged to be breaches of the Treaty were made for reasons related to the State's "essential security interests" – a legal concept, on which, allegedly, the two arbitrators hold strong "and articulated positions". First, they had served together (Prof. Orrego Vicuña as a presiding arbitrator) on two investment tribunals (*Sempra v. Argentina* and *CMS v. Argentina*) that took a position on the "essential security interests" issue. Second, Prof. Orrego Vicuña served as a presiding arbitrator in a third case (*Enron v. Argentina*) addressing the issue at stake and, in addition, in 2011 he published a chapter in a book in which he strongly defended his position. India put special emphasis on the fact that all three arbitral decisions were later annulled or annulled in part.

In his analysis, leading to the acceptance of the challenge of Prof. Orrego Vicuña, Judge Tomka wrote:

"64. *The standard to be applied here evaluates the objective reasonableness of the challenging party's*

concern. In my view, being confronted with the same legal concept in this case arising from the same language on which he has already pronounced on the four aforementioned occasions could raise doubts for an objective observer as to Professor Orrego Vicuña's ability to approach the question with an open mind. The later article in particular suggests that, despite having reviewed the analyses of three different annulment committees, his view remained unchanged. Would a reasonable observer believe that the Respondent has a chance to convince him to change his mind on the same legal concept? Professor Orrego Vicuña is certainly entitled to his views, including to his academic freedom. But equally the Respondent is entitled to have its arguments heard and ruled upon by arbitrators with an open mind. Here, the right of the latter has to prevail. [...]"⁵⁴

Yet, his analysis rejecting the challenge filed against the presiding arbitrator, reads:

"66. *The circumstances presented by the Respondent as giving rise to justifiable doubts about the Presiding Arbitrator's impartiality are more limited. [...] I [...] find that Mr. Lalonde's more limited pronouncements on the relevant text are not sufficient to give rise to justifiable doubts regarding his impartiality. Mr. Lalonde has not taken a position on the legal concept in issue subsequent to the decisions of the three annulment committees and thus I can accept his statement that "[his] intention is to approach the matter with an open mind and to give it full consideration" and that "[he] would certainly not feel bound by the CMS or the Sempra awards". In my view, there is no appearance of his prejudgment on the issue of "essential security interests" which will have to be considered by the Tribunal in the ongoing arbitration."*

On its plain reading, these two decisions were informed by purely quantitative considerations: three previous involvements for Prof. Orrego Vicuña versus two involvements for Hon. Marc Lalonde. Additionally, there were an "aggravating factor" of an additional academic publication for Prof. Orrego Vicuña and an "extenuating circumstance" for Hon.

⁵² See also *ASIL-ICCA Report, supra n. 4, paras. 143-144.*

⁵³ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India, PCA Case No. 2013-09, Decision on the Respondent's Challenge to the Hon. Marc Lalonde and Prof. Francisco Orrego Vicuña (30 September 2013), available at: www.italaw.com/sites/default/files/casedocuments/italaw3161.pdf*

⁵⁴ *Ibid.*, references omitted.

Marc Lalonde who promised “to approach the matter with an open mind to give it full consideration.”

Besides *Devas v. India*, all other objections and challenges based on previous decisions on the issues similar in case, have failed.

Thus, in one reported case, in reliance on the Orange list of the IBA Guidelines, the Claimant made a proposal to disqualify the Respondent’s appointed arbitrator on the ground that the Respondent had appointed that same arbitrator in another ongoing case with overlapping factual and legal issues. The arbitrators concluded that the mere fact that an arbitrator sat in two different cases brought against the same respondent State did not warrant disqualification, “absent any other objective circumstances demonstrating that these two cases are related in such a manner that the arbitrators’ determination in one case would manifestly affect the challenged arbitrator’s reliability to exercise independent judgment in the other case.”⁵⁵

In another case, the two unchallenged arbitrators noted that they do not consider it possible to “outlaw widespread practices so long accepted by users and practitioners generally, particularly when such practices have helped to establish a growing body of specialist and experienced international arbitrators, so long desired by users.”⁵⁶

Along the same lines, in yet other cases the unchallenged arbitrators noted that to “hold otherwise would have serious negative consequences for any adjudicatory system”⁵⁷ and that “[t]he international investment arbitration framework would cease to be viable

if an arbitrator was disqualified simply for having faced similar factual or legal issues in other arbitrations.”⁵⁸

In *Tidewater Inc. et al. v. Venezuela*,⁵⁹ in dismissing the Claimant’s proposal to disqualify Prof. Stern for (among other considerations) her sitting in another case involving the Respondent and interpretation of Venezuela’s investment law, similarly to *Devas v. India*, the unchallenged two arbitrators paid special attention to her statement that “the fact of whether I am convinced or not convinced by a pleading depends upon the intrinsic value of the legal arguments and not on the number of times I hear the pleading.”⁶⁰

B. Commercial Arbitration

While issue conflicts are at the very centre of the reform of the investment arbitration system, seen by some “as imperiling the entire system of investment arbitration”,⁶¹ as the debate stands at present, it is not cause so much of concern in international commercial field. Indeed, the 2015 Queen Mary Survey in International Arbitration found that only 37% of respondents considered that issue conflicts should receive specific regulation in commercial arbitration.⁶²

Yet, the debate evolves, with some authors suggesting “that issue conflicts in international commercial arbitration ought to borrow ‘jurisprudence’ on issue conflicts from investor-state arbitration”.⁶³ Indeed, similarly to investment arbitration, there are topics which are regularly addressed in commercial cases, e.g., the interpretation of the “final” and “binding” nature of determinations issued by the dispute adju-

⁵⁵ N. Ziadé, “Recent developments at ICSID” (2008) 25 No 2 News from ICSID, pp. 4-5, available at <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/2008%20Winter%20Volume%2025%20%28No.%20%29%20%E2%80%9320Download.pdf>.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 5.

⁵⁸ *Universal Compression Int’l Holdings, S.L.U. v. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/9, Decision on the Proposal to Disqualify Arbitrators Prof. Brigitte Stern and Prof. Guido Santiago Tawil, para. 83 (20 May 2011).*

⁵⁹ *Tidewater Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator (23 December 2010), para. 43, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0860.pdf>.*

⁶⁰ *Ibid.*, para. 71.

⁶¹ Hranitzky and Silva Romero, *supra* n. 33, referring to Sands.

⁶² Queen Mary University of London and White & Case, *The 2015 Survey ‘Improvements and Innovations in International Arbitration’*, p. 39, available at <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2015/>.

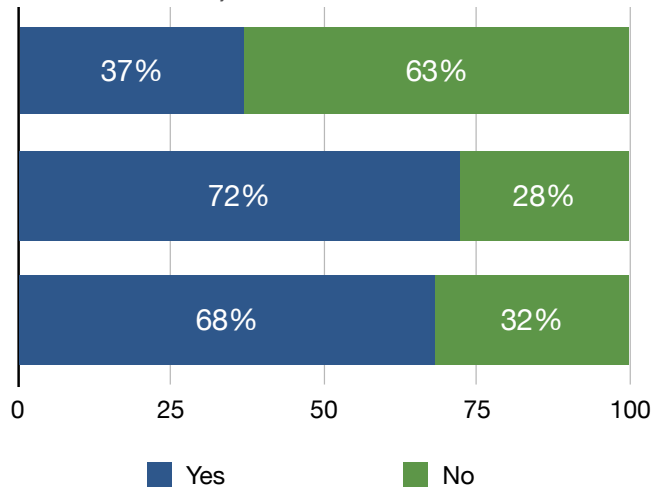
⁶³ Lal et al, *supra* n. 2.

Should each of the following issues be specifically 'regulated' in the context of commercial arbitration?

The arbitrator has previously taken or gives the appearance of having previously taken, a particular stance on an issue to be decided in the case before them

Repeat nominations of the same arbitor in multiple arbitrations by parties

Repeatnominations of the same arbitor in multiple arbotrations by caounsel



dication boards in construction arbitrations, application of good faith and interpretation of the statute of limitations in commercial contracts, extension of the arbitration agreements to non-signatories, etc.

The practice of national courts suggests that, in the absence of aggravating circumstances, they are not prepared to entertain challenges or requests for setting aside of awards on the grounds of previous exposure to similar legal issues. Some examples from the leading arbitration jurisdictions France, Unites States and England, follow below.

France: Ben Nasser v. BNP

As long ago as in 1993, in *Ben Nasser v. BNP*⁶⁴ the Paris Court of Appeal dismissed a request to set aside a partial and a final awards in an ICC case for the reason of the alleged prejudgment on the part of the presiding arbitrator resulting from his involvement in another related case. In the first arbitration, based on the loan agreements, the arbitral tribunal ordered the debtor to repay the loan. The second arbitration (which eventually led to the decision of the Paris Court of Appeal, discussed here) was brought by the banks against the guarantors, Mr. Ben Nasser and others. Importantly, in the case against guarantors, the presiding arbitrator was appointed by the ICC Court upon the agreement thereto by all the parties.

In the setting aside proceedings the guarantors argued that by deciding on the amount of the princi-

pal loan and interest to be repaid by the main debtor in the first arbitration (whereby the guarantors were not informed of that decisions), the president of the arbitral tribunal had irrevocably prejudged the outcome on certain issues at stake between the banks and the guarantors in the second arbitration. The Paris Court of Appeal disagreed and ruled as follows:

*“there is neither bias not partiality where the arbitrator is called upon to decide circumstances of fact close to those examined previously, but between different parties, and even less so when he is called upon to determine a question of law upon which he has previously made a decision.”*⁶⁵

United States: STMicroelectronics, N.V. v. Credit Suisse Securities

Similarly, in 2011 in *STMicroelectronics, N.V. v. Credit Suisse Securities*⁶⁶ the US Court of Appeals for the Second Circuit denied the motion to vacate a FINRA (Financial Industry Regulatory Authority) award on the basis of the arbitrator’s purportedly misleading disclosure.

Credit Suisse alleged, first, that the arbitrator in question had served *“extensively and almost exclusively as a professional claimant-side expert witness [that is, as a witness for customers arbitrating against*

⁶⁴ Paris Court of Appeal, *Ben Nasser et autre c. BNP et Crédit Lyonnais* (14 octobre 1993,) JDI, 1994.446, note E. Loquin.

⁶⁵ Translation from *Tidewater Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/10/5, *Decision on Claimant’s Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator* (23 December 2010), para. 67, available at <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0860.pdf>.

⁶⁶ *STMicroelectronics, N.V. v. Credit Suisse Securities (USA)*, No. 10-3847 (2d Cir. 2011).

financial firms]”, yet in his disclosure form the arbitrator had painted a more balanced picture of his experience, stating that he had worked for both sides. Second, Credit Suisse contended that the arbitrator “chose not to disclose that he had served as a claimant-side expert witness on an issue very similar to the one that would determine the arbitration.”

In his own turn, the arbitrator described himself as “Litigation Consultant and an expert witness having represented both sides,” noting that he had worked more often on the side of the financial industry than Credit Suisse had suggested. He further declared that “*there is no doubt in my mind that I can render a fair and unbiased opinion.*”

The Court of Appeals disagreed with the petitioner on both accounts. As to the Credit Suisse’s contention that the arbitrator’s experience was one-sided, the Court noted:

“*At the very least, even if we assume that [the arbitrator] has worked for many more claimants than respondents, his work for “numerous” respondents and his ability to cite two respondents employing him at the time of the 2008 arbitration belie Credit Suisse’s contention that he “served . . . almost exclusively as a professional claimant-side expert witness.”*”

As regards the petitioner’s argument of the arbitrator’s alleged “*pre-existing views about potentially relevant propositions of law*”, the Court equally dismissed those too, after referencing case-law addressing the judges’ experience with a legal issue to be relevant to the case and emphasizing the special character of arbitrator’s office:

“*However, “[a] judge’s lack of predisposition regarding the relevant legal issues in a case has never been thought a necessary component of equal justice, and with good reason. For one thing, it is virtually impossible to find a judge who does not have preconceptions about the law.”* *Repub. Party of Minn. v. White*, 536 U.S. 765, 777 (2002). *This is all the more true for arbitrators, “[t]he most sought-after” of whom “are those who are prominent and experienced members of the specific business community in which the dispute to be arbitrated arose.”* *Int’l Produce, Inc. v. A/S Rosshavet*, 638 F.2d 548, 552 (2d Cir. 1981). *Arbitrator*

[...] played that very role on this panel, as the “non-public arbitrator” specifically chosen for his industry connection. It would be strange if such an arbitrator were forced to search the record of all prior testimony for any statement that might – however tangentially – relate to any of the many legal issues that might arise in any given case. A party might like to know that information when shopping for arbitrators, but its absence cannot form a ground for vacating an arbitral award.”

England: *Halliburton v. Chubb*

Finally, no analysis of issue conflict would be complete without reference to *Halliburton v. Chubb*⁶⁷ case before the English courts, in which the publication of final decision by the Supreme Court is expected any other day. In this case the arbitrator was subsequently appointed in two additional references with a similar and related subject-matter, with only one common party, and without knowledge of the other party, thus raising doubts about the arbitrator’s impartiality.

In Spring 2010, there was a major explosion and fire on the Deepwater Horizon oil rig in the Gulf of Mexico. Transocean was the owner of the drilling rig, BP was the lessee of the rig, and Halliburton provided cementing and well-monitoring services to BP. The private claims for damages were pursued through a Plaintiff’s Steering Committee (PSC). Following the judgment by the Federal Court for the Eastern District of Louisiana, Halliburton settled the PSC claims against it for around USD 1.1b. Thereafter, Halliburton looked to Chubb for insurance cover for the loss, but Chubb refused to pay, primarily arguing that the underlying settlement was not reasonable and Chubb had not consented to it.

Halliburton commenced London-seated arbitration proceedings against Chubb. At the time of appointment, the president of the arbitral tribunal, M., disclosed multiple prior and ongoing appointments as the president and a party-nominated arbitrator in cases involving Chubb, including upon the latter’s nominations.

As the proceedings were under way, Halliburton discovered that M. has accepted two more appoint-

⁶⁷ *Halliburton Company (Appellant) v. Chubb Bermuda Insurance Ltd (Formerly known as Ace Bermuda Insurance Ltd) (Respondent)*, [2018] EWCA Civ 817, available at <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2018/817.html>.

ments as arbitrator in cases involving claims by Transocean against its excess liability insurers. First, Chubb appointed M. as an arbitrator in an excess liability claim arising out of the same incident made by Transocean under its liability insurance policy with Chubb (Reference 2). Second, M. also subsequently accepted an appointment as a substitute arbitrator in another claim made by Transocean against a different insurer on the same layer of insurance (Reference 3). None of these appointments were disclosed by M. to Halliburton.

When Halliburton became aware of the two references, it asked M. for explanations. The latter responded that while he still did not think the circumstances put any obligation on him to make a disclosure to Halliburton, he appreciated that *“with the benefit of hindsight, that it would have been prudent for me to have informed your clients [...] and I apologise for not having done so.”*⁶⁸ M. refused to step down without Chubb’s consent, which the latter did not give, and Halliburton issued a claim form seeking an order to remove M. as an arbitrator.

The English High Court, in first instance, dismissed Halliburton’s application. Specifically, the High Court rejected the contention that the overlap between the references was a matter of concern since it meant that M. would learn information during the course of the Transocean references which was relevant to the issues in the Halliburton arbitration, and available to Chubb but not to Halliburton. The Judge observed that it is *“a regular feature of international arbitration in London that the same underlying subject matter gives rise to more than one claim and more than one arbitration without identity of parties”*. He considered that this was desirable because (1) *“parties should be free to appoint their chosen arbitrator in accordance with the procedure agreed in the arbitration clause in fulfilment of the contractual bargain”*; (2) arbitrators are often chosen for their particular knowledge and expertise, but frequently comprise a limited pool of talent, and it is *“undesirable that parties should be unnecessarily constrained in their ability to draw on this pool if there are multiple*

arbitrations arising out of a single event or overlapping circumstances”; and (3) the principle of finality is served *“if the tribunal is already familiar with the background to and uncontroversial aspects of the subject matter of the dispute.”*⁶⁹

The High Court further observed that: *“generally, the fact that an arbitrator may be involved in an arbitration between party A and party B, whose subject matter is identical to that in an arbitration between party B and party C does not preclude him or her from sitting on both tribunals”* and concluded that there was nothing in the acceptance of the Transocean appointments by M. which gave rise to an appearance of bias against Halliburton, even if the issues which had to be decided in the references were identical or substantially overlapping, which he found they were not:

*“The informed and fair-minded observer would not therefore regard M as unable to act impartially in the reference between Halliburton and Chubb merely by virtue of the fact that he might be an arbitrator in other references arising out of the incident, and might hear different evidence or argument advanced in another such reference. The objective and fair-minded assessment would be that his experience and reputation for integrity would fully enable him to act in accordance with the usual practice of London arbitrators in fulfilling his duties under section 33 by approaching the evidence and argument in the Halliburton reference with an open mind; and in deciding the case, in conjunction with the other members of the tribunal, in accordance with such material, with which Halliburton will have a full and fair opportunity to engage.”*⁷⁰

This decision was appealed to the Court of Appeal. In the meantime, References 2 and 3 were decided in Chubb’s favour on the preliminary issues of policy construction, with the effect that the references were brought to an end. Shortly thereafter, the Halliburton tribunal issued the Final Partial Award dismissing Halliburton’s claims.⁷¹

In Spring 2018 Court of Appeal held unanimously that while the arbitrator ought to have dis-

⁶⁸ *Ibid.*, para. 18.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 27.

⁷⁰ *Ibid.*, paras. 28-29.

⁷¹ *Ibid.*, paras. 23-24.

closed his appointments in overlapping references, “the fair-minded and informed observer having considered the facts” would not conclude there was a real possibility that M. was actually biased.

The Court of Appeal’s findings may summarised as follows:

It accepted that inside information and knowledge may be a legitimate concern for the parties to have in overlapping arbitrations involving a common arbitrator but only one common party. Yet, that, in itself, it does not justify an inference of apparent bias - “[s]omething more is required” and that must be “something of substance”.⁷²

The Court of Appeal noted that while the 1996 Act sets out no requirements in relation to disclosure, many institutional arbitration rules (including those of ICC and LCIA, who later intervened before the Supreme Court) include provisions requiring disclosure to be made of facts or circumstances which may give rise to justifiable doubts as to an arbitrator’s impartiality. The Court drew parallels to judges’ duties under the common law to disclose facts or circumstances which would or might provide the basis for a reasonable apprehension of lack of impartiality and cited the recent *Almazeedi* case,⁷³ decided first by the Cayman Islands’ Court of Appeal and, on appeal, by the Privy Council.

The Cayman Islands’ Court of Appeal ruled as follows:

“On the matter of disclosure, we consider that the judge ought to have disclosed his appointment [...] in [a related] a case [...]. The purpose of such disclosures, which often go beyond legitimate concerns as to independence and impartiality which would, subject to waiver, require a judge to recuse himself, is to enable the parties to consider the disclosures made and either to assure themselves in advance that there is no legitimate problem or to make submissions to the judge, or to finesse any potential problem by means of waiver. Such matters can only be efficiently and safely handled

in advance. Once judgment has been entered, and a winner and a loser emerge, the matter becomes much more difficult. Losers feel aggrieved whatever the rights and wrongs of the situation are, specious claims to bias may be raised, and all the difficulties of retrospective consideration fall for debate and decision.”⁷⁴

On appeal, the Privy Council confirmed this approach: “The judge not only ought to have disclosed his involvement [...] a fair-minded and informed observer would regard him as unsuitable to hear the proceedings [...] The fact of disclosure can itself serve as the sign of transparency which dispels concern, and may mean that no objection is even raised.”⁷⁵ In its decision, the Privy Council cited its case *Prince Jefri Bolkiah v State of Brunei Darussalam* (No 3) [2007] UKPC 62, [2008] 2 LRC 196 at [18] where Lord Bingham said [quoting from the Court of Appeal of Brunei]:

“As to a possible predisposition of the judge in His Majesty’s favour, we think the observer would take the view earlier expressed by this court that “judicial experience, by its nature, conditions the mind to independence of thought and impartiality of decision”. He would know that any judge appointed to the High Court would not be lacking in experience. We see no room for unconscious predisposition.”⁷⁶

The Court of Appeal held that the same approach applies to arbitral tribunals.

As to the consequences of a failure to make a disclosure, the Court of Appeal ruled “that will mean that the arbitrator will not have displayed the “badge of impartiality” which he should have done. [...] the fact of non-disclosure “must inevitably colour the thinking of the observer”.”⁷⁷ Yet, on examination, the Court of Appeal agreed with the High Court’s overall conclusion that the fair-minded and informed observer, having considered the facts of this case, would not conclude that there was a real possibility that M. was biased.⁷⁸

Permission to appeal the decision of the Court of Appeal was subsequently granted to the UK Su-

⁷² *Ibid.*, paras. 49-50.

⁷³ *Wael Almazeedi v. Michael Penner and Stuart Sybermsa* [2018] UKPC 3.

⁷⁴ *Halliburton v. Chubb*, *supra* n. 66, para. 61.

⁷⁵ *Ibid.*, para. 64.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 97.

⁷⁷ *Ibid.*, para. 74.

⁷⁸ *Ibid.*, para. 100.

preme Court on the following two issues: (1) whether and to what extent an arbitrator may accept appointments in multiple references concerning the same or overlapping subject matter with only one common party without thereby giving rise to an appearance of bias; and (2) whether and to what extent he/she may do so without disclosure. The hearing before the Supreme Court took place in November 2019 and the decision is expected any time soon.

Concluding remarks

Issue conflicts is at the centre of the investment arbitration reform. Indeed, some members of the Task Force drafting the ASIL-ICCA Report “believed that this is perhaps the most significant matter affecting the credibility of investor-State arbitration.”⁷⁹ There are major developments in trying to better understand and address issue conflicts in investment arbitration, the ASIL-ICCA Report and the Draft Code of the Conduct of Adjudicators being the primary examples here.

Yet, as some arbitrators have put it, the issue conflict affect both investment and commercial arbitration alike: “[i]nvestment and even commercial arbitration would become unworkable if an arbitrator were automatically disqualified on the ground only that he or she was exposed to similar legal or factual issues in concurrent or consecutive arbitrations.”⁸⁰

It is yet to determine how to distinguish between unobjectionable forms of predisposition and those triggering reasonable concerns about bias.⁸¹ More discussions lay ahead. More changes to the IBA Guidelines and institutional rules and notes are to come. What is clear though already now is that arbitrators are expected to make full disclosures, not limited to considerations of independence only. Halliburton case is a perfect example to this end. Any possible guidance on the scope of disclosure will be certainly welcomed by the arbitration community. The debate is not over yet, so stay tuned!

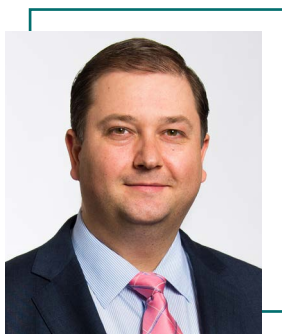
⁷⁹ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 11.

⁸⁰ N. Ziadé, *supra* n. 54.

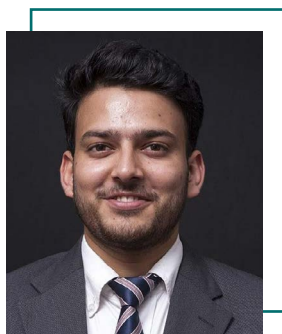
⁸¹ ASIL-ICCA Report, *supra* n. 4, para. 159.

ARBITRATOR CHALLENGES - A CASE FOR GREATER TRANSPARENCY

Osborne Clarke



Artem Doudko
Partner



Kanwar Vivswan
Foreign Lawyer/Advocate

Impartiality, party autonomy and transparency are considered as the indispensable troika of international arbitration. At times, all three come under a single lens, for instance during the process of an arbitrator challenge.

Needless to say, either party to an arbitration has an autonomous right to nominate an arbitrator in an arbitral proceeding. This right is one of the prominent features of international arbitration but it is not absolute. It is restricted by the fact that the nominee shall have no identity with the parties that is to say that the arbitrator has to be independent and impartial. Further, if a party has reasons to believe that an already appointed arbitrator (or arbitrator nominee) has a conflict of interest, the party can challenge such arbitrator using the appropriate mechanism applicable to the specific arbitration (the relevant institutional rules of an institutional arbitration). Here the third facet of the troika: the need for transparency enters the scene, which is that the relevant institutional mechanism has to be transparent while deciding such

challenges. Transparency in the context of arbitrator challenges can encompass at least two aspects: (i) informing the parties of the reasons for the decision and (ii) the publication of such reasoned decisions (even if in an anonymised and summary form) by the institution which can be accessed by the larger arbitration community. This is not a new issue. It has been raised in the past by various leading arbitration practitioners¹ and has been eloquently and succinctly expressed as follows:

*“There is something troubling about institutions choosing to withhold the guidance upon which they rely in making challenge decisions from the parties that are making or defending those challenges. Such withholding is unnecessary, and increasingly difficult to justify to users (parties, counsel and arbitrators alike) in ever-greater need of such guidance...”*²

The authors of this article felt that it is time to revisit the issue and to see whether any progress has been made in recent years. The reasons for challenges to arbitrators can be categorised broadly into three

¹ See ‘Institutions Need to Publish Arbitrator Challenge Decisions’, Gary Born, 10 May 2010, Available at <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/05/10/institutions-need-to-publish-arbitrator-challenge-decisions/?ga=2.28258748.1238054237.1601633450-1311584943.1601633450>, accessed on 20 September 2020.

² Geoff Nicholas & Constantine Partasides, ‘LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A proposal to publish’, *Arbitration International* 23, no.1 (2007); page 20.

groups: (i) conflicts of interest, (ii) qualifications of the arbitrator; and (iii) performance of the arbitrator in the arbitration. Under most institutional rules the procedure for deciding challenges is quite standard and usually requires that a challenge in writing is made to the relevant body within the institution following notice to the counterparty and the tribunal and after sufficient opportunity has been given to either to agree with or reject the challenge.

In this article we will analyse the current institutional practises of dealing with arbitrator challenges. The authors reflect on whether arbitral institutions have recognised the need for providing reasoned decision on arbitrator challenges and whether there is a uniform approach among the leading arbitration institutions on such matters and whether further work is required. The authors attempt to encourage the adoption of greater transparency of well-reasoned decisions by all those institutions, which currently take a different approach and/or are silent on this issue in their rules. While doing so the authors also illustrate why such a need is guided by very real and practical concerns and not only by a theoretical objective of the goodness of transparency. In the authors view the publication of summaries of decisions on arbitrator challenges (which is becoming a trend among the leading arbitral institutions) is instrumental in evolving a predictable and consistent jurisprudence on an important issue.

Need for reasoned decisions on arbitrator challenges

Data shows that historically there has been an upwards trend in the number of challenges to arbitrator appointments during the course of the last couple of decades. In addition, the guidelines from the International Bar Association on conflicts of interest in international arbitration highlight the increased complexity of corporate relationships and large networks of international law firms, which are raising more difficult conflicts of interest issues where fail-

ure to disclose even a minor relationship can lead to objections, challenges and ultimately the removal of the arbitrator.³ Therefore, transparency in decision making and information symmetry is required to balance the right of a party to a fair hearing (by asking for genuine disclosures) against the right of a party to choose its own arbitrator (by avoiding frivolous challenges).

One of the reasons for businesses to shift to arbitration as the preferred mode of dispute resolution is that it relieved them of the procedural rigours of a court based justice system. In part, it meant that the parties had larger autonomy in terms of choosing their own procedure. Since the parties chose to opt out of the more rigorous court system, meant that all stakeholders in an arbitration i.e. the parties, the arbitrators and the arbitral institution have to bear the responsibility so that transparency and impartiality are ensured to keep the appeal of arbitration intact.

Parties designated institutions in their dispute resolution clauses to free themselves from the duty of running the administrative mechanics (which may include administrative decisions) of an arbitration. In other words, it is arguable that after having accepted to conduct an arbitration under its aegis, an arbitration institution is obligated to conduct the process ensuring compliance with the international best practises with due regard to the *lex arbitri*.

Historically, there were three main reasons⁴ advanced by arbitral institutions for not providing grounds for decisions on arbitrator challenges. First, in certain institutions like the ICC, decisions on such challenges were taken at the plenary sessions of the entire court which meant that challenges arising after the conclusion of one session would theoretically need to wait until the next session, which could result in substantial delays and was impractical. Second, an institution at times may not be in a position to identify a particular reason for its decision. Third, that providing a reason could open doors for court review of such decisions. However, if arbitral institutions accept the burden of deciding arbitrator challenges as part of their offering to the parties, an

³ Para 1, IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, Adopted on 23 October 2014.

⁴ Geoff Nicholas & Constantine Partasides, 'LCIA Court Decisions on Challenges to Arbitrators: A proposal to publish', *Arbitration International* 23, no.1 (2007); at page 9.

element of accountability must be accepted as part of the deal and the provision of reasons for decisions in the authors view outweighs the usual reasons advanced by institutions for not doing so. This is particularly important where both the numbers of challenges and the complexity of relationships that lead to possible conflicts are on the up.

Who decides if the reasons have to be provided

Procedural Rules

Whenever a party challenges an arbitrator, usually the challenge is placed before a body within the arbitral institution constituted⁵ under the institution's procedural rules. This body after giving due regard to the comments from the challenged arbitrator, the other party and the other co-arbitrators decides the challenge.

Lex Arbitri

The relevant institutional body while deciding an arbitrator challenge also has to be mindful of the *lex arbitri* or the applicable arbitration law (especially in cases where the institutional rules are silent on arbitrator challenge procedure). Modern arbitration laws⁶ usually make provisions for the removal of arbitrators on grounds of non-independence or partiality.

Genesis of arbitrator challenge process

The genesis of the discussion on arbitrator challenges in relation to international commercial arbitration can be traced back to the UNCITRAL Model Law, which served as a basis for most modern national arbitration laws. The Model Law mandates that if an arbitrator challenge is mounted, it has to be decided by the arbitral tribunal in the first instance.⁷ In the second instance, challenges that have not been successful at the first instance may subsequently be brought to a court or competent authority, whose decision on the matter is final.⁸

The UNCITRAL Arbitration Rules which were also drafted by the same United Nation body provide that an arbitrator challenge may be decided by the appointing authority.⁹ The rules are silent on whether reasons have to be provided for the decision.

It is pertinent to mention here that the major institutions have come a long way in reforming their rules on dealing with arbitrator challenges. The earlier practice by some institutions¹⁰ was based on the then in force version of the UNCITRAL Model Law¹¹ which provided that the decision on the challenge was to be made by the whole arbitral tribunal. Clearly, this was not in line with the principles of *nemo iudex in causa sua* i.e. no one can be a judge in his/her own case and was criticised by the then progressive voices in international arbitration.

⁵ Article 10.3, LCIA Rules 2014; Articles 11 and 14, ICC Rules 2017; Rule R-18, AAA Rules; Article 13.4, UNCITRAL Rules, 2013; Rule 16.1, SIAC Rules 2016; Article 19(5), SCC Rules 2017; paragraph 8, HKIAC Challenge practice note 2014; See Rule 9(4) ICSID Rules, it is an exception wherein the challenge is first placed before the arbitral tribunal without the challenged arbitrator.

⁶ Section 24(1) of the English Arbitration Act 1996 (AA 1996) (“impartial”); Article 1036(II)(1) of the German Code of Civil Procedure or Zivilprozessordnung (ZPO) (“impartial” and “independent”); Article 180(1)(c) of the Swiss Private International Law Act (PILA) (“independent”); Section 8 of the Swedish Arbitration Act 1999 (“impartial”); The US Federal Arbitration Act (FAA), 9 U.S.C. §§ 1-16; 201-208; 301-307, focuses on the effect of partiality on an award; section 10(a)(2) provides that an award may be vacated if there was “evident partiality” in an arbitrator; Section 25 of the Hong Kong Arbitration Ordinance (Cap 609) (“impartial” and “independent”); Article 12(2) of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (which has been adopted in a number of jurisdictions, including Singapore (by virtue of the International Arbitration Act (Ch. 143A)) (“independent” and “impartial”).

⁷ Article 13.2, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006.

⁸ Article 13.3, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 2006.

⁹ Article 13.4, UNCITRAL Arbitration Rules; with new article 1, paragraph 4, as adopted in 2013.

¹⁰ Section 18.2, DIS Rules 1998; Article 7.4, ICC Rules 1998.

¹¹ Article 13, UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, 1994.

A snapshot of the current Institutional practise

The current approach of major arbitral institutions can be summarised as follows:

| Insti-tution | Relevant Clause | Decision making Body | Rule on Reasoned decision | Rule on Publication |
|--------------|--|--|--|---|
| ICC | Article 14, ICC Rules 2017 Section II, D, para 14 of ICC Practice Note. ¹² | ICC Court. | Reasons to be provided on request of party. | ICC bulletins on this issue provide an analysis of the grounds on which arbitrators have been challenged in recent ICC cases. |
| LCIA | Rule 10.6, LCIA Rules, 2020. | LCIA Court. | Reasons to be provided with every decision. | Challenged Decision Database maintained for a period of 1986-2017. |
| ICSID | Rule 9 of the ICSID Arbitration Rules read with article 57 of the ICSID Convention . | 1 st instance- tribunal; 2 nd instance- Chairman of the Administrative Council (when majority of the tribunal members are challenged). | Not provided in the rules. | Not provided in the rules. |
| SCC | Article 19, SCC Rules 2017 Section 2.6 of the SCC practice Note. ¹³ | SCC Board. | Yes, since 1 January 2018, the SCC provides reasons for its decisions on challenges. | Database of the decisions on arbitral awards available for a period of 2016-2018. |
| SIAC | Article 16.4, SIAC Rules, 2016 | SIAC Court. | The SIAC Court's decision on any challenge to an arbitrator shall be reasoned, unless otherwise agreed by the parties. | Not provided in the rules. |
| HKI-AC | Article 11, HKI-AC Rules 2018 HKIAC Practice Note on Challenges to Arbitrators of 2019 ¹⁴ | Initial determination by Proceedings Committee and then decision by either the Secretariat or a Panel. | As per the practice note, it is HKIAC's usual practice to provide reasons to the parties for its determination of the challenge although it is not bound to do so. | Not provided in the rules or the practice note. |

¹² See <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf> Accessed on 20 September 2020.

¹³ https://sccinstitute.com/media/795278/scc-practice-note_scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2016-2018.pdf

¹⁴ https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/20190311_Practice_Note_on_Challenges_of_Arbitrators.pdf Accessed in 20 September 2020.

| | | | | |
|------|---|--|--|----------------------------|
| ICDR | Article 14, ICDR Rules, 2014 | 'Administrator' (ICDR) in its sole discretion shall make the decision on the challenge. <i>Inter alia</i> , the Administrator may provide services through any of the ICDR's case management offices | Not provided in the rules. | Not provided in the rules. |
| DIS | Article 15.4, DIS Rules 2018 (read with Annex 1 - Internal Rules, Articles 3.6 and 8.3) | The Arbitration Council decides the challenge through a Case Committee to which the case is assigned. | The relevant rule does not require the Case Committee to give any reasons for its decisions. ¹⁵ | Not provided in the rules. |

Practical issues with not providing reasoned decisions

A party's decision whether to mount a challenge to an arbitrator is a tactical one and it has a significant impact on the arbitration as a whole. This is because there are risks of vexatious challenges, delays in process due to dilatory tactics, increased costs due to delay, risk of the challenging party losing credibility after a failed challenge. These concerns can get amplified if there is no transparency in how the decision regarding the arbitrator challenge has been made.

Consider the following hypothetical scenario as a practical example of what risks the institutional practise of not providing reasoned decisions on arbitrator

challenges entails. An arbitrator nominated by Party A ("Arbitrator A") has been challenged by Party B on the grounds of conflict of interest, specifically that one of the offices of the law firm where Arbitrator A is a partner in country X (where the arbitration is seated) had advised Party A or its affiliate at some point of time. Arbitrator A clarifies that firstly she had no involvement with the earlier advice and secondly that the advice did not bring in 'substantial' revenue to her law firm. In terms of the IBA guidelines this situation may have fallen under the Orange List.¹⁶

When the challenge is presented to the arbitral institution, it is accepted without providing Party A with any reasons. The issue with such an approach is that Party A would never be sure of the exact reason for the rejection of its nominee. This will further have a bearing on A's decision on whether it could go on and nominate another partner of this firm from

¹⁵ In relation to the current practise at DIS, experts argue that the logic behind a non-reasoned decision is that it serves to expedite the decision-making process because the case committee does not have to draft and coordinate among its council members the reasoning of the decision. (See Giammarco, Boog et al, 'The DIS Arbitration Rules- An article by article commentary', Wolters Kluwer', 1st edn, 2020; page 256.

¹⁶ Under the IBA Guidelines 2014, the Orange List is a non-exhaustive list of specific situations that, depending on the facts of a given case, may, in the eyes of the parties, give rise to doubts as to the arbitrator's impartiality or independence. The Orange List thus reflects situations that would fall under General Standard 3(a), with the consequence that the arbitrator has a duty to disclose such situations. The aforesaid hypothetical may have fallen under § 3.1.4.

an office in country Y, which operates as a separate legal and financial entity. In practice, Party A may just avoid nominating a candidate from the same law firm network again but the choice becomes much more difficult in those cases where Party B has challenged the nomination of Arbitrator A on multiple grounds. Moreover, a recalcitrant party may also use it as a means of delaying the appointment procedure.

Conclusions

Hopefully, the above discussion demonstrates that there is a compelling case both for notifying parties to an arbitration of reasons for decisions concerning arbitrator challenges and for publishing the anonymised summaries containing reasons for decisions on arbitrator challenges by more institutions. The above mentioned¹⁷ historical reasons which previously guided the institutions for many years do not hold water today. Leading institutions such as the LCIA, ICC, and SCC have shown that quick decisions on arbitrator challenges are indeed possible. If institutions are concerned of possible challenges to national courts for the review of institutional decisions, the answer is not to avoid publishing the decisions and the reasons for them, but to avoid taking decisions with bad or no obvious reasons. Over time this will allow institutions to build up expertise in reaching decisions, which they will not be concerned to have scrutinised. A few major institutions have already taken the right steps and started the practice of publication of anonymised reasoned decisions on arbitrator challenges. The LCIA's arbitrator challenge digests provide a welcome research tool for users, counsel, and arbitrators. Each digest contains a brief summary of the background to the challenge, as well as an anonymised excerpt of the relevant decision. They also provide guidance in relation to acceptable standards of conduct, and provide a greater understanding of the reasoning applied by the LCIA

Court. In the authors view the LCIA's yearly statistics show that the LCIA's chosen approach to provide reasons for arbitrator challenge decisions has clearly been instrumental in keeping the challenge count low at around 2% (of the new cases) in the last five years.¹⁸ One may very well go further and argue that the availability of literature on such reasoned decisions gives parties greater insight to be more sophisticated in the process of nominating arbitrators.

Similarly, the ICC bulletins contain an analysis of the grounds on which arbitrators have been challenged in recent ICC cases, the response of the ICC Court to those challenges, and recent changes in ICC Court practice to challenge. The SCC has also recently started the practice of publishing the summaries of its decisions on arbitrator challenges.

In the authors view establishing an accepted standard approach among arbitral institutions for being more transparent with decisions regarding arbitrator challenges will not only elevate the parties' confidence in the decision making process of the individual institutions, but will also make arbitration generally an even more attractive dispute resolution process.

For quick reference, as far as the authors are aware, the following institutions provide database of arbitrator challenge decisions. We hope this trend continues and more arbitral institutions start doing the same.

| Institution | Reference Link |
|-------------|---|
| LCIA | https://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx |
| ICC | https://2go.iccwbo.org/arbitrator-challenges-under-the-icc-rules-and-practice.html |
| SCC | https://sccinstitute.se/media/176447/scc-decisions-on-challenges-to-arbitrators-2013-2015.pdf |

¹⁷ With See Page 26, Last para.

¹⁸ See - <http://www.lcia.org/media/download.aspx?MediaId=816> accessed on 20 September 2020.

SELF-APPOINTMENT UNDER INDIA-RUSSIA INVESTMENT TREATIES: MAPPING CONFLICT OF INTERESTS



Rakesh Kumar Sahu
Final Year Ba.Llb Student
At National University
Of Study And Research
In Law, Ranchi, India

Arbitration has been a prime mechanism preferred by the investors for resolution of disputes arising out of a Bilateral Investment treaty (BITs) between the states. The BITs provide for procedures to be adopted while constituting an arbitral tribunal in case a dispute arises between the parties. One such procedure refers to the appointment of arbitrator by the disputing parties. The procedures adopted in these treaties generally designate an ‘appointing authority’ for appointment of arbitrators *not yet appointed*. Although the appointing authority does not directly deal with the issues of case or takes part in rendering the final award, it does have an influence over the constitution of the tribunal.

Taking into account the complexity of investor disputes, the treaties provide the appointing authority with a discretionary power while making appointments to the tribunal. Interestingly there have been instances where such power has been used to make appointments of an extraordinary nature. Back in 2015 in the *Enrica Lexie*, the President of the ITLOS (*International Tribunal for the Law of the Sea, seated in Hamburg – editor’s note*), was designated as the appointing authority to the tribunal.¹ The president among other members,

appointed Judge Vladimir Golitsyn as the presiding arbitrator. The appointment was considered extraordinary in nature because the president of ITLOS was none other than Judge Golitsyn himself. Later again in *Ukraine v. Russia*², using the same *modus operandi* Judge Boualem Bouguetaia being the appointing authority appointed himself as an arbitrator to the arbitral tribunal.

The appointments of such nature have been referred to as a *Self-appointment by the appointing authority*. Although such appointments seem to be a legal exercise of powers afforded to the appointing authority under the concerned treaty, it does seem raise certain concerns regarding the constitution of the tribunal and conduction of the arbitral process. Additionally, it raises severe conflict of interests against the self-appointed arbitrator and the fellow arbitrators appointed by it.

It is imperative that in order to reduce challenges to the final award on the ground of *Improper constitution of the arbitral tribunal*, the problems relating to self-appointments is addressed in its nascent stage. Further the appointment procedure in the India-Russia BIT and the consequent Model BIT³ framework of India is required to be analyzed in order to identify any potential disputes.

Appointing Arbitrators Under Indian-Russia BIT

The exiting BIT between India and Russia was *terminated* in 2017⁴ along with several others. The recent years have seen discussion regarding renegotiation of the India-Russia BIT in line with the new Model

¹ The “Enrica Lexie” Incident (*Italy v. India*) (*Provisional Measures, 2015*) ITLOS Case No 24.

² *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait (Ukraine v. Russia)* (*Rules of Procedure order of 18 May 2017*) PCA Case No.6/2017.

³ *Indian Model Bilateral Investment Treaty, ‘MyGov’* <https://www.mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral%20Investment%20Treaty.pdf> accessed on 5 October 2020

⁴ *Editor’s note. Treaty signed in 1994. For more on the topic see: HFS Arbitration notes. “Mixed messages to investors as India quietly terminates bilateral investment treaties with 58 countries.”* URL: <https://hsfnotes.com/arbitration/2017/03/16/mixed-messages-to-investors-as-india-quietly-terminates-bilateral-investment-treaties-with-58-countries/>.

BIT of India. Pursuant to such negotiation it can be inferred that any prospective provision in the new India Russia BIT would be based on text of new Model BIT.

Thus, it is imperative that in order to analyze the impact of any prospective BIT between India and Russia, the provisions relating to appointment of arbitration in the existing India Model BIT should be assessed.

Appointment of Arbitrators under the Model BIT

The Model BIT consists of dedicated provisions for the appointment of arbitrators which interestingly tilt towards affording a wider *party autonomy*. The *Clause 14.5(iii)* of the Model BIT affords a discretion to the appointing authority for appointments, at the same instance it qualifies it with a mandate ‘consultation with the parties’. The term consultation is distinctive to the term consent. It will be a matter of application as to whether consent is made mandatory during such appointments or consultation refers only to an open deliberative discussion on such appointment. In the former case it would validly restrict the issues raised with regards to the self-appointments by the party against the arbitrator, while in the later it would just act as an entry level qualification for appointing any arbitrator.

Self-appointment And Conflict of Interests

Along with the Indian Model BIT, most of the international arbitration rules provide that challenge against any arbitrator has to be brought before the appointing authority for adjudication.⁵ The situation becomes complicated when the challenged arbitrator is the appointing authority himself. It might result in a situation where the appointing authority is the one deciding the challenge upon himself.⁶ It would con-

sequently lead to a major conflict of interest hampering the functioning of the arbitral tribunal.⁷ Moreover such situation would be a blatant violation of *Nemo iudex in causa sua*⁸ rendering the challenge to such appointment *infructuous* and causing serious irregularities in the arbitral process.

The situation may worsen in cases where the appointing authority appoints other arbitrators along with himself. Such arbitrator might be inclined to vote as per the appointing authority, as he was the one who appointed him. It may also result in a biased decision in case a challenge proceeding is presented before the appointing authority against the arbitrator appointed by that authority itself. Thus, effectively exercising influence over the arbitrators in the tribunal.

Conclusion

Similar to the India-Russia BIT even the Model BIT fails to address conflict of interests in cases of self-appointments. Moreover, the mandate for the ‘consultation with the parties’ cannot be equated with a concurrence or consent. Although it does provide for a mechanism to restrict such appointments in the initial level, it would not have any effect on the conflict of interests arising after the appointment of arbitrator.

Challenge proceedings against a self-appointed arbitrator has to be brought up in such a manner so as to avoid any conflict of interest. It could be achieved by formulation of guidelines to disqualify the arbitrator against whom the proceeding is initiated, even though he is the appointing authority. Alternatively, it could be stated that an ‘impartial forum’ could be constituted to solely deal with the irregularities and challenges to the arbitrators. Such forum could also act as an adjudicatory body in case the challenge is made against the appointing authority itself. All such efforts could provide a way to a better prospective investment treaty between India and Russia.

⁵ Winnie Jo-Mei Ma, ‘Procedures For Challenging Arbitrators: Lessons For And From Taiwan’ (2012) 5(2) *Contemporary Asia Arbitration Journal* 293, 298.

⁶ ICSID Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (ICSID Rules) (April 2006) r 9(4)-(5).

⁷ Peter Tzeng, ‘Appointing Authorities: Self-Appointment, Party Appointment, and Non-Appointment’ 12 (Book Project, Conference on the Legitimacy of Unseen Actors in International Adjudication the Hague 2017) < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3083597 > accessed on 27 September 2020.

⁸ *Chagos Marine Protected Area Arbitration, Mauritius v United Kingdom, (Final Award) (2015) ICGJ 486.*

CONFLICT OF INTEREST OF EXPERTS IN ARBITRATION: IMPACT ON THE ASSESSMENT OF WEIGHT AND ADMISSIBILITY OF THE EXPERT'S OPINION

REVERA Law Firm,
Belarus



Kamal Tserakhau
lead associate,
mediator, LLM



Aliaksandr Struzhko
junior associate

The statistics of leading arbitral institutions for 2019 (e.g. [LCIA](#), [ICC](#), [SCC](#), [SIAC](#), [HKIAC](#), [VIAC](#)) shows the approximate proportion of 36-40% of the total amount of disputes in construction, intellectual property, engineering, energy, maritime, banking and finance that most likely involve a large number of technical and specialized issues where an expertize is of inevitable importance. As a matter of example, most of LCIA's average 300 cases per year involve the use of experts.

However, like “ships passing in the night”¹ experts can take fundamentally incompatible approaches to answer the same question. As a result, any party may have strong temptation to benefit by submitting expert report favorable for the position in the dispute.

Role of expert in arbitration

The primary role of an expert in arbitration is to present evidence and to assist the tribunal in accessing the evidence and finding the solutions on issues that require special knowledge.

Experts may be engaged in the process by being appointed:

- by the party to submit expert's report as written evidence and subsequently be testified in hearings as witness expert (party-appointed expert);
- by the tribunal for the production of expert's report on certain issues (tribunal-appointed expert).

Standards in regard to party-appointed and tribunal-appointed experts

Tribunal-appointed experts

As an inherent power, after consultation with the parties, the tribunal may appoint one or more experts to report in writing on certain issues.² If necessary, the tribunal has the power to admit an expert to participate in the oral hearings in order to testify expert's opinion, including questioning by the parties.

¹ *Experts in international arbitration*, LCIA, 2018. // available at: [<https://www.lcia.org/News/experts-in-international-arbitration.aspx>].

² UNCITRAL Model Law, art. 26.

Since expert may stand even as the fourth decision-maker along with members of the tribunal – he or she should stay impartial and independent of the parties.

Some arbitration rules provide that the standards of impartiality and independence applicable to arbitrators shall apply *by analogy* to any expert appointed by the tribunal.³ Other arbitration rules as well stipulate the requirements of independence and impartiality for tribunal-appointed expert, but separately from the rules applicable to arbitrators.⁴ As a third option, for example, art. 28.3 DIS Rules establishes the combined method of regulation.

Tribunal-appointed experts are presumed to be less prone to bias or dependence on the parties as: it is the tribunal that chooses the expert after consultation with the parties (1); it is the tribunal that determines the subject of the expertise and the questions raised before the expert (2); tribunal communicates with the expert (3). However, there is still some risk as experts and subject of the expertise are offered by the parties. Certainly, parties will offer the questions, which are the most suitable for the position. Besides, procedure does not exclude the possibility for the party to propose an affiliated expert or even to collude with the expert after his or her appointment.

Unfortunately, the appointment of experts by the tribunal is not common practice: it demands additional activity from the tribunal to conduct the expertise; it raises questions on the allocation of the expenses; tribunal's request for the expertise does not have binding effect on the expert by contrast to state court order.

Party-appointed experts

Tribunal-appointed expert is supposed to assist the tribunal in accessing the circumstances of the case. Quite

the opposite, an expert's report from a party-appointed expert is submitted to strengthen the position of appointing party on the merits. Certainly, the appointing party will deliver beneficially selected questions, documents or samples to chosen expert that will be the most preferable to its position. Thus, the party-appointed expert is faced by the tension between the obligation to be independent and impartial and the instructions of the appointing party.

However, unlike the tribunal-appointed experts, most arbitration rules lack or almost lack regulation for the party-appointed experts. In view of this, as a common rule in arbitration rules, the report from party-appointed expert is treated as a piece of written evidence or testimony of a witness.

Considering the admissibility of such reports, arbitrators may be guided by best practices, e.g. drafted by IBA or CI Arb, that stipulate the following requirements:

- for the expert to be independent and for expert's opinion to be impartial, objective, unbiased and uninfluenced.⁵
- for the expert to submit a statement of independence and an affirmation of his or her genuine belief in the opinions expressed in the expert report.⁶

Hence, as supported in doctrine, not only tribunal-appointed experts, but also party-appointed experts are required to meet *certain* standards of independence and impartiality.⁷ However, it is not correct to conclude that party-appointed experts are subject to exactly *the same* standards of independence and impartiality as tribunal-appointed experts.⁸ The threshold for independence and impartiality of party-appointed experts shall be considerably lower, at least, as far as party-appointed expert automatically gains certain extend of dependence on the appointing party since this party *de facto* chooses and pays to the expert for its expertise that will favor the party's position.

³ VIAC Rules, art. 23; HKIAC Rules, art. 25.5; IAC at BelCCI Rules, art. 9.1.

⁴ LCIA Rules, art. 21.2; art. 29 UNCITRAL Arbitration Rules, art. 29.

⁵ CI Arb Protocol for the Use of Party-Appointed Expert Witnesses in International Arbitration, art. 4 and Foreword.

⁶ IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, art. 5.2.

⁷ Lew Julian, Mistelis Loukas, Kröll Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer LawInternational, 2003, p. 575.

⁸ Ehle Bernd, *Practical Aspects of Using Expert Evidence in International Arbitration*, Yearbook on International Arbitration, 2012. // available at: [<https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/Ehle.pdf>].

Moreover, unless there are justifiably obvious facts of partiality or dependence, the tribunal cannot merely exclude such party-appointed expert and its opinion because of the fundamental rights of parties to present the case and to be heard. Breach of these rights may lead to the unenforceability of arbitral award under the art. V(b) of the New York Convention.

Taking this into account, the tribunal shall investigate all circumstances relevant to the appointment of experts by the party. Once any doubts to expert's independence or impartiality arise, the tribunal should rather assess the weight and value of expert's evidence according to the rules applicable to other forms of evidence.⁹ However, the tribunal shall decide on the evidentiary effect of the expert report that might be quite hard or even almost impossible due to the lack

of special technical knowledge. Moreover, it is a common situation in arbitration when both of the parties provide several controversial expert reports.

Therefore, as a conclusion, the report provided by party-appointed expert usually is more questionable, than the report provided by tribunal-appointed expert. Nevertheless, any doubts in regard to expert's independence or impartiality should influence to its evidentiary effect and should not breach the right of the party to be heard. In order to verify the results of the expertise, arbitral tribunal and the parties may appoint (request to appoint) an extra expert (1) or; order the expert to attend a hearing to testify used methodology, facts and assumptions (2) or; arrange the confrontation between the experts of the parties (3).

⁹ *Sebastiano Nesi, Expert Witness: Role and Independence, New developments in International Commercial Arbitration, 2016, p. 76; Nathalie Voser, Katherine Bell, Expert Evidence in Construction Disputes, the Guide to Construction Arbitration Second Edition, 2017. // available at: [<https://globalarbitrationreview.com/chapter/1175389/expert-evidence-in-construction-disputes>].*

ETHICS IN INTERNATIONAL ARBITRATION: AN OPINION OF ARBITRAL INSTITUTIONS



Stepan Sultanov
Senior Associate,
KIAP

The 2015 Queen Mary and White & Case International Arbitration Survey¹ revealed that a lack of effective sanctions during the arbitral process was the second worst characteristic of international arbitration. Within the same survey, 52% of respondents picked sanctions for dilatory conduct by parties or their counsel as effective innovation that could be included in arbitral rules and procedures to help control time and cost.

The majority of the 2015 survey respondents agreed that when setting additional regulations, the most effective way to regulate the conduct of the party representative would be through adopting institutional rules such as the annex to the LCIA Rules.² The second and third places in this list were taken by soft law regulations and the ASA idea with transnational body accordingly.

Interestingly that according to the 2015 survey the biggest percentage of the respondents who voted for greater regulation of party representative conduct was attributed to the in-house counsel subgroup.

The 2018 Queen Mary and White & Case International Arbitration Survey³ reaffirmed by a vote of 73% that the conduct of the parties and/or their counsel shall be regulated by the arbitration rules. The interviewees expressed that arbitral tribunals should be equipped with and make frequent use of appropriate procedural tools to prevent unreasonable delays.

The results of both surveys showed that the conduct of the arbitrators needs more regulation as well.

With the knowledge of the arbitration community's opinion, the author approached the arbitral institutions. The author presents here the answers of three arbitral institutions, among which are HKIAC as the first foreign arbitral institution and VIAC as the first European arbitral institution that received PAI⁴ status in Russia, and SCC as one of most popular arbitral institutions for Russian businesses.

The first question to the arbitral institutions was about the frequency of the application of soft laws on the conduct of counsel and arbitrators such as the Hague Principles or others issued by the IBA or ABA.

HKIAC answered that its caseload contains references to the IBA Guidelines on Party Representation and to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest. For instance, in a majority of challenges submitted to HKIAC since 2011, a party or an

¹ <https://www.whitecase.com/publications/insight/2015-international-arbitration-survey-improvements-and-innovations>.

² Nonetheless, interviewees expressed that the best way to address issues concerning party representative conduct is through tribunal's effective use of the sanctions that are currently available.

³ <https://www.whitecase.com/publications/insight/2018-international-arbitration-survey-evolution-international-arbitration>.

⁴ Permanent Arbitration Institution.

arbitrator made a reference to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest. HKIAC has also mentioned that, in Hong Kong, barristers shall abide by the Code of Conduct issued by the Hong Kong Bar Association and solicitors shall abide by the Hong Kong Solicitors' Guide to Professional Conduct issued by the Law Society of Hong Kong.

It is worth noting that HKIAC has adopted its own Code of Ethical Conduct for arbitrators. HKIAC notes this Code is a historical document dating from the early 1990s and based closely on the Chartered Institute of Arbitrators' "Guidelines of Good Practice and Code of Ethical Conduct for Arbitrators." Each arbitrator included in the HKIAC's Panel or List of Arbitrators shall adhere to the HKIAC's Code of Ethical Conduct. Nowadays, the HKIAC's Code is rarely referred to in practice largely due to the issuance of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest.

VIAC in its turn answered that parties and arbitrators rarely explicitly agree on relevant guidelines or rules in VIAC cases but often take the IBA Guidelines on Conflicts of Interest as guidelines.

SCC clarified that the listed soft laws might play a role as a source of inspiration, but in reality, they are seldom the subject of any discussion, let alone agreement of the parties. SCC has no cases when the parties would note any guidelines on ethics in the arbitration clause. Nonetheless, the parties and arbitrators of the SCC international cases use the IBA Guidelines on Conflicts of Interest frequently.

SCC recalls only one case where one of the parties raised issues related to alleged conflict in party representation and the ethical problems it might raise, without though making a case based on the IBA Guidelines.

The second query to the arbitral institutions was about the type of sanctions which arbitrators apply most frequently for the ethics violations by the party representative.

VIAC and HKIAC answered that the most common sanction is the allocation of legal costs to the detriment of the party behaving unethically.

SCC clarified that in an SCC proceeding, any measure adopted by the tribunal against the party should be based on the SCC rules. As for rules concerning the party representative conduct SCC Rules contain two articles: Articles 2 and 35.

Article 2 is typically referred to when the tribunal/Secretariat schedules the proceedings or considers extensions. Article 35 applies where a party fails to comply with the rules or tribunal's orders. According to the SCC position, such failures do not, *per se*, mean a violation of the rules of ethics. SCC concludes that it does not recollect a case where the tribunal labelled a party's behaviour as unethical and applied sanctions for that based on the above articles (or any other provisions of the SCC Rules).

The most intriguing question was about the availability of cases when as a result of an ethics violation by counsel, the arbitrator(s) asked the party to change the party's representative.

VIAC has at least one such case in its caseload. HKIAC and SCC do not have any such cases.

To finish up with sanctions, our survey clarified whether arbitral institutions have cases when as a result of an ethics violation by counsel the arbitrator(s) applied sanctions other than costs' allocation.

Not one of the interviewees has such cases. Of course, such sanction as appropriate inferences of the arbitrators cannot be tracked and reported in the statistics.

To compare the position of arbitration users and arbitral institutions, our survey asked for the arbitral institution's opinion on the necessity of the ethical standards for counsel (1) as a mandatory part of the rules of the arbitration center (as the Annex to the LCIA Rules), (2) as mandatory rules stipulated in some global unified code (ASA's idea in 2014-2015), (3) as soft law (IBA, ABA, etc.). The interviewees were also invited to provide their comments on the necessity of ethical standards for the arbitrators.

VIAC expressed the opinion that if the powers of the arbitral tribunal sufficed to deal with the parties' misconduct there is no need for further sanctions. Therefore, VIAC is sure that soft law is the workable option. To make the rules binding on the parties, the arbitral tribunal may incorporate a code of conduct (or some rules) into the first procedural order.

Nonetheless, VIAC stated that the only comprehensive solution to tackle a party representative's conduct would be the adoption of an enforceable ethical code of conduct binding on arbitration practitioners. VIAC emphasized that the most difficult question in finding a solution is who would monitor

the violations and who would sanction the violators. For the time being, bar associations are vested with this role. Another approach might be to incorporate a code of conduct into the by-laws of the arbitral associations such as ASA, DIS and ArbAut and to ostracize members in case of unethical behavior.

SCC answered that the regulation of the arbitrators' and the party representatives' conduct falls mainly to the bars and professional organizations, for instance the IBA, rather than to arbitral tribunals or institutions.

HKIAC advised that the HKIAC Rules Revision Committee discussed the necessity of including some ethical standards for counsel in the 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules and chose not to do so.

As to the ethical standards for arbitrators, 2018 HKIAC Administered Arbitration Rules contain arbitrator's obligations with respect to his or her independence and impartiality and duty of disclosure.

HKIAC has also introduced a complaints procedure regarding the conduct of an arbitrator on HKIAC's Panel or List of Arbitrators. The HKIAC Appointments Committee is the body authorized

to decide whether a complaint lodged with respect to an arbitrator is justified and whether or not the arbitrator shall be removed from HKIAC's Panel or List of Arbitrators or be subject to other measures.

The survey was sent also to ICC. ICC answered this question and all of the previous ones that they do not have any statistics or official opinion on the survey topic. ICC is not alone in this position. The survey solidified to the author that the arbitral institutions do not conduct any relevant statistics on ethics, the application of relevant guidelines or sanctions caused by ethics violations.

If the arbitration community would like to move forward in one direction from the ethical no-man's land, the arbitral institutions' assistance on the matter would be appreciated. We encourage the arbitral institutions to share their opinions, to conduct statistics and to promote already existing soft laws on ethics.

The author appreciates the contribution of HKIAC, VIAC and SCC to the survey. The Working Group will proceed with a survey of other arbitral institutions.

DRAFT CODE OF CONDUCT FOR ADJUDICATORS IN INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: HOW ARE CONFLICTS OF INTERESTS AND DISCLOSURE OBLIGATIONS ADDRESSED?



Danil Shamelov

For some time, the system of Investor-State Dispute Settlement (“ISDS”) has been criticised for the lack of uniformity over such questions as how to regulate arbitrators’ conduct and manage ever-intensifying conflicts of interests. As contrasted with commercial arbitration,¹ there has been no (draft) code of ethics developed specifically for investment arbitration until now.

On 1 May 2020, a joint effort of the Secretariats of ICSID and UNCITRAL released a much-anticipated Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement² (“Draft Code”, “Code”) as a potential ISDS reform solution.

This note is not aimed at dwelling upon every provision of the Code; instead, the discussion has been deliberately narrowed down to some of the most debatable aspects of arbitrators’ conduct, namely disclosure obligations and, more generally, conflicts of interests.

To assess the Code’s novelty in that regard, three sets of rules have been chosen, namely the 2010 UNCITRAL Arbitration Rules (“UNCITRAL Rules”), the 1965 Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (“ICSID Convention”) and the 2014 IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (“IBA Guidelines”).

Overview

The Draft Code has been designed to embody defined rules rather than mere guidelines. Parallel to setting general principles of conduct, it contains detailed provisions allowing for some flexibility in atypical situations. For its users to be equipped with some entry level guidance, there is a commentary accompanying each of the twelve articles.

The Code’s initial section (Articles 1 and 2) defines relevant terms and outlines its applicability. An overview of adjudicators’ obligations is given in Article 3, to be expanded on in Articles 4 to 9. Articles 10 and 11 deal with pre-appointment interviews, fees and expenses. Article 12 touches upon possible ways of how adjudicators’ obligations can be enforced.

As for the Code’s language, an attentive reader would immediately spot that it employs the term “*ad-judicator*” instead of “*arbitrator*”. This word choice indicates a broader scope of the Code’s application – it encompasses not only arbitrators, but also members of international *ad hoc* panels, annulment or appeal committees, as well as judges of standing bodies and mechanisms (permanent courts).

Being only a draft now, the Code is planned to be compulsory for compliance by all adjudicators and candidates involved in ISDS. The enforcement can be ensured in the following order: if an arbitrator violates one of its provisions, a party becomes entitled to raise a claim thereto in a disqualification procedure pursuant to applicable procedural rules (*e.g.*, the UNCITRAL Rules).

Once adopted in its final edition, the Code will necessitate implementation, and the commentary to Article 12 enumerates a number of options in that

¹ See, *e.g.*, *ABA Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*; *SIAC Code of Ethics for an Arbitrator*; *Code of Ethical Conduct of the HKIAC*; *Code of Ethics of Arbitrators of the Milan Chamber of Arbitration*; *KCAB Code of Ethics for Arbitrators*.

² Code, available at https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf.

regard.³ Firstly, it could be incorporated into investment treaties and other instruments of consent. Secondly, disputing parties could themselves agree to the Code's application at the inception of each case. Thirdly, it could be annexed to the statement of disclosure to be filed upon acceptance of nomination. Lastly, the Code could be integrated into applicable procedural rules.

Independence and Impartiality

As an opening remark, one should not confuse two closely related, but still distinct notions – independence and impartiality. Independence concerns the absence of identifiable relationships between an arbitrator and a party or its affiliates that might influence such arbitrator's decision-making,⁴ while impartiality goes for the arbitrator's open-mindedness and freedom from bias or predisposition towards one of the parties.⁵

As the key elements of any system of justice, duties of independence and impartiality are deemed to amount to general principles of law incumbent on any judge and arbitrator.⁶ Interestingly, there is no uniformity among various rules as for their textual incorporation. For instance, the UNCITRAL Rules are completely silent on them. The English version of the ICSID Convention appeals to “*persons [...] who may be relied upon to exercise independent judgment*”, whereas the Spanish version requires “*imparcialidad de juicio*” (impartiality of judgment). In light of their equal authenticity, it is generally accepted that within the ICSID framework arbitrators have to be both impartial and independent.⁷

The Draft Code, in a manner similar to the IBA Guidelines,⁸ chooses to specifically mention that adjudicators “*shall at all times be independent and impartial*”.⁹ Article 4 of the Code goes further into the matter and identifies a detailed list of behavioural patterns adjudicators must abstain from adopting: they, *inter alia*, shall not be influenced by self-interest, outside pressure, political considerations, fear of criticism or allow any past or current relationships, be it financial, business, professional, family or social, to affect their conduct or judgement. Nor could they use their position to advance any personal and private interests or accept a benefit that would undermine the proper exercise of duties.

Disclosure Obligations

“*Candidates and adjudicators shall avoid any direct or indirect conflict of interest*”, says the Code. How could this tenet be guaranteed? The correct answer would be “*by virtue of an early disclosure*”. The rationale behind it remains clear-cut – parties should have access to all relevant circumstances at the outset of the proceedings in order to be capable of deciding whether to lodge a disqualification proposal or to waive this right. Pre-emptive disclosure could arguably help them avoid problematic situations as the dispute unfolds.

While Article 5 of the Code sticks to the conventional principle, the manner it deals with the duty of disclosure is somewhat ambitious. Not surprisingly, the disclosure obligation is a continuing one, whatever stage of the proceedings it is.¹⁰ The Code's “unorthodoxy” is, then, built on its attention to details: a nominee is required to make an extensive disclosure, meaning that he or she should bring into

³ Code, Commentary to Article 12, para. 97.

⁴ Croft, C., Kee, C., Waincymer, J., *A Guide to the UNCITRAL Arbitration Rules*, CUP (2013), para. 11.4.

⁵ See, e.g., *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/17, *Decision on the Proposal for the Disqualification of a Member of the Arbitral Tribunal* (22 October 2007), pp. 13–14.

⁶ Croft, C., Kee, C., Waincymer, J., para. 11.3; Greenberg, S., Kee, C., Weeramantry, J.R., *International Commercial Arbitration: An Asia Pacific Perspective*, CUP (2011), para. 6.87

⁷ See, e.g., *Saint-Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/12/13, *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Mr. Bottini from the Tribunal under Article 57 of the ICSID Convention* (27 February 2013), para 55; *Sapco, S.A. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/19/23, *Decision on the Proposal for Disqualification of Judge James Spigelman* (25 June 2020), para. 53.

⁸ IBA Guidelines, (1).

⁹ Code, Article 4(1).

¹⁰ Code, Article 5(4).

the open anything that could reasonably be considered to affect their independence and impartiality. In cases of doubt, candidates and appointees should err in favour of disclosure, keeping in mind that it is not needed to unveil trivial matters.

The word “*extensive*” is not an empty one. A disclosure statement shall include not only any professional, business and other significant relationships, within the past 5 years, with the parties, their counsel, adjudicators or experts in the proceedings, any direct or indirect financial interest in the proceedings or its outcome, but also all ISDS cases, in which the candidate has been or is currently involved in whatever capacity (*i.a.*, as a counsel or arbitrator). The icing on the cake is the obligation to submit a list of all publications, as well as all relevant public speeches by an arbitrator.

Subparagraphs (c) and (d) of Article 5, *i.e.* the duty to unveil all ISDS cases and publications plus public speeches, are truly innovative, addressing two most debatable points of criticism: repeat appointments and issue conflicts.¹¹ Thus, the context of repeat appointments is present when an arbitrator has been nominated by the same party or its counsel several times to serve on unrelated but similar cases.¹² The primary concern appears to be the existence of favouritism towards the nominating party when an arbitrator, for example, feels an obligation to decide in a certain way. Issue conflict can be defined as a situation where an arbitrator appears to have prejudged certain issues of fact or law at the heart of some dispute at bar.¹³

The equilibrium among these concerns could be sought through requiring extensive disclosure. Tellingly, the enclosed commentary says that adjudicators must pursue a pro-active position coupled with a reasonable effort to become aware of interests capable of creating potential conflicts.¹⁴ Interestingly, such stance on an arbitrator’s duty of inquiry is not main-

stream. For example, the Court of Appeal of England and Wales in *Halliburton v Chubb* noted that:

“*The LCIA Rules make it clear that disclosure is only required of facts or circumstances known to the arbitrator (as do the IBA Guidelines in the Explanation to General Standard (3) at (d)). We agree with that approach. You can only disclose what you know and there is no duty of inquiry*”.¹⁵

The UNCITRAL Rules, in their turn, do not get much into the topic by merely stating that an arbitrator shall disclose any circumstances likely to give rise to justifiable doubts as to his or her independence and impartiality.¹⁶ Put otherwise, only those facts are subject to disclosure which, in the eyes of a reasonable and informed third person, would call into doubt a nominee’s independence or impartiality.¹⁷

As opposed to the objective approach of the UNCITRAL Rules, the IBA Guidelines appeal to the subjective standard:¹⁸ appointees are required to disclose such facts that may, in the eyes of the parties, arouse doubts as to their independence and or impartiality.¹⁹

Conclusion

This note attempted to carry out an initial assessment of the normative value of the Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement. Having provided an overview of the Code’s composition, language, enforcement and implementation options, the author has made a special emphasis on such issues as disclosure obligations and conflicts of interest.

Overall, the Code’s adoption, further development and improvement would assist in regulating complicated scenarios of conflicts of interests, as well as provide long-awaited tools of effective settlement of potential ethics concerns.

¹¹ *Code, Commentary to Article 5(1), para. 51.*

¹² *Kapeliuk, D., The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, Cornell Law Review, Vol. 96, Issue 47 (2010), p. 81.*

¹³ *Report of the ASIL-ICCA Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration, The ICCA Reports No. 3 (17 March 2016), ¶2.*

¹⁴ *Code, Commentary to Article 5(1), para. 45.*

¹⁵ *Halliburton Company v Chubb Bermuda Insurance Ltd [2018] EWCA Civ 817 (19 April 2018), ¶69.*

¹⁶ *UNCITRAL Rules, Article 11.*

¹⁷ *See, e.g., Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Decision on Respondent’s Proposal to Disqualify Arbitrator Dr. Yoram Turbicz (19 March 2010), para. 65.*

¹⁸ *Merck Sharpe & Dohme (I.A.) Corporation v. The Republic of Ecuador, PCA Case No. 2012-10, Decision on Challenge to Arbitrator Judge Stephen M. Schwebel (8 August 2012), para. 76; Halliburton v Chubb, para. 67.*

¹⁹ *IBA Guidelines, (3)(a).*

TRENDING IN INTERNATIONAL DISPUTE RESOLUTION: TECHNOLOGICAL ADVANCEMENTS RESHAPING DISPUTE RESOLUTION



Michael Peer
Partner, Forensics & Dispute Advisory, PwC South East Asia Consulting



Sirshar Qureshi
CEE, Russia & CIS Dispute Advisory Centre of Excellence Leader PwC

In recent years, Legal Technology (LegalTech) has grown in sophistication and brought many benefits to stakeholders in the Dispute Resolution space. Services such as electronic filing systems and case management software have made processes more efficient and less menial.

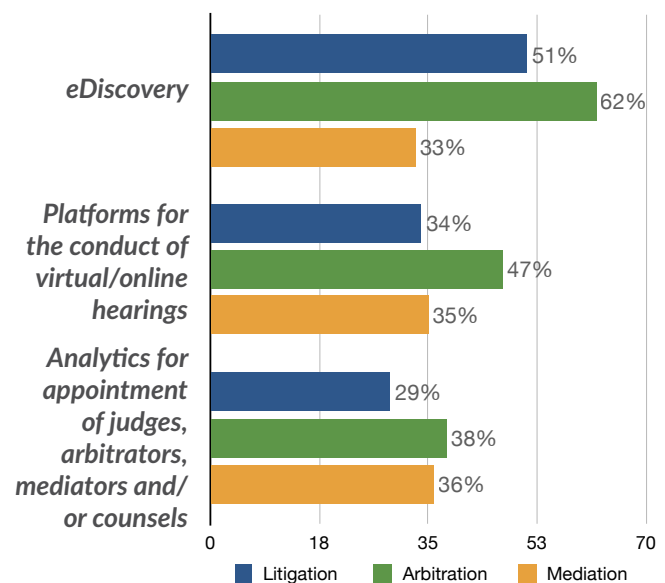
These technologies became even more crucial during COVID-19.

With measures in place to mitigate the spread of COVID-19, it is no surprise that businesses are moving towards digitalisation to cope with changing demand and the new business landscape. Technological advancement in the Dispute Resolution scene allowed for processes to continue during the pandemic.

In a survey report published this year by the Singapore International Dispute Resolution Academy (SIDRA), the respondents ranked eDiscovery, platforms for the conduct of virtual hearings and analytics for appointment of judges, arbitrators, mediators and/or counsels, as the top three useful technology tools employed in cross-border commercial disputes.

This article underpins the benefits these tools bring to the table and explores how such technological advancements will shape the Dispute Resolution scene in the near future. It aims to highlight what businesses must keep in mind with the increasing dependence on technology.

Top 3 useful technology tools employed in cross-border Disputes Resolution



eDiscovery: Digitising the discovery process

During the discovery and inspection phase of legal proceedings, the parties involved are often required to disclose documentary evidence pertinent to the case. This can be time-consuming and costly.

By digitising the discovery process, stakeholders are able to better manage time and cost.

Currently, eDiscovery software enables collection, storage, processing and retrieval of electronically-stored information (ESI) on a single platform, from where the information can be extracted and transferred between parties easily.

Users are also able to manage documents such as removing duplicates and perform searches using keywords to identify and analyse the data. In addition, digitised evidence and transcripts can be tagged and classified as plaintiff and defendants’ documents in the software, making the search for information even easier. Lastly, eDiscovery processes safeguard the chain of custody and integrity of the electronic data. Not only does eDiscovery software help to streamline the discovery process, but also acts as a single tool for strategising and managing the case, making the discovery process more efficient.

Despite the convenience that eDiscovery software brings, there is still room for improvement. EDiscovery software companies have thus begun incorporating the power of Artificial Intelligence (AI) and machine learning into their platforms to assist in document reviews. Users have to first define their criteria and train the AI system on these criteria. The system can then continuously refine its understanding of the users’ criteria to automate the document review process, bringing value, accuracy and efficiency in the discovery process.

Virtual Court hearings and online resolution mechanisms: much of their potential remains untapped

Social distancing and remote working measures to tackle the COVID-19 pandemic have resulted in fundamental procedural changes in the Dispute Resolution process. This puts the spotlight on virtual hearings to ensure that legal proceedings can continue in a safe manner.

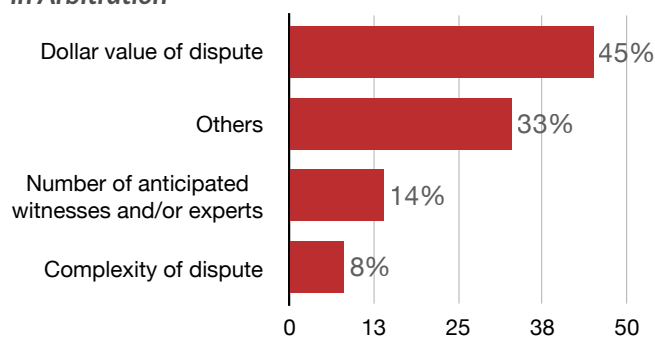
The advent of Online Dispute Resolution (ODR), synonymous with online facilitation of Alternative Dispute Resolution (ADR) (e.g. arbitration, mediation and negotiation), has brought about more flexibility and convenience. America’s covid-19 stimulus packages

includes a provision for federal judges to use teleconferencing, India’s Supreme Court began hearing all cases using a video conferencing app. In Singapore, the State Courts developed the Community Justice and Tribunals system, enabling small claims disputes, community disputes and employment claims disputes to be resolved online. Parties can not only file and manage their cases online, but also choose to mediate online, making the settlement of the disputes expedient and efficient. And similar measures are being taken all over the world.

Recent personal experience of international arbitration virtual hearings shows they can be effective. However, there are some challenges in relation to catering to time zones if the parties are in various parts of the world, in relation to loss of picture / sound occasionally which can be annoying and stoppage in proceedings due to “technical glitches”. It will need to be weighed up if the costs outweigh the benefits if virtual hearings will remain post pandemic. Fatigue from viewing testimony on a screen, time zone differences and interruptions of the nature noted above create an environment where hearings need to be run in a more effective manner in order to not consume undue amounts of time. This is an adaptation in the manner of conducting hearings that will take some time to incorporate.

While ODR is not novel, much of its potential still remains untapped.

Factors affecting the use of online processes in Arbitration



45% of SIDRA Survey 2020 respondents indicated the dollar value of the dispute would influence their choice. Respondents indicated the number of anticipated witnesses and/or experts and complexity of issues would also affect their choice.

This means users are more likely to adopt online processes only if the issues are straightforward and the disputed sums are not exorbitant.

Moving forward, continuous enhancement and development of the ODR processes could shift the perceptions of Dispute Resolution users. Future developments could include seamless end-to-end e-filing and case management systems, and encrypted video-conferencing platforms.

Analytics in selection of tribunals, arbitrators, mediators and/or counsels

The majority of the SIDRA Survey 2020 respondents indicated that good ethics, Dispute Resolution experience and efficiency are the most important factors in their selection of arbitrators, while they ranked good ethics, Dispute Resolution experience and language as the most important factors in their selection of mediators.

When appointing key stakeholders to preside or advocate their interests in the Dispute Resolution process, people often rely upon recommendations and impressions. A platform, software or database that connects Dispute Resolution users to tribunals, arbitrators, mediators and/or counsels would prove beneficial in making informed selections. With technology evolving rapidly, there are opportunities around using analytics to drive these decisions.

Using data-driven analytics, Dispute Resolution users can readily assess and identify individuals who are best suited to deal with the complexities of the disputes, which potentially alleviate inefficiencies in the Dispute Resolution process. At the same time, this improves both the diversity and predictability of appointment of tribunals, arbitrators, mediations and/or counsels. This in turn can reduce potential conflicts, as well as reduce process delays caused by selecting key stakeholders from a limited pool of known entities.

Embracing digital transformation in Dispute Resolution

LegalTech is crucial to ensure the continuation of Dispute Resolution processes during the crisis. But despite its potential to continue enhancing the international disputes, security, privacy and data concerns cannot be ignored.

Based on PwC's Global Economic Crime and Fraud Survey 2020, cybercrime appeared as the second most common type of fraud, representing 34% of all committed frauds. It is imperative to establish and implement best practices and protocols as the dependence on technology increases.

Organisations and parties to the dispute should consider the following when incorporating technology:

1. In order to incorporate the right tools, organisations need to have clear end-goals in mind. While some tools may be widely adopted, it might not be the most suitable one for their needs given its specific limitations.

2. The parties have to understand the functionality and limitations of the LegalTech tools. They should agree on the tools to be used as well as when these tools could be used in the process.

3. Security of the video-conferencing platforms has to be ensured.

4. The parties should determine the territorial scope of the dispute and applicable security, privacy and data protection laws early, especially with the use of online or cloud-based storage systems.

Conclusion

The ongoing pandemic has hugely accelerated digitisation of disputes. Covid-19 has created an unprecedented need for courts and arbitral institutions to adapt at a very short notice to new and different ways of working and offer solutions to parties and practitioners that will enable dispute resolution in a time of quarantine and enforced social distancing. And although the virtual courts have so far been mainly an emergency and temporary measure as a response to the pandemic, the benefits of such procedures can prevail over the standard court proceedings even after the crisis, with suitable adaptation for the time constraints that come with such procedures.

Electronic document storage and trial presentation already represented a practical option for international arbitrations for some time but can now become the new normal for any type of litigation.

With the increased use of LegalTech the increasing threat of cybercrime cannot be ignored. Both the legal institutions and parties to the cases should thoroughly consider the technology used and ensure security, privacy and confidentiality of the data.

ARBITRATION KITCHEN WITH ALEXANDER KHRAPOUTSKI (LEX TORRE, BELARUS) - DRANIKI - SEASON 1 EPISODE 7

Арбитражная Кухня с Александром Храпуцким (Лекс Торре, Беларусь) - Драники - Сезон 1 Эпизод 7

ГОТОВИМ
ДРАНИКИ С МАЧАНКОЙ
и беседуем!

АЛЕКСАНДР ХРАПУЦКИЙ

Адвокат, руководитель арбитражной
практики, партнер «Лекс Торре»
(Минск, Беларусь)
Основатель и сопредседатель
оргкомитета Eastern European Dispute
Resolution Forum Belarus (EEDRF)

0:02 / 1:23:06

<https://www.youtube.com/watch?v=kDLbj9Sd-to>

The interview was conducted on 20.06.2020.

Today our guest is Alexandre Khrapoutski (AK). - a partner at Lex Torre Law Office (Minsk, Belarus), head of Arbitration Practice, the founder and co-chairman of the Eastern European Dispute Resolution Forum (eedrfMinsk.com).

Today Alexandre will share his recipe for making real classic Belarusian food -draniki with machanka.

First question is: why draniki and why machanka?

Good afternoon everyone! Many thanks to Vladimir and the Arbitration Association for this wonderful project. Belarus is often called a country of potatoes. We really have a lot of potato dishes,

and the main one is draniki. You can eat draniki with sour cream, mushrooms, caviar, etc.

For me today is a certain challenge. My wife used to be a chef in the past, so she trained me - I hope this will lead us to success. Belarusian draniki are quite nourishing, tasty and good.

Machanka is probably not as popular as draniki?

Yes, it's a traditional Belarusian dish, but it is less known abroad. We decided to connect it with draniki and give you a try. We have

washed, peeled, and rubbed the potatoes in advance (you can use a grater or food processor). It is important to squeeze out the water, so we put the mass in a colander to drain the liquid, and then put it in a large bowl. Take one peeled onion, chop and add to the potatoes. Onions add a golden crust to draniki. For piquancy, squeeze out the garlic. Break 2 eggs. Add 1.5 teaspoons of salt, a pinch of sugar for sweetness, mix well. Pour in 2 tablespoons of flour and mix everything thoroughly until smooth.

So, as it turns out, draniki are a vegetarian dish? It's possible without eggs, isn't it?

Quite right.

Preheat the pan. We will fry in sunflower oil.

I know that in the village, draniki are often fried in lard - they turn out to be very nutritious and there are cracklings, but this, of course, is not suitable for vegetarians.

While the pan is heating, I would like to show you some photos.



Is it in kindergarten or school?

This is in kindergarten. This accordion appeared in our kindergarten one Friday. And I ordered my mother: "I want this accordion to be at my home." Mom used some diplomacy, and the accordion went home with me. Then I said I wanted to play the accordion. And I was the first student of the music school No. 1 in the city of Minsk, who was enrolled 2 years earlier than the admission age.

I graduated from the accordion class of music school myself. The instrument is heavy and tall - if you are short, only your nose sticks out, you do not even see the notes.

My story with the accordion is split in 2 stages. At first I was happy, but later I waited for everything to end. And the next photo is the moment of graduation: I was happy that in high school I will not go to music school.



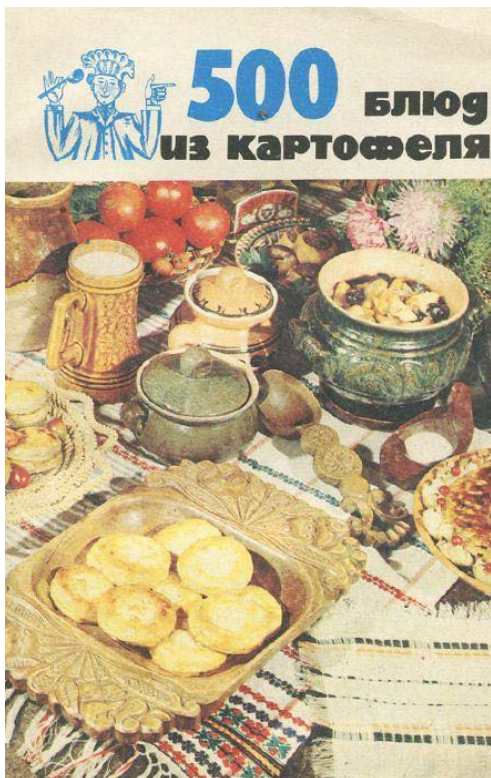
While we were talking, the pan warmed up, I poured it abundantly with oil and reduced the heat to medium. We put the draniki with a spoon on a frying pan and make a kind of "pancakes". The main thing here is that there is a distance between the "pancakes".

I know that draniki are sometimes made with zucchini (they turn out to be more tender), sometimes sour cream is added.

We will have sour cream as an ingredient a little later, in the machanka.

It seems to me that in Belarus every family has a book "500 potato dishes".

You are right. But I have another book - My Favorite Dishes. When I go to any country because of my activities in international commercial arbitration and eat some special food there, I take a picture of it, send it to my wife, she finds a recipe, and we cook it later.

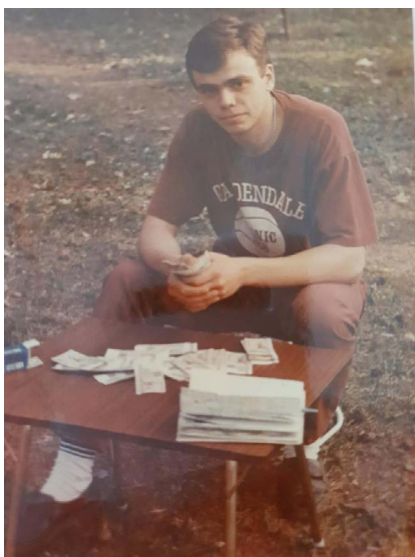


Does this book include Beef bourguignon?

Not yet. But I have already eaten Tom Yam, cooked by my wife, many times, as well as various Italian dishes... Let's go back to the draniki. We need to achieve a golden crust. This will take about 4-5 minutes.

While draniki are being fried - another photo.

These are university years, the last year.



Usually these photos are called "How I Made My First Million".

I didn't earn a million, unfortunately. My task was to carry huge plush toys (Mickey Mouse, Wolf, Hare and other characters of popular cartoons) - children loved to take photos with them. Early in the morning I went to the owner, took the toys, and went with them to the park. My mission was to write down the addresses where photos should be sent. And in the evening I was taking the toys back.

You didn't work as Mickey Mouse, did you?

No, I didn't.

Here's another pretty interesting photo. I recognize Timour Sysouev (he is in the center). What is this period in your life remarkable for?



This is the 5th year at the Faculty of Law at the Belarusian State University. This picture shows the first team from Belarus, which took part in the competition of Russian television America Veritas. The jury was consisted from famous actors and other respected people who asked various questions in different fields of law. We continue to communicate now with the whole team (from left to right): Pavel Latushka - he was the Ambassador of Belarus to France for a long time, Vyacheslav Ralko is a lawyer, Timour Sysouev is a partner of the law office and a lecturer at the law faculty, Yuri Lepeshkov is head of a department at the Faculty of International

Relations. I'm on the far right. In the picture, we are giving an interview to the Belarusian State University newspaper "Belarusian University". We won 2nd place. We were very disappointed. But all the professors treated us very well. And in fact, it was a wonderful experience. We traveled with great pleasure. I always had 2 bags: one with speeches of famous Russian lawyers, and the other with food from my mother for the whole team.

This photo is an example for young people. If you want to make a career in law, start as early as possible. Participation in competitions helps to become a real professional. The next photo impressed me with hairstyles, clothes and the interior of the room. Who is this and where is it?



This is the 90s, my mom's apartment is an example of a classic interior with carpets, a sofa, a ficus tree, and a small TV. This is an American family. The man with the perfect hair is a Washington state attorney, and his wife is a real estate agent. Thanks to this family, after graduating from law school, I came to Seattle for the first time, to the organization engaged in research on improving legislation in post-Soviet countries. It was a great experience for me I've got thanks to Jon Ferguson. He contributed to the history of law in the United States being a part of the cases against tobacco factories that made a secret deal against small cigarette manufacturers. I got acquainted with the American judicial system, attended hearings, and also learned about international commercial arbitration for the first time.

Is this also somewhere abroad?



Yes. As part of a university exchange, I spent almost a year in Graz (Austria), preparing a course in civil and commercial law of foreign countries for the Belarusian State University. This was one of the first trips abroad for my mother. I am very grateful to her because she dedicated her life to me completely.

I have been to America, Germany, and other countries several times and began to take an interest in international commercial arbitration. BSU Faculty of Law did not have it as a part of their curriculum then. I started my career at the International Arbitration Court at the Belarusian Chamber of Commerce and Industry. By the way, in this photo I am lecturing on international commercial arbitration, on the correctness of the arbitration proceedings in the IAC at the BelCCI.



I would like to express my gratitude to Nikolai Yurkevich, Chairman of the IAC at the BelCCI at that time, and the current Chairman of the IAC at the BelCCI, Jan Funk, because they virtually gave me the path to the arbitration. In general, I am very grateful for the opportunity to meet with a lot of wonderful people. For example, with Vladimir Khvalei, who also taught me a lot.

So now when we are talking about your career in international commercial arbitration - what role did the ICC Academy play in it?

It was a tremendous experience. Even now, when I am preparing for arbitration proceedings, I recall some of the points that I studied at the Arbitration Academy. No book can replace this experience.

When were you appointed as a member of the ICC court?



I was appointed in 2017. I became the first member of the ICC court from Belarus. And I was the first Belarusian appointed in one of the ICC cases. For a long time at different conferences were displaying statistics on the number of arbitrators from different countries, and for a long time there was only one from Belarus - me.

The hardest part is getting the first appointment as an arbitrator.

ICC does not have a National Committee in Belarus. I am very grateful to the collaboration with ICC. We have held a number of joint

events with ICC - for example, last year people from all over the world came to our Eastern European Dispute Resolution Forum (EEDRF), because previously such events can usually only be seen in Paris.

Another important project in which we participated together is the adoption of the Prague Rules.



This is Prague, December 14, 2018, a grand event. It has a great future. As the coordinator of the working group, I receive many letters now that the Prague Rules are applied in the IAC at the BelCCI, in post-Soviet countries, and in Europe. We had been working for a long time, there were a lot of drafts. These are the rules for the efficient conduct of arbitration in international commercial arbitration.

The Prague Rules received the GAR Award - and for a great reason. We have formulated the rules of procedure that are traditionally used in our arbitration institutions.

Very famous and distinguished experts took part in the development of the rules.

I would like to suggest watching a short video from the EEDRF: <https://www.youtube.com/watch?v=iA6R3fH0wTM>.

I feel inspired by this video - I want to visit the next forum. When is it happening?



First, a little backstory. The first Eastern European Dispute Resolution Forum took place in 2016. Planning and preparation started 2 years earlier. There were fears about whether someone would go to Minsk, since there are a lot of arbitration events around the world. The idea was that we did not have a unifying forum for the Eastern Europe region before. Besides that, usually an arbitration event is focused specifically on arbitration, but we tried to combine arbitration issues with those covered by state courts. In 2019, the EEDRF program lasted for 4 days. In 2020, due to COVID-19 pandemic, we decided not to hold a forum. But the date of the main day of EEDRF-2021 is already known - it is September 24. We received confirmation from ICC that they will hold the event on September 23, 2021. They are very pleased with the level of organization, the professionalism shown by the speakers and the team. We also know for sure what one more pre-event will be, and we are negotiating the rest.

It's a pity that this year it's not possible to meet in Minsk at the forum, but we will mark the date for 2021 - September 24 in our calendars.

Before we move on to the machanka, I want to show you a few more photos. Is this Lex Torre Law Firm?



Yes, this is the crew we started in 2019. This photo was taken in Lex Torre official presentation right before the EEDRF at the Opera and Ballet Theater. Our main area of work is international commercial arbitration and dispute resolution, but we also help business in other areas.

I see Andrei Vashkevich in the photo? We once lived in the same hostel during our student years.

Yes, Andrei Vashkevich is my partner at Lex Torre Law Office.

And one more photo. It's about a hobby.



Quite right. The first reaction to this hobby was: “Are you out of your mind?” But then my wife supported me and now we are happy to travel on a motorcycle together.

Is this some kind of serious motorcycle?

Yes, quite serious: Harley Davidson Street Glide Special. It is quite powerful.

Let’s talk about machanka.

For machanka we need chicken filet. We washed it and cut it into cubes. It is important to remove all water. We also need champignons - we cut them into 4 parts. Finely chop the onion. Grate the carrots. You will also need sour cream, salt, pepper, suneli hops (in Russian «хмели-сунели»), sunflower oil, herbs (dill and parsley). You can also add green onions for piquancy. First, warm up the pan and add oil.

There are 32 arbitration courts registered in Belarus.

28 arbitration courts are registered as divisions of legal entities and 4 as non-profit organizations.

As far as I understand, the registration procedure is not that complicated, is it?

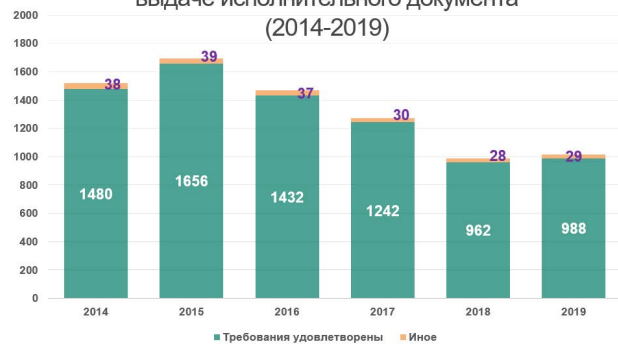
If you set a goal for yourself, then the arbitration court can be registered for sure. But then the question “what’s the point?” arises. There is a certain amount of mistrust. It is not possible to find complete statistics on the work of arbitration courts. Some arbitration courts have had

proceedings on about 8-9 cases only. There is essentially no cooperation with state courts. There is no interesting information on the activity of the Belarusian arbitration courts.

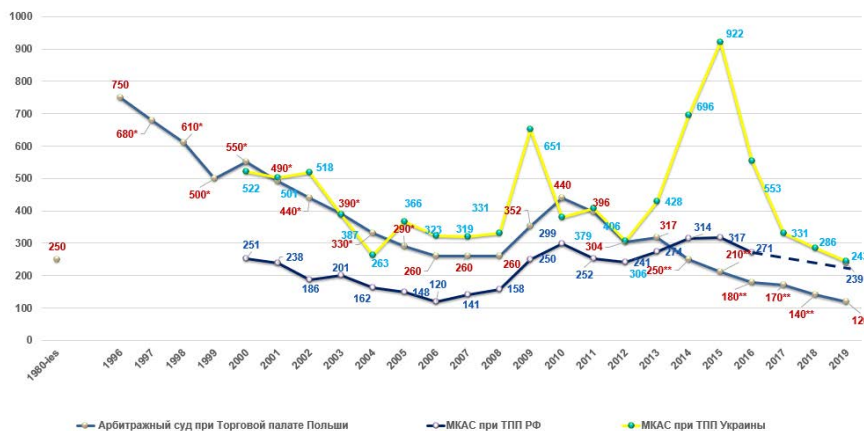
In addition to 32 arbitration courts, which mainly deal with internal issues, there are 2 international arbitration courts in Belarus.

Yes. International Arbitration Court at the BelCCI and the International Arbitration Court “The Chamber of Arbitrators at the Union of Lawyers” (International Chamber of Arbitrators). The IAC at the BelCCI considers an average of 100 cases per year, and the International Chamber of Arbitrators is currently considering 1 case.

Статистика хозяйственных судов Республики Беларусь по делам об обжаловании решений международных арбитражных (третейских) судов и о выдаче исполнительного документа (2014-2019)



Let us consider the general statistics of economic courts in cases of appealing against decisions of international arbitration courts on the issuance of a writ of execution. Unfortunately, the statistics grouped together the cases of appeal and issuance of executive documents – it would be better for it to be divided, as the case is in, for example, Russia. These statistics give us a kind of indirect ideas on how many arbitration proceedings are in Belarus. If you look at 2018, more than 900 cases are cases that were considered in other arbitration courts. Not all arbitration courts publish statistics - it is difficult to understand who is considering how many cases. But the statistics of state courts say that arbitration exists and develops in Belarus. These figures are comparable to the number of writs of execution granted in Russia, although the country is many times larger.



* - Приблизительные цифры, на основании информации о постепенном уменьшении количества дел с 750 в 1996 г. до 260 в 2006 г.;
 ** - Приблизительные цифры, на основании информации о постепенном уменьшении количества дел, начиная с 2013 г. и далее, до 120 дел в 2019 г.

Let's consider the statistics of the IAC at the BelCCI and the nearest neighbors (the Arbitration Court at the Polish Chamber of Commerce, the Russian ICAC and the Ukrainian ICAC). We see an increase in the number of cases in 2010-2011 after the 2008-2009 crisis. I spoke with Yan Iosifovich Funk, chairman of the IAC at the BelCCI, he said that now there is a significant growth, i.e. the crisis adds work to specialists in the field of arbitration. Interesting fact is that if you look at the curve since 2014, in Poland, Ukraine, Russia the number of cases is falling, and in the IAC at the BelCCI it remains at approximately the same level, about 100 cases a year. Why are there no upward or downward trends in Belarus (as in ICC, LCIA, Singapore, etc.)?

In my opinion, the first reason is that the appeal to any international arbitration court is directly related to the counterparty. If this is a foreigner, then he will insist on the international commercial arbitration court. Unfortunately, Belarus remains unchanged - we do not have a large flow of foreign investments, the same level of them remains, therefore the same number of entities apply to the IAC at the BelCCI. Marketing and advertising for arbitration courts is very important. Belarusians use the IAC at the BelCCI, but a number of disputes are being considered, for example, to the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce,

there are cases in the LCIA, VIAC, ICC - we participate in them as well, now we have just finished online hearings under the ICC rules. There are specific features of the IAC regulations at the BelCCI - therefore, foreigners choose a more understandable court. Nevertheless, I agree that the crisis will affect the growth in the number of cases in the IAC at the BelCCI. And one more important factor is how lawyers write

a contract, whether they include the possibility of considering disputes in an arbitration court, whether they understand what it is.

МАС ПРИ БЕЛТПП

2019 год

<https://iac.by/>

ПРИНЯТО К ПРОИЗВОДСТВУ: 90 ИСКОВ

включая 4 встречных иска



Interesting statistics for 2019 from the IAC at the BelCCI regarding the composition of claimants and respondents. In 2019, 90 claims were accepted and 63 claimants were Belarusian companies, which is quite expectable. It is interesting, however, that among the respondents there are 36 companies from Belarus and 18 from Russia, which is also understandable (many contracts were signed between Belarus and Russia). But what is more interesting is that Russia appears among the claimants only once. Is this due to the fact that Russian companies prefer to sue in other places?

I recently took part in a webinar organized by the ICAC at the Ukrainian CCI. My colleagues and I agreed that for the time being we are working regionally: more Ukrainian companies turn to Ukrainian authorities, Belarusian ones – to Belarusian, Russian – Russian companies. Belarusian state-owned companies, as a rule, insist on choosing the IAC at the BelCCI, I think that the situation is similar in Russia and Ukraine.

I'm not surprised that there are Polish, Lithuanian, Latvian companies among the requesting companies - they are the closest neighbors, but why are there no Ukrainian ones?

Yes, this is quite a paradox.

МАС ПРИ БЕЛТПП

<https://iac.by/>

2019 год

УПРОЩЕННАЯ ПРОЦЕДУРА РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ:

Сумма требований:

10 000 базовых величин / 113 000 USD

- Едиличный арбитраж
- На основе только письменных материалов, без проведения устных слушаний
- Сокращенные сроки осуществления всех процессуальных действий
- Сниженный размер арбитражного сбора.

Let's talk about the expedited procedure for resolving disputes in the IAC at the BelCCI, which is applied when the amount of claims is up to 10 thousand basic units (about 113 thousand US dollars). The ICC court also has an expedited procedure in its rules. It currently applies to disputes of less than US \$ 2 million, and this limit is planned to be increased to US \$ 4 million, which is considered a minor dispute by the scale of the ICC court. The approaches to the consideration of "small disputes" in the IAC at the BelCCI and ICC are similar. How popular is this procedure?

This is a very useful procedure. At first, it was not very much in demand, but now Belarusians are using it more and more actively. Sometimes Belarusian entities are sued for several thousand dollars, 100 thousand dollars for Belarusian entities is a rather big dispute. I don't remember any

cases of transition from a simplified procedure to a general one. I think the simplified procedure will gain popularity. It is automatically applied if the amount is not more than 10 thousand basic units and the other party does not object.

МЕДИАЦИЯ

- В 2017–2018 гг: стороны использовали судебное примирение и внесудебную медиацию в **15-20% экономических дел.**
- **Исполнительное производство по судебному урегулированию - 35% дел.**
- **Медиация - только 20%, а 65% исполняют добровольно.**
- У медиативных соглашений % добровольного исполнения еще выше.

Let's talk about mediation in Belarus. Some of my colleagues believe that there is a mediation boom in Belarus, extrajudicial mediation, mediation in enforcement proceedings, etc. are often used.

There are now several thousand mediators without a legal education and 775 mediators with a higher legal education in Belarus, the latter are included in a special register. If mediation takes place with a mediator who has a higher legal education, then he understands what documents, what mediation agreement should be drawn up and how it should be done, and this mediation agreement can follow a simplified procedure for obtaining a writ of execution. According to statistics for 2017-2018, about 20% of economic cases were settled through mediation. In most cases (about 65% of cases), mediation agreements are performed voluntarily. In our time, the appeal to mediators is becoming more and more relevant. Our bureau also has such experience.

Are court officials acting as mediators?

No. Mediation takes place outside of the court. There are 2 categories of mediators: regular mediators (teachers, doctors, no matter who) and mediators with a higher legal education. A mediation agreement prepared by a mediator without legal education does not make it possible to obtain a writ of execution according

to a simplified procedure. When a case is initiated, a conciliation procedure may be applied in court. Soon, compulsory mediation in divorce cases will be introduced in Belarus. Both mediation and conciliation procedures can be applied at any stage of the trial. The conciliation procedure is carried out only by employees of the court (as a rule, they are employees of the administrative department).

What is the situation in Belarus with the pandemic? It is known that the quarantine was not announced and the enterprises were not closed. How do courts work, how do you work?

The courts did not stop their work - both the state courts and the IAC at the BelCCI work as usual. Certain precautions were taken. Foreign arbitrators can participate, but must spend 14 days in quarantine, this is mandatory for everyone who is entering the country. Partly, some issues began to be resolved online and remotely. Most law firms, including ourselves, have switched to a flexible remote work format, when it's possible.

I know that the IAC at the BelCCI conducted hearings through video conferences. The parties and the arbitrators were seated in different rooms, they were provided with laptops and they communicated using a special program. Is this option comfortable for the parties?

Yes, we have participated in such meetings as well. At the same time, when foreign counterparties take part on the side of the claimant or the respondent, they often ask to postpone the hearing until the moment when it becomes possible to actually arrive at the court session.

The interview was conducted by
Vladimir Khvalei
Partner in the Moscow Office
of Baker McKenzie

HV: *I want to show you another funny photo.*



Yes, I was in a hurry to meet with a client, but I could not drive past this sign - I photographed it and sent it to Vladimir with a proposal to invest in a personal estate in his homeland.

This is a great idea and a dream for the future.

Everything is ready in the pan. Add finely chopped greens.

How do you eat draniki with machanka? Everything together?

You can cover the draniki with machanka, you can eat with a bite. This is a very tasty and satisfying dish. Bon appetit!

РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ ИВА ОТНОСИТЕЛЬНО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА СТОРОН В МЕЖДУНАРОДНОМ АРБИТРАЖЕ: СОГЛАШАТЬСЯ ИЛИ НЕТ



Владимир Хвалей
партнер международной
юридической фирмы Baker McKenzie

На протяжении достаточно длительного времени деятельность представителя в международном арбитраже не регулировалась ни национальным законодательством, ни арбитражными регламентами, ни документами авторитетных международных организаций.

В силу этого представители сторон часто руководствовались своими национальными принципами профессиональной этики. В силу серьезного различия в правовых традициях, а также роли, возлагаемой разными правовыми системами на адвокатов, подобный подход создавал неравные возможности для представителей сторон в международном арбитраже и многочисленные сложности практического порядка (например, касающиеся подтверждения полномочий сторон).

Встречались также случаи, когда национальные ассоциации адвокатов инициировали разбирательство против своих членов в связи с совершением действий, которые соответствовали практике международного арбитража, однако противоречили национальным правилам профессиональной этики (например, подготовка свидетелей к прямому и перекрестному допросу). Отсутствие международного регулирования создавало сложности в доказывании того, что такие действия допустимы в международном арбитраже.

За последнее десятилетие появилось значительное количество предписаний и рекомендаций, которые оставляют все меньше белых пятен в правовом статусе представителя в международном арбитраже. Прежде всего это принятые 25 мая 2013 года Руководящие принципы ИВА относительно представительства сторон в международном арбитраже (далее – Принципы ИВА), а также некоторые иные документы и регламенты.

Несмотря на то что Принципы ИВА носят рекомендательный характер, не стоит недооценивать их значение. Принятие этого документа привело к изменению регламентов некоторых арбитражных институтов, в частности LCIA. Некоторые институты, в том числе HKIAC, ссылаются на Принципы ИВА как на один из документов, рекомендованных к применению¹, а ICC призывает стороны «черпать вдохновение и, где умест-

¹ URL: <https://www.hkiac.org/arbitration/guidelines>.

но, использовать» Принципы ИВА². ICC также рекомендует арбитрам и сторонам включать ссылку на Принципы ИВА в Акт о полномочиях арбитров, таким образом делая их частью арбитражного соглашения сторон³.

Ниже представлен анализ того, насколько полезно для сторон согласовывать применение Принципов ИВА в конкретном арбитражном деле, в том числе и посредством включения в Акт о полномочиях арбитров.

Подтверждение полномочий представителя

В отличие от представительства в государственных судах арбитражные регламенты не содержат требования о том, чтобы представитель стороны имел какую-либо специальную формальную квалификацию или состоял в какой-либо коллегии адвокатов⁴. Таким образом, сторона может быть представлена в международном арбитраже как внешним консультантом, так и внутренним юристом или иными сотрудниками компании.

В равной степени регламенты международных арбитражных институтов, как правило, не содержат требований к оформлению полномочий представителя⁵, а сложившаяся практика очень сильно отличается в зависимости от того,

к какой правовой школе принадлежат арбитры. Так, если арбитры практикуют в стране, где обычно не требуется специального подтверждения полномочий адвоката на представительство в процессе (например, в Англии, Швеции, Франции, Нидерландах), вполне вероятно, что состав арбитража вообще не потребует предъявления документов, оформляющих полномочия юридического представителя. В случае же, если арбитры практикуют в странах, в которых процессуальные кодексы содержат достаточно жесткие требования к оформлению полномочий представителя, особенно иностранного⁶, то, скорее всего, они предъявят аналогичные требования к подтверждению полномочий представителя и в третейском разбирательстве⁷.

Подобные различия могут привести к серьезным проблемам. Так, например, в одном деле сторона была представлена в разбирательстве LCIA юристами международной фирмы, и в ходе арбитража полномочия юристов отдельно не подтверждались. Это дало должнику возможность на стадии признания и приведения в исполнение в Украине заявлять о том, что он не был представлен в арбитраже и даже не был уведомлен о разбирательстве⁸.

В практике российских судов также были подобные дела. В частности, при признании и приведении в исполнение арбитражного решения LCIA выяснилось, что переписку с судом LCIA от имени должника вел руководитель пра-

² См. комментарий для сторон и составов арбитража о ведении арбитража по Арбитражному регламенту ICC. URL: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration.pdf>.

³ См. типовой акт о полномочиях арбитров. URL: <https://iccwbo.org/publication/model-icc-terms-reference/>.

⁴ Статья 5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ указывает: «Каждая сторона может быть представлена лицами, выбранными ею, или пользоваться помощью таких лиц».

⁵ См. Арбитражный регламент ICC, URL: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>; Регламент HKIAC для администрируемых разбирательств, URL: <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/hkiac-administered-2018>; Арбитражный регламент Международного арбитражного центра в Сингапуре, URL: [www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20\(Russian%20version\)_Complete.pdf](http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20(Russian%20version)_Complete.pdf).

⁶ Например, о том, что доверенность, выданная за пределами страны, должна быть нотариально удостоверена и апостилирована, — такого подхода придерживается большинство стран СНГ.

⁷ На это, в частности, указывает § 27 Регламента МКАС при ТПП РФ: «Стороны могут вести свои дела в МКАС непосредственно или через должным образом уполномоченных [подчеркнуто автором] представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе из иностранных организаций и граждан».

⁸ См. решение Высшего специализированного суда Украины от 21 мая 2014 года по делу № 6-1395 св. 14. В конечном итоге суд признал, что юридическая фирма была уполномочена на представительство должника материнской компанией.

вового отдела компании — единственного участника должника, при этом формальная доверенность на представление его интересов у данного лица отсутствовала⁹. На основании этого должник на стадии исполнения решения в России заявлял, что не был уведомлен об арбитражном разбирательстве, и нижестоящие суды отказали в признании и приведении в исполнение решения LCIA¹⁰. Однако президиум ВАС РФ решения нижестоящих судов отменил, указав, что полномочия юриста контролирующего общества на представительство интересов дочерней компании в данном случае явствовало из обстановки, в которой он действовал, и, таким образом, компания не может ссылаться на отсутствие уведомления об арбитражном разбирательстве.

Поскольку исполнение арбитражного решения может иметь место в любой из стран — членов Нью-Йоркской конвенции, арбитрам следует требовать формального подтверждения полномочий представителей сторон, и многие арбитражные регламенты прямо на это указывают¹¹.

Избегание конфликта интересов

Достаточно много дискуссий вызывала практика, применяемая ранее английскими барристерами¹², когда барристер из той же Chambers выступал и в качестве арбитра, и в качестве

представителя сторон, причем считалось, что это не создавало конфликта интересов.

Наиболее известным случаем в международном арбитраже является дело *Hrvatska elektroprivreda v The Republic of Slovenia*¹³. В данном деле председательствующий арбитр Дэвид Виллиамс был барристером в Essex Court Chambers London. За 10 дней до слушаний юридическая фирма Allen & Overy, представлявшая ответчика, предоставила список лиц, которые должны были присутствовать на слушаниях. Список включал Дэвида Милдона, который являлся барристером в той же Essex Court Chambers.

+44 (0)20 7813 8000
clerkroom@essexcourt.com

ESSEX COURT CHAMBERS
BARRISTERS

Search the site

HOME
ABOUT
EXPERTISE
BARRISTERS
SINGAPORE
CLERKS & STAFF
PUPILLAGE
NEWS
EVENTS
CONTACT



David Williams QC



David Mildon QC

⁹ См. дело «Ауторобот-Стрефа Сп. З о. о. v ООО «Соллерс-Елабуга»». URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/f3836158-6f37-42ce-ab28-f64e6b78ab41>.

¹⁰ См. постановление президиума ВАС РФ от 24 июня 2014 года № 1332/14.

¹¹ Согласно ст. 5 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ «состав арбитража — сам или по просьбе любой стороны — может в любое время потребовать подтверждения полномочий, предоставленных этому представителю, в такой форме, какую может определить состав арбитража». Согласно ст. 17 Арбитражного регламента ICC «в любое время после начала арбитражного производства состав арбитража или секретариат могут потребовать подтверждения полномочий у любого из представителей сторон». В соответствии со ст. 23 Арбитражного регламента Международного арбитражного центра в Сингапуре «секретарь и/или состав арбитража могут потребовать подтверждения полномочий представителей сторон».

¹² Этот подход был поддержан английскими судами: *Laker Airways Inc v. FLS Aerospace Ltd* [1999] EWHC B3 (Comm) (20 April 1999); *Anor v Lawrence & Anor* [2002] EWCA Civ 90 (4th February, 2002); *Fileturn Ltd v Royal Garden Hotel Ltd* [2010] EWHC 1736 (TCC) (13 July 2010).

¹³ ICSID Case No ARB/05/24. URL: <https://www.italaw.com/cases/3242>.

и потребовала запретить ему участвовать в деле. При этом истец не заявил отвода председателю.

Состав арбитража указал, что нет твердого правила, согласно которому барристеры из одной и той же палаты не могут выступать в качестве арбитра и представителя стороны. Однако, принимая во внимание то, что истец совершенно не знаком с данными английскими традициями, а также то, что ответчик отказывался раскрывать объем вовлеченности своего нового представителя, было принято решение не допускать Дэвида Милдона к участию в слушаниях.

Данное решение вызвало дискуссии относительно того, вправе ли арбитры лишить сторону ее фундаментального права на выбор представителя и не мешает ли это возможности стороны представить свою позицию по делу.

Чтобы избежать возникновения подобных проблем в будущем, Принципы ИВА установили требование к представителям сторон¹⁴: они должны идентифицировать себя при первой же возможности в качестве таковых другой стороне или сторонам, составу арбитража¹⁵, а также свидетелям и экспертам¹⁶. Представители должны также незамедлительно уведомлять о любых изменениях в представительстве (например, если полномочия ограничены или прекращены). Принципы ИВА также прямо указывают на полномочия состава арбитража «принять меры, необходимые для обеспечения объективности арбитражного разбирательства, в том числе отстранить нового представителя стороны от участия во всем или части арбитражного разбирательства¹⁷».

Следуя Принципам ИВА, редакция Арбитражного регламента LCIA, принятая в 2014 году¹⁸, также указывает на то, что после формирования состава арбитража любое изменение в составе юридических представителей имеет силу только после одобрения со стороны состава арбитража¹⁹. Иными словами, состав арбитража может не допустить в дело нового представителя стороны.

Тем не менее существуют серьезные сомнения относительно того, насколько данная мера, даже если она будет применена составом арбитража, решает возникшую проблему конфликта интересов. Действительно, даже если состав арбитража не допустит к участию в слушании нового представителя, например барристера из той же Chambers, это не устранил уже возникший конфликт интересов. Вполне возможно, что, прежде чем такой барристер был формально предложен для участия в слушании, он уже консультировал сторону по вопросам арбитража и в силу этого создал конфликт интересов для арбитра из своей Chambers²⁰. Для сравнения: если партнер юридической фирмы консультирует сторону арбитражного разбирательства по конкретному делу и при этом другой партнер той же фирмы является арбитром в данном деле, это подпадает под Красный перечень ситуаций ИВА, при наличии которых отказ от возражений не допускается²¹, то есть является безусловным основанием для отвода.

Таким образом, предложенное Принципами ИВА решение возникшей ситуации конфликта интересов не является идеальным.

¹⁴ Под которым понимается не только внешний юрист, но вообще любое лицо, в том числе сотрудник стороны, которое действует в арбитраже от имени стороны, независимо от его юридической квалификации или членства в коллегии адвокатов, ассоциации юристов или иной организации, членство в которой по законам данной страны обычно является условием для выступления в качестве юридического представителя в суде.

¹⁵ Пункт 4 Принципов ИВА.

¹⁶ Пункт 18 Принципов ИВА.

¹⁷ Пункт 6 Принципов ИВА.

¹⁸ URL: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx#Article%2018.

¹⁹ Статьи 18.3 и 18.4 Арбитражного регламента LCIA.

²⁰ Как было указано выше, в деле *Hrvatska elektroprivreda* сторона отказалась раскрыть степень вовлеченности нового представителя в дело. В силу этого должна быть сделана презумпция, что такая степень была значительной.

²¹ Пункт 1.4 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже: «Арбитр или его (ее) фирма регулярно консультирует сторону или аффилированное лицо стороны, и арбитр или его (ее) фирма извлекают из этого существенный финансовый доход».

Возможно, поэтому неизвестны случаи, кроме Hrvatska elektroprivreda, когда подобные меры бы применялись²².

Коммуникации между стороной и арбитром

В силу исторических причин, а также различий в функционировании правовых систем существуют значительные расхождения относительно допустимости общения *ex parte*²³ между представителем стороны и арбитром.

Например, в странах англосаксонского права не только допустимо предварительное общение стороны с потенциальным арбитром по некоторым вопросам, но даже организация своего рода интервью с ним по таким вопросам не считается нарушением. Во время такого интервью иногородний или иностранный арбитр может приглашаться в офис компании (стороны в споре), допускается возмещение расходов потенциального арбитра, понесенных в связи с такой командировкой²⁴. Подобный либеральный подход объясняется низким уровнем коррупции в юридической сфере данных стран, когда адвокат может позвонить судье и прояснить какие-либо технические детали, связанные с делом, и это вполне позволительно. В силу тех же причин считается нормальным общение между представителем стороны и потенциальным арбитром по вопросам, связанным с его назначением.

Правовые традиции России, напротив, категорически запрещают какое-либо общение между представителями сторон и судьями. На-

пример, секретариат МКАС при ТПП РФ отказывается предоставлять сторонам координаты потенциальных арбитров, поскольку это может вызвать сомнения в их независимости и беспристрастности. Понимая причины, в силу которых это делается, следует заметить, что при таком подходе практически невозможно выяснить, имеется ли у арбитра конфликт интересов, препятствующий принятию назначения по конкретному делу, и есть ли у него достаточно времени для разрешения конкретного дела.

Принципы ИВА вносят некоторую определенность по данным вопросам. С одной стороны, они прямо запрещают представителю стороны общаться *ex parte* с арбитрами по вопросам арбитража²⁵. С другой, устанавливаются и исключения из этого правила²⁶:

- до момента назначения арбитра — с целью определения его компетентности, опыта, способности, наличия времени и желания принять назначение в качестве арбитра, а также выяснения наличия потенциального конфликта интересов. Такое же общение допускается с потенциальным председателем состава арбитража, однако с согласия всех сторон разбирательства;
- до и после назначения арбитра — с целью выбора председателя состава арбитража.

К темам, которые также являются допустимыми при общении *ex parte* с потенциальным арбитром, относятся:

- публикации потенциального арбитра, в том числе книги, статьи и материалы конференций или приглашения на них;
- любая деятельность потенциального арбитра и его юридической фирмы или организации,

²² См. решение состава арбитров по вопросу участия представителя стороны от 14 января 2010 г. по делу *Rompetrol Group N.V. v Romania*. URL: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0718.pdf>.

²³ То есть без присутствия иных сторон спора.

²⁴ См. ст. 5 Руководства Королевского института арбитров (CIARB) относительно проведения интервью с потенциальными арбитрами. URL: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>.

²⁵ Следует обратить внимание на слова «по вопросам арбитража». Данная формулировка означает, что представитель стороны вправе общаться с арбитрами без присутствия второй стороны вне рамок процесса, если это, например, связано с их профессиональной деятельностью (поскольку арбитры и представители сторон являются членами юридического сообщества, сложно избежать общения между ними, например, на различного рода конференциях или в связи с участием в профессиональных организациях). Однако такое общение не может затрагивать вопросы конкретного дела, которое рассматривается данными арбитрами.

²⁶ Пункты 7–8 Принципов ИВА.

в которой он работает, могущая вызвать обоснованные сомнения в независимости или беспристрастности потенциального арбитра;

- общее описание природы спора;
- условия арбитражного соглашения и, в частности, любые соглашения, касающиеся места проведения, языка, применимого законодательства и регламента арбитражного разбирательства;
- информация касательно сторон, представителей сторон, свидетелей, экспертов и заинтересованных сторон;
- ожидаемое процессуальное расписание и общий подход к ведению разбирательства.

Вместе с тем прямо указывается, что представитель стороны не вправе обсуждать с арбитром существо спора и выяснять его мнение по данному поводу.

Заявления относительно фактов

Классическая доктрина стран континентальной системы права считает, что сторона в процессе может делать альтернативные заявления относительно вопросов права, но не относительно фактов. То есть нельзя, например, заявить: «Во-первых, ответчик не получал заем, а во-вторых, он его вернул».

²⁷ Альтернативный аргумент – способ аргументации, который ранее запрещался, а в настоящий момент признан как Федеральными правилами гражданского судопроизводства, так и правилами гражданского судопроизводства штатов. Состоит в том, что заявитель приводит два или более утверждения в качестве требований или возражений, которые необязательно сочетаются между собой. Когда два или более утверждения приводятся в качестве альтернативы друг другу и когда одного такого утверждения, сделанного в отдельности, было бы достаточно, аргумент не становится необоснованным по причине необоснованности одного или более альтернативных утверждений (см. *Black's Law Dictionary*. St. Paul, Minn. West Publishing Co. 1990, p. 78).

²⁸ Логика и аргументация: Учебник. Г. И. Рузавин / Под ред. Л. А. Артемова. – М.: Культура и спорт, ЮНИТИ, 1997. – С. 188.

²⁹ Пункт 9 Принципов ИВА.

В то же время процессуальная доктрина США, например, допускает так называемое *alternative pleadings*²⁷. Так, в частности, адвокат может сделать заявление относительно фактических обстоятельств: «Во-первых, я не брал горшок, во-вторых, его вернул, и, в-третьих, когда его брал, он уже тогда был разбит». Такое выступление в отношении фактов, по сути, содержит три заявления, каждое из которых противоречит друг другу, что нарушает правила формальной логики²⁸.

Тем не менее по процессуальным правилам в США считается, что адвокат может сделать альтернативное заявление, однако только в том случае, если он убедится, что для такого заявления есть достаточные основания. Злоупотребление подобным правом может привести к принятию в отношении него санкций со стороны местной ассоциации адвокатов.

Принципы ИВА налагают на представителя стороны обязанность не делать составу арбитража каких-либо заведомо ложных заявлений о фактах²⁹, но прямо *alternative pleadings* не запрещают.



Вместе с тем Принципы ИВА указывают: если представителю стороны станет известно о том, что он или иной представитель этой стороны ранее сделал заведомо ложное заявление о фактах, он должен незамедлительно исправить такое заявление.

Аналогичная обязанность существует относительно свидетельских показаний или заключения эксперта³⁰: представитель стороны не должен их предъявлять, если ему известно, что они ложны. Если же свидетель или эксперт намерен дать или дает показания, которые (насколько известно представителю стороны) являются ложными, то такой представитель должен незамедлительно уведомить сторону, которую он представляет, о необходимости исправления ситуации и последствиях неосуществления этого. Кроме того, он должен принять меры по исправлению ситуации, которые могут включать в себя одно или несколько следующих действий:

- информировать свидетеля или эксперта о необходимости дачи правдивых показаний;
- принимать разумные меры для удержания свидетеля или эксперта от дачи ложных показаний;
- убедить свидетеля или эксперта исправить или отозвать ложные показания;
- исправить или отозвать ложные показания;
- отказаться представлять сторону, если этого требуют обстоятельства.

Интересно, что в отличие от обязанности воздерживаться от заведомо ложных заявлений относительно фактов Принципы ИВА не содержат такого же требования относительно заявлений по вопросам права. Согласно официальному комментарию, представитель стороны может отстаивать любое толкование закона, контракта, договора или любого авторитетного источника, которое является разумно обоснованным.

Некоторые схожие с Принципами ИВА положения нашли свое выражение в арбитражных регламентах. Так, приложение к Ре-

гламенту LCIA, которое содержит Общее руководство для представителей сторон, указывает, что представители сторон не должны делать никаких ложных заявлений составу арбитража или Суду LCIA, а также не должны сознательно получать, содействовать в подготовке или полагаться на ложные доказательства, представленные составу арбитража или Суду LCIA³¹.

Руководство по этике для представителей сторон, принятое в 2018 году Сингапурским институтом арбитров (SIArb),³² пошло еще дальше: оно прямо запрещает представителям сторон делать ложные заявления относительно права.

Однако практическое применение данного положения, скорее всего, вызовет значительные затруднения, поскольку в отличие от фактов применение или неприменение норм права предполагает значительный простор для интерпретации. Большая часть работы юристов, как правило, сводится к тому, чтобы убедить состав арбитража в том, какая именно норма является применимой. Сам по себе данный процесс непрост, а если к нему еще добавить обвинение представителя второй стороны в том, что он сознательно вводит арбитров в заблуждение, то расследование такого обвинения вряд ли сделает процесс более эффективным.

Кроме того, критику со стороны арбитражного сообщества вызвали положения о том, что представитель стороны в случае, когда иной представитель этой стороны ранее сделал заведомо ложное заявление о фактах, должен незамедлительно исправить такое заявление – то есть, по сути, сообщить арбитрам о том, что его коллега или другой представитель стороны солгал. Поскольку во многих странах правила профессиональной этики обязывают адвоката быть лояльным прежде всего по отношению к клиенту, поведение, предписываемое Принципами ИВА, может вступить в противоречие с этой обязанностью.

³⁰ Пункт 11 Принципов ИВА.

³¹ *General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, Annex to the LCIA Rules, § 3, 4.*

³² URL: https://www.siarb.org.sg/images/SIARB_Party-Rep-Ethics_Guidelines_Apr18.pdf.

Общение со свидетелями и экспертами

Существуют значительные различия в отношении допустимости общения со свидетелями и экспертами до слушаний, а также помощи в подготовке ими показаний. Так, правила профессиональной этики стран континентальной Европы, к примеру Германии, ранее содержали общий запрет на подготовку свидетелей к выступлению в суде³³. Хотя на настоящий момент в Германии нет законодательных ограничений в этом отношении, подготовка свидетелей не так распространена, а подготовленные свидетели вызывают настороженность у судей³⁴. В США, напротив, общение со свидетелями в процессе подготовки ими показаний не только не запрещается, но является стандартной частью процесса, и адвокаты даже проводят специальные тренинги со свидетелями и экспертами, готовя их к слушаниям.

Принципы ИВА формализовали устоявшуюся практику международного арбитража относительно общения свидетелей и представителей сторон. С одной стороны, представитель стороны должен стремиться к тому, чтобы свидетельские показания отражали собственное понимание свидетелем соответствующих фактов, событий и обстоятельств, а показания эксперта отражали его собственный анализ и мнение³⁵. С другой, прямо устанавливается, что представитель стороны может встречаться со свидетелями и экспертами для того, чтобы обсудить и подготовить их предстоящие показания, а также помогать им в подготовке свидетельских показаний и заключения эксперта. Представитель стороны даже может

помогать свидетелю в подготовке его показаний на прямом и перекрестном допросе, в том числе посредством ответов на поставленные вопросы³⁶.

Кроме того, представитель стороны вправе оплачивать, предлагать оплатить или согласовать оплату³⁷:

- расходов, разумно понесенных свидетелем или экспертом при подготовке к даче показаний либо при даче показаний на слушании;
- разумной компенсации за потерю времени, понесенную свидетелем при даче показаний и подготовке к ней;
- разумного вознаграждения за профессиональные услуги эксперта, назначенного стороной.

В связи с этим обращает на себя внимание отчет Комиссии ИСС по арбитражу и дружественному разрешению споров в отношении увеличения доказательственной силы свидетельских показаний³⁸. Суть данного отчета в том, что интенсивная подготовка свидетелей к даче показаний, в том числе письменных, может сильно повлиять на воспоминание свидетеля об имевших место фактах и таким образом серьезно уменьшить их доказательственную силу.

Пражские правила³⁹ исходят из концепции того, что письменные показания свидетелей, как правило, не предоставляются. Это предполагает более ограниченное общение представителя стороны со свидетелями и повышает доказательственную ценность свидетельских показаний.

Применение процедуры раскрытия доказательств

Процессуальные традиции большинства стран континентального права не содержат процедуры

³³ См. Преимущество немецкого гражданского процесса / Лангбайн Д. *The University of Chicago Law Review*, 52, № 4, 1985. URL: https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_The_German_Advantage_in_Civil_Procedure.pdf.

³⁴ См. Обзор по судебным спорам. URL: <https://globalarbitrationreview.com/jurisdiction/1006587/germany>.

³⁵ Пункт 20 Принципов ИВА.

³⁶ Пункт 24 Принципов ИВА.

³⁷ Пункт 25 Принципов ИВА.

³⁸ См. *The Accuracy of Fact Witness Memory in International Arbitration: Current Issues and Possible Solutions // ICC Dispute Resolution Bulletin 2020 Issue 1* («Точность работы памяти у свидетелей в международном арбитраже: проблемы и пути их решения» // Бюллетень ИСС по разрешению споров за 2020 год. – Вып. 1.).

³⁹ URL: <http://www.praguerules.com/>.

раскрытия доказательств, аналогичной той, которая существует в Англии (*disclosure*) или США (*discovery*). Тем не менее данная процедура достаточно часто используется в международном арбитраже, и Правила ИВА по получению доказательств в международном арбитраже направлены на регулирование процедуры раскрытия документов и исходят из презумпции ее применения⁴⁰. Вместе с тем данная процедура предполагает наличие определенных обязанностей со стороны участвующих в деле представителей, без которых она не будет работать в полной мере.

Принципы ИВА, исходя из допустимости использования процедуры раскрытия документов⁴¹ в международном арбитраже, устанавливают также обязанности представителя стороны в случае возможности применения данной процедуры. Так, если арбитражное разбирательство предполагает или будет предполагать применение процедуры предоставления (раскрытия) документов⁴², представителю стороны следует проинформировать клиента о необходимости сохранения, насколько это возможно, документов, в том числе электронных, которые в соответствии с политикой хранения документов или практикой обычной коммерческой деятельности могут быть удалены и которые потенциально могут иметь отношение к арбитражу⁴³. Таким образом, Принципы ИВА, по сути, рас-

ширяют обязанности стороны при применении процедуры раскрытия документов по сравнению со стандартом, установленным в Правилах ИВА по получению доказательств в международном арбитраже.

Принципы ИВА возлагают на представителя стороны обязанность полностью помогать стороне в осуществлении процедуры раскрытия доказательств, в том числе предупреждать о последствиях непредставления документов⁴⁴. Представитель стороны не должен скрывать истребованные документы и советовать стороне, которую представляет, скрывать такие документы⁴⁵. Принципы ИВА также возлагают на представителей сторон обязанность не использовать процедуру раскрытия доказательств в ненадлежащих целях, таких как оказание давления на другие стороны или необоснованное затягивание разбирательства⁴⁶. Изменения в Регламент LCIA, принятые в 2014 году, указывают, что представитель стороны не должен сознательно укрывать или содействовать сокрытию любого документа (либо его части), если представление такого документа было указано составом арбитража⁴⁷.

Вместе с тем использование процедуры *discovery* не является общераспространенным явлением в международном арбитраже. Она, как правило, применяется в крупных и сложных спорах, но все чаще бывают ситуации, когда

⁴⁰ Статья 3 Правил ИВА по получению доказательств в международном арбитраже // Бюллетень ICC по разрешению споров за 2020 год.

⁴¹ Аналогичной процедуре *discovery*, используемой в США.

⁴² Что, собственно, можно предположить практически во всех случаях при разбирательстве по регламентам ICC, LCIA, SCC, SIAC и иных ведущих арбитражных центров. Впрочем, процедура раскрытия доказательств практически никогда не применяется при разбирательствах по регламентам МКАС при ТПП РФ, МКАС при ТПП Украины, МАС при ТПП Беларуси. Пражские правила также исключают применение данной процедуры.

⁴³ Пункт 12 Руководящих принципов ИВА.

⁴⁴ Пункты 14, 17 Принципов ИВА. Правила ИВА о получении доказательств (п. 5 ст. 9) указывают: «Если без приемлемых объяснений сторона не представляет какой-либо документ, запрошенный в ходатайстве о предоставлении документов, в отношении которого она своевременно не заявила возражений, а равно не представляет какой-либо документ, который должен быть предоставлен по распоряжению состава арбитража, состав арбитража вправе сделать вывод о том, что такой документ был бы неблагоприятен для интересов этой стороны». Данная норма уполномочивает состав арбитража сделать так называемый *adverse inference*, то есть вывод о том, что данные документы свидетельствовали против позиции стороны, которая их не представила; таким образом, заявление второй стороны считается доказанным.

⁴⁵ Пункт 16 Принципов ИВА.

⁴⁶ Пункт 13 Принципов ИВА.

⁴⁷ *General Guidelines for the Parties' Legal Representatives, Annex to the LCIA Rules, § 5.*

стороны отказываются от нее. Что же касается споров на небольшую сумму либо фактически несложных, там ее применение вообще вряд ли имеет смысл. Существующая в Принципах ИВА презумпция применения процедуры discovery и наложение на представителя стороны в связи с этим дополнительных обязанностей не всегда оправданны, особенно на первоначальной стадии разбирательства, когда решение о применении процедуры discovery не принято сторонами или арбитрами.

Санкции в отношении представителя стороны

Отсутствие установленных санкций за ненадлежащее поведение представителя стороны иногда приводило к тому, что некоторые недобросовестные стороны либо их представители считали, что арбитры не имеют никаких средств борьбы со злоупотреблениями с их стороны, такими как подделка или уничтожение доказательств, затягивание процесса, общение с арбитром по вопросам арбитража вне рамок арбитражного разбирательства.

Важным новшеством Принципов ИВА стало введение мер ответственности представителя стороны в случае нарушения данных принципов. Так, после уведомления сторон об имевшем место факте нарушения представителем стороны правил, установленных в Принципах ИВА, состав арбитража должен предоставить сторонам разумную возможность прокомментировать данное нарушение. После этого состав арбитража может⁴⁸:

- предупредить представителя стороны;
- сделать соответствующие выводы при оценке доказательств или юридических доводов, на которые ссылается представитель стороны⁴⁹;
- учесть ненадлежащее поведение представителя стороны при распределении арбитражных расходов, с указанием в случае необходимо-

сти, как и в какой мере ненадлежащее поведение представителя стороны привело состав арбитража к изменению подхода в части отнесения расходов;

- принять любые другие уместные меры для обеспечения справедливости и объективности разбирательства.

Данные меры, безусловно, гораздо более мягкие по сравнению с теми, которые могут быть приняты национальными ассоциациями адвокатов по отношению к своим членам, включая нарушение правил профессиональной этики. Однако, учитывая, что полномочия состава арбитража ограничены только тем объемом, который предоставлен ему сторонами, было бы сложно наделить арбитров правом применять более серьезные меры воздействия на стороны и их представителей.

Тем не менее даже эти положения вызвали острую критику со стороны Швейцарской арбитражной ассоциации (ASA)⁵⁰. В частности, швейцарские коллеги указывали, что функцией арбитров является прежде всего разрешение споров, а не применение дисциплинарных мер к представителям сторон. Обычно дисциплинарным воздействием занимаются национальные ассоциации юристов. Наложение санкций на представителя стороны может подорвать доверие в способность состава арбитража рассматривать спор нейтрально и беспристрастно. Кроме того, применение санкций к представителям сторон, скажем, в связи с заведомо ложным заявлением относительно фактов или в связи с раскрытием доказательств потребует от состава арбитража расследования характера общения между стороной и представителем. Это не только нарушит юридическую привилегию (конфиденциальность общения между стороной и представителем), но сделает невозможным беспристрастное рассмотрение спора по существу этим же составом арбитража (в силу доступа к внутренним коммуникациям между стороной и представителем).

⁴⁸ Пункт 26 Принципов ИВА.

⁴⁹ Здесь имеется в виду *adverse inference*, о котором упоминалось выше.

⁵⁰ URL: <https://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-news/details/983.statement-on-the-global-arbitration-ethics-council-discussions.html>.

Конечно, ситуация могла бы измениться в случае создания некоего международного органа, аналогичного национальной ассоциации адвокатов, целью которого являлась бы проверка соблюдения этических принципов юристами, вовлеченными в международный арбитраж, и потенциально обладающего более широкими полномочиями в отношении применения санкций за нарушение правил профессиональной этики. Создание такого органа обсуждалось в 2015 году в Женеве неформальной рабочей группой, созданной ASA при участии представителей различных арбитражных институций⁵¹, однако, судя по всему, дальше обсуждения идеи дело не пошло⁵².

Хотелось бы также отметить, что в литературе нет упоминаний о применении арбитрами каких-либо из описанных выше мер. Это может свидетельствовать как о том, что Принципы ИВА оказывают профилактическое влияние на поведение представителей сторон, так и том, что составы арбитража не стремятся в силу тех или иных причин принимать на практике меры в отношении представителей сторон.

Вместо вывода

Ответ на вопрос, стоит ли сторонам соглашаться на применение Принципов ИВА в арбитражном разбирательстве, скорее отрицательный,

чем положительный. Признавая, что Принципы ИВА могут сыграть достаточно серьезную роль в установлении правил игры для представителей сторон, следует отметить, что некоторые их положения существенно меняют принципы профессиональной этики адвокатов из многих стран континентальной системы и возлагают на арбитров несвойственные им функции. Поэтому применение Принципов ИВА в полном объеме может оказаться сюрпризом и для сторон, и для их представителей.

Кроме того, хотя Принципы ИВА призваны увеличить эффективность арбитражного разбирательства, их использование может привести к прямо противоположному эффекту. Так, если сторона будет настаивать на расследовании составом арбитража якобы имевших место случаев нарушений со стороны представителя другой стороны, это может серьезно затянуть и усложнить процесс.

Представители сторон из англосаксонской системы права, напротив, будут склонны применять Принципы ИВА, поскольку их национальные правила профессиональной этики уже содержат сходные положения. Впрочем, если такие представители уже подчиняются подобным правилам в силу национального регулирования, необходимость дополнительного «усиления» их поведения посредством Принципов ИВА вызывает сомнения.

⁵¹ URL: <https://www.arbitration-ch.org/en/asa/asa-news/details/983.statement-on-the-global-arbitration-ethics-council-discussions.html>.

⁵² С.м. Geisinger E. *Soft Law and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethic in International Arbitration* // *The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules and other Para-regulatory Texts in International Arbitration. ASA Special Series, No. 37, JurisNet, LLC, 2015.*

ПРАКТИКА АРБИТРАЖНОГО ИНСТИТУТА ТОРГОВОЙ ПАЛАТЫ Г. СТОКГОЛЬМА ПО ОТВОДУ АРБИТРОВ

Mansors



Роман Зыков
партнер

В спорах по Регламенту Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма окончательное решение по вопросу об отводе принимается правлением Арбитражного института ТПС (далее – правление). Ежегодно правление рассматривает несколько заявлений об отводах арбитров. Отмечается, что решения основываются «на применимом праве, а также Регламенте ТПС и сложившейся практике. ТПС также принимает во внимание Правила по конфликту интересов в международном арбитраже, разработанные Международной ассоциацией юристов».

Практика по отводу арбитров правлением ТПС начиная с 2000 года достаточно детально исследована и опубликована в различных источниках¹. Статистика показывает, что число заявлений об отводах арбитров в последние годы растет, вместе с тем число отведенных арбитров остается небольшим.



Виктория Гладышева
юрист

| Год | Внутренние и международные дела | Число заявлений об отводе арбитров | Отведено арбитров |
|------|---------------------------------|------------------------------------|-------------------|
| 2000 | 135 | 4 | 0 |
| 2001 | 130 | 2 | 1 |
| 2002 | 120 | 3 | 0 |
| 2003 | 169 | 4 | 0 |
| 2004 | 123 | 10 | 0 |
| 2005 | 100 | 11 (6) ² | 10 |
| 2006 | 141 | 6 | |
| 2007 | 170 | 5 | |

¹ Öhrström M. *Decisions by the SCC Institute regarding challenge of arbitrators. Decisions 1999–2002* // *Stockholm Arbitration Report 2002, Issue 1*; Magnusson A., Larsson H. *Recent practice of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce: prima facie decisions on jurisdiction and challenges of arbitrators. Decisions 2003–2004* // *Stockholm Arbitration Report 2004, Issue 2*. P. 47–84; Jung H. *SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007* // *Stockholm International Arbitration Review 2008:1*; Lindström N. *Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008–2010* // *Materials of the SCC Arbitration institute. 2012*. P. 35–58; Ipp A. H. *SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2013–2015*; Ipp A., Carè R., Dubeshka V. *SCC Board Decisions on Challenges to Arbitrators 2016–2018*.

² Поскольку в трех случаях отвод был заявлен в одном и том же деле, а в четырех случаях – одному и тому же арбитру в разных делах, но по одному основанию, можно говорить о том, что всего в 2005 году было заявлено шесть, а не одиннадцать отводов.

Продолжение таблицы

| | | | |
|-------|------|-----------|----|
| 2008 | 176 | 4 | 1 |
| 2009 | 215 | 3 | 2 |
| 2010 | 197 | 7 | 1 |
| 2011 | 199 | 4 | 4 |
| 2012 | 177 | 2 | 2 |
| 2013 | 203 | 14 | 2 |
| 2014 | 183 | | 1 |
| 2015 | 181 | | 1 |
| 2016 | 199 | 16 | 4 |
| 2017 | 200 | 6 | 0 |
| 2018 | 152 | 11 | 4 |
| 2019 | 175 | 9 | 1 |
| Итого | 3345 | 121 (116) | 34 |

Чтобы проиллюстрировать практику ТПС по отводам арбитров, рассмотрим несколько наиболее типичных примеров.

1. Арбитражное дело ТПС V (046/2007)

Истец: Исландия.

Ответчик: Швеция.

Факты рассматриваемого дела

Компании из Исландии и Швеции являлись сторонами акционерного соглашения. В просьбе об арбитраже истец ссылался на то, что ответчик в нарушение соглашения акционеров продал свои акции компании третьим лицам. Для рассмотрения спора была сформирована коллегия из трех шведских арбитров. Арбитр, назначенный истцом, при раскрытии информации указал, что в другом споре он выступал в качестве правового эксперта на стороне третьей компании, которая судилась против ответчика.

Позиция ответчика

Ответчик заявил отвод арбитру истца. Ответчик отметил, что, может быть, арбитр и не является пристрастным или заинтересованным в данном споре, однако факт его участия в другом споре в качестве правового эксперта на стороне оппонента делает кандидатуру данного арбитра неприемлемой.

Позиция истца

Роль арбитра в другом процессе ограничивалась лишь подготовкой правового заключения, а не представлением интересов стороны, выступавшей против ответчика. Два этих дела совершенно не связаны, у них другие стороны и предмет спора. Более того, поскольку ответчик не утверждает, что арбитр зависим или пристрастен в отношении одной из сторон спора, уже этого достаточно, чтобы не отводить арбитра.

Между тем истец дополнительно сообщил, что арбитр оказывал услуги представителю истца в 2004 году в течение шести месяцев в связи с другим арбитражем. После этого вплоть до 2007 года между представителями истца и арбитром не было каких-либо деловых связей.

Решение правления ТПС

Исследовав доводы сторон, правление решило удовлетворить заявление об отводе арбитра.

Комментарий

Ключевой задачей ТПС является создание благоприятных условий для проведения эффективного процесса и вынесения исполнимого решения: «При решении вопросов, не нашедших регулирования в настоящем Регламенте ТПС... должен действовать в духе его [Регламента ТПС] положений и приложить все разумные усилия, чтобы все арбитражные решения приводились в исполнение»³. Описанная ситуация охватывается Оранжевым списком Правил ИВА, поэтому правление ТПС решило не «инфицировать» весь состав арбитража и исключить в будущем возможность отмены арбитражного решения судом, а также упростить его исполнение.

³ Пункт 2 ст. 2 Арбитражного регламента Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма, 2017.

В опубликованной практике решений правления по отводам можно найти ряд похожих дел, в которых арбитру заявляется отвод ввиду его участия в статусе правового эксперта в другом деле, связанном с одной из сторон спора. Однако само по себе участие в роли эксперта не влечет автоматического отвода арбитра и зависит от конкретных обстоятельств дела.

2. Арбитражное дело ТПС V (068/2010)

Истец: Швеция.

Ответчик: Нидерландские Антильские острова.

Факты рассматриваемого дела

Между истцом и ответчиком был заключен лицензионный договор на использование программного обеспечения. Помимо этого истцом был заключен лицензионный договор с другой компанией, которая является прямым конкурентом ответчика. В результате несанкционированного использования данных ответчика конкурентом ответчик пригрозил обоим обращением в суд. В этой связи истец обратился в ТПС с просьбой вынести декларативное решение о том, что истец не нарушил своих обязательств по лицензионному договору.

Позиция ответчика

Ответчик заявил отвод арбитру истца на том основании, что арбитр в Подтверждении о назначении арбитром раскрыл следующие обстоятельства. Юридическая фирма этого арбитра принимала участие в четырех других делах, касающихся компании истца, — в двух спорах на стороне истца и в двух против. Также арбитр консультировал истца в корпоративной сделке менее трех лет назад. Ответчик счел, что указанные обстоятельства подпадают под действие Оранжевого списка Правил ИВА.

Позиция арбитра

Арбитр впоследствии пояснил, что четыре указанных дела имели место более трех лет назад, а потому не подпадают под действие Оранжевого списка. Что касается корпоративной сделки, то его юридическая фирма участвовала лишь в части комплексной сделки.

Решение правления ТПС

Правление приняло решение удовлетворить отвод арбитра.

Комментарий

При наличии оснований, установленных Оранжевым списком, Правила ИВА предписывают следующее: «*При наличии фактов или обстоятельств, которые могут, по мнению сторон, вызвать сомнения в беспристрастности или независимости арбитра, последний должен раскрыть такие факты или обстоятельства сторонам, арбитражному институту или иному назначающему органу (если таковой имеется и если это требуется согласно применимому регламенту) и другим арбитрам, если таковые имеются, до выражения согласия на назначение или, если такое согласие уже дано, как только арбитру станет известно о таких фактах или обстоятельствах*»⁴. Заметим, что попадание тех или иных фактов под действие Оранжевого списка само по себе не является свидетельством пристрастности арбитра, однако дает стороне основания усомниться в гарантиях честного и равного процесса⁵. Поэтому отвод арбитра здесь рассматривается как меньшее из зол по сравнению с перспективой отмены арбитражного решения судом. На наш взгляд, именно этой логикой руководствовались правление ТПС, принимая решение об отводе арбитра.

Случаи, когда арбитр профессионально или финансово связан с одной из сторон, пожалуй, являются самыми распространенными среди рассматриваемых правлением заявлений

⁴ Пункт «а» ст. 3 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

⁵ Пункт 3 ч. II Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

об отводе арбитров⁶. В таких делах правление, как правило, занимает достаточно жесткую позицию, что в полной мере согласуется со стандартами Правил ИВА. Наиболее часто такие ситуации возникают в спорах между шведскими компаниями, которые представлены шведскими же юридическими фирмами⁷. Тем не менее известны также и примеры отвода арбитров в делах с участием сторон из СНГ. Например, в деле U (207/2009) между компаниями из США и России ходатайство об отводе было заявлено российскому арбитру по причине его участия в правлении корпорации, большая часть контрольного пакета акций которой принадлежала ответчику. Кроме того, арбитр неоднократно выступал юридическим советником российской стороны, а его фирма представляла интересы четырех руководителей одной из компаний ответчика. В этом случае правление ТПС совершенно резонно удовлетворило ходатайство об отводе арбитра, несмотря на заявление самого арбитра о том, что «по его мнению, обстоятельств, которые могли бы повлиять на его беспристрастность в рассматриваемом деле, не существует»⁸.

3. Арбитражное дело ТПС V (190/2010)

Истец: Республика Беларусь.

Ответчик: Польша.

Факты рассматриваемого дела

Компания из Польши обязалась поставить оборудование компании из Беларуси. Истец инициировал дело в ТПС, требуя компенсации убытков в связи с неисправностью оборудования. Истец назначил арбитра из России, ответчик — из Польши, ТПС назначила шведского председателя состава арбитража.

Позиция истца

Истец заявил отвод арбитру ответчика на том основании, что данный арбитр является собственником предприятия, которое также участвовало в тендере на поставку аналогичного оборудования истцу, однако истец отклонил предложение компании арбитра в пользу компании ответчика. После того как выяснилось, что оборудование ответчика дефектное, истец вновь запросил у компании арбитра коммерческое предложение на услуги по ремонту оборудования, однако договор об оказании таких услуг с компанией арбитра не был заключен. Принимая во внимание эту ситуацию, истец счел, что такая степень вовлеченности компании арбитра в проект дает основания сомневаться в его беспристрастности и независимости.

Позиция ответчика

На обвинения в отсутствии беспристрастности арбитра ответчик заявил, что рынок данного оборудования очень мал и все его игроки хорошо знают друг друга. Арбитр ответчика является профессионалом, разбирается в проблемах данного сегмента, посему и выбран ответчиком в качестве арбитра.

Решение правления ТПС

Правление удовлетворило заявленный отвод и отстранило арбитра от участия в рассмотрении дела.

Комментарий

На наш взгляд, решение об отводе продиктовано фактом тесной связи арбитра как со стороной, так и с предметом спора. Несмотря на отсутствие прямого материального интереса арбитра в исходе дела, неудачное участие компании арбитра в тендере не исключает его предвзятости по отношению к истцу (заказчику). Представляется, что арбитр был обязан раскрыть факт своего участия в проекте. В этом смысле утверждение ответчика о том, что рынок такого оборудования

⁶ Jung H. *SCC Practice: Challenges to Arbitrators. SCC Board decisions 2005–2007 // Stockholm International Arbitration Review 2008:1. P. 18.*

⁷ См., например, дела V (001/2010), V (124/2011), V (170/2011), V (174/2011), V (177/2011), V (081/2012), V (078/2012).

⁸ Lindström N. *Challenges to Arbitrators – Decisions by the SCC Board during 2008–2010 // Materials of the SCC Arbitration institute. 2012. P. 51.*

достаточно узок, а арбитр обладает специальными знаниями в данной области, по существу не имеет значения. Недопустимо пренебрегать беспристрастностью в угоду уникальному функционалу арбитра, например в виде обладания знаниями, имеющими отношение к спору.

4. Арбитражное дело ТПС V (60/1999)

Истец: САР Гонконг.

Ответчик: Китайская Народная Республика.

Факты рассматриваемого дела

Спор возник из договора о погашении долга. Ответчик назначил своего арбитра, указав, что тот является действующим арбитром Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (СИЕТАС) и председателем государственного суда в провинции, в которой зарегистрировано предприятие ответчика. Истец счел это нарушением принципа беспристрастности и потребовал отвода арбитра.

Позиция истца

Заявляя отвод арбитру ответчика, истец сделал ссылку на якобы всем известный факт протекционизма китайских судов в отношении местного бизнеса. В подтверждение данного тезиса истец указал на большое число международных споров с китайскими компаниями, которые вынесены за пределы Китая и рассматриваются в нейтральных арбитражных центрах, например в Стокгольме. Истец заявил, что судья, выступающий в роли арбитра, не останется безучастным к судьбе компании из своего региона, а следовательно, не сможет исполнить свои функции беспристрастно.

Позиция арбитра ответчика

Арбитр не согласился с позицией истца, поскольку заявление последнего основано на предположениях и отсутствуют какие-либо доказательства в пользу достоверности этого утверждения.

Позиция ответчика

Ответчик также указал на спекулятивный характер заявления истца. Действительно, в Китае известны случаи пристрастности судей, однако было бы неправильным считать, что все судьи пристрастны.

Решение правления ТПС

Правление отказало в удовлетворении отвода и направило материалы дела составу арбитража.

Комментарий

Данное решение правления отражает общий подход, который базируется на презумпции беспристрастности арбитра, если не доказано обратного либо отсутствие независимости или беспристрастности столь очевидно, что не требует самостоятельного доказывания. Сторона и ее арбитр добросовестно раскрыли информацию, которая, по их мнению, могла бы вызвать сомнения в беспристрастности. Однако бремя доказывания обстоятельств пристрастности арбитра лежит на стороне, заявившей отвод. Если такие доказательства не представлены, правление, скорее всего, отклонит ходатайство об отводе арбитра.

5. Арбитражное решение ТПС 2012/002

Истец: Пакистан.

Ответчик: Норвегия.

Факты рассматриваемого дела

Истец заявил отвод арбитру, назначенному ответчиком, на основании следующего. Представитель истца услышал разговор между арбитром и представителем ответчика, в котором арбитр поставил под сомнение достоверность экспертных показаний истца в других арбитражных разбирательствах, связанных со спором.

Позиция истца

В качестве подтверждения своей позиции представитель истца представил свои свидетельские показания, которые подкреплялись

проверкой на полиграфе. Впоследствии истец заявил отвод всему составу арбитража, утверждая, что арбитр ответчика мог повлиять на мнение других арбитров.

Позиция ответчика

Ответчик признал, что между представителем ответчика и арбитром имел место разговор, но при этом арбитр не высказывал замечания, на которое ссылался представитель истца. Ответчик также возражал против допустимости такого доказательства, как проверка на полиграфе.

Позиция арбитра ответчика

Арбитр, которому был заявлен отвод, отрицал, что сделал предполагаемое замечание, утверждая, что разговор между ним и представителем ответчика был просто светской беседой у кофемашины.

Решение правления ТПС

Правление отказало в удовлетворении отвода арбитра.

Комментарий

Правление сочло аргументы, заявленные истцом, недостаточными и не свидетельствующими об отсутствии независимости и беспристрастности.

6. Арбитражное решение ТПС 2013/134

Истец: Швеция.

Ответчик: Швеция.

Факты рассматриваемого дела

Спорное дело рассматривалось тремя арбитрами. После назначения председатель состава арбитража сообщил, что он более 30 лет проработал в юридической фирме, представляющей истца в данном деле. Однако арбитр покинул фирму за семь лет до назначения в деле, о котором идет речь.

Позиция ответчика

Ответчик заявил отвод председателю на указанных основаниях, добавив, что истец мог быть клиентом фирмы в то время, что означает, что истец был де-факто клиентом председателя.

Позиция арбитра

Арбитр, которому был заявлен отвод, отметил, что он не помнит, чтобы истец был клиентом фирмы, пока он был ее партнером. К тому же он покинул эту фирму за семь лет до назначения в рассматриваемом деле. Два юриста, представляющие истца, присоединились к данной юридической фирме после того, как председатель ее покинул.

Решение правления ТПС

Правление отказало в удовлетворении отвода арбитра.

Комментарий

Утверждение о возможном наличии каких-либо профессиональных отношений между арбитром и одной из сторон — часто заявляемое основание для отвода арбитра. Однако в соответствии с разделом 3.1 Оранжевого списка Правил ИВА срок для данного обстоятельства составляет три года. В данном же случае отводимый арбитр покинул фирму семь лет назад — этот достаточно долгий срок, по нашему мнению, мог стать решающим фактором для отказа в отводе.

7. Арбитражное решение ТПС 2014/169

Истец: Польша.

Ответчик: член ЕС.

Факты рассматриваемого дела

Государство-ответчик подало отвод арбитру, назначенному инвестором-истцом, основываясь на том, что арбитр выступал в качестве представителя инвестора в другом арбитражном разбирательстве между инвестором и государством, где он отстаивал позицию, противоречащую позиции ответчика в имеющемся деле.

Позиция ответчика

Государство-ответчик, аргументируя заявление об отводе, также указало, что решение в пользу ответчика в данном арбитражном разбирательстве нанесет ущерб интересам сторон в другом арбитраже. Заявитель отвода также утверждал, что, хотя эти два арбитража не связаны между собой, пересекающиеся вопросы дают арбитру личную и финансовую заинтересованность в споре.

Позиция истца

Истец протестовал против отвода, утверждая, что возражения ответчика в этом арбитражном разбирательстве отличаются от возражений, выдвинутых в деле, где арбитр выступал в качестве представителя инвестора. Истец также заявил, что не существует правила, запрещающего лицам выступать в качестве адвокатов и арбитров в аналогичных, но не связанных между собой арбитражах.

Позиция арбитра истца

Арбитр, которому был заявлен отвод, прокомментировал, что его обязанности как представителя стороны и как арбитра не противоречат друг другу, поскольку вопросы в арбитраже, в котором он выступал в качестве представителя, отличались от вопросов в данном арбитраже.

Решение правления ТПС

Правление ТПС удовлетворило заявленный отвод и отстранило арбитра от участия в рассмотрении дела.

Комментарий

С учетом всех обстоятельств дела правление ТПС сочло обоснованным аргумент заявителя отвода о том, что участие арбитра в другом процессе между теми же сторонами в качестве представителя стороны-оппонента может создать риски отсутствия независимости и беспристрастности, которых Правила ИВА предписывают избегать⁹.

8. Арбитражное решение 2016/007

Истец: Россия.

Ответчик: Австрия.

Факты рассматриваемого дела

Истец заявил отвод арбитру ответчика после слияния юридической фирмы представителя ответчика с глобальной сетью юридических фирм, в которой одним из партнеров была жена арбитра ответчика.

Позиция истца

Истец утверждал, что указанный факт может способствовать вынесению арбитром решения в пользу ответчика.

Позиция ответчика

Ответчик указал, что он назначил арбитра в силу его уникальных знаний и языковых навыков, и отметил, что жена арбитра работала в другой практике юридической фирмы ответчика, не участвовала в арбитраже и не консультировала отводимого арбитра или кого-либо из сторон.

Позиция арбитра ответчика

Арбитр заявил, что структура юридической фирмы не создавала прямой или косвенной экономической связи между его женой, партнером в шведском филиале и юристами в других офисах, включая представителя ответчика в данном арбитражном разбирательстве.

Решение правления ТПС

Правление ТПС удовлетворило заявленный отвод арбитра.

Комментарий

Полагаем, что в данном деле, несмотря на отсутствие прямой связи между арбитром, его женой и юридической фирмой, раздел 3.3.5 Оранжевого списка Правил ИВА предусматривает возмож-

⁹ Пункт «а» ст. 3 Руководящих принципов Международной ассоциации юристов относительно конфликта интересов в международном арбитраже.

ность отвода арбитра в случае, когда «Близкий член семьи арбитра является партнером или сотрудником фирмы, представляющей одну из сторон, но не участвует в разрешении спора».

9. Арбитражное решение 2016/092

Истец: США.

Ответчик: Италия.

Факты рассматриваемого дела

Арбитр истца сообщила, что участвовала в организации конференции, организационный комитет которой возглавлял один из представителей истца. При этом арбитр пояснила, что никогда не встречалась и не контактировала с представителем истца.

Позиция ответчика

Ответчик заявил отвод арбитру, утверждая, что арбитр может вступить в прямой контакт с представителем истца посредством контактов с комитетом конференции и что это вызывает обоснованные сомнения относительно независимости арбитра.

Позиция истца

Истец возражал, что совместное участие в конференциях или организации подобных мероприятий не может рассматриваться как приводящее к действительному или даже кажущемуся конфликту интересов в соответствии с разделом 4.3.4 Руководства IBA.

Решение правления ТПС

Правление отказало в удовлетворении отвода арбитра.

Комментарий

В опубликованной практике решений правления ТПС по отводам есть ряд похожих дел, в которых сторона заявляла отвод арбитру из-за его участия в конференции, где также участвовал представитель одной из сторон. Однако в большинстве та-

ких решений признается, что подобное участие не влечет автоматического отвода арбитра и зависит от конкретных обстоятельств дела.

10. Арбитражное решение 2017/012, 2017/015, 2017/016

Истец: Россия.

Ответчик: Турция.

Факты рассматриваемого дела

Истец инициировал три параллельных арбитражных разбирательства по Регламенту ТПС против трех разных ответчиков. Кроме того, истец инициировал два других арбитражных разбирательства, в которых ТПС действовал только как орган, назначающий арбитров. Истец во всех случаях назначил разных арбитров, а все ответчики назначили одного и того же арбитра.

Позиция истца

Истец заявил отвод арбитру, выбранному ответчиками. Главный аргумент истца заключался в том, что назначение одного арбитра в пяти делах, касающихся частично совпадающих или идентичных вопросов, мешает ему отделить доказательства и аргументы, представленные в одном деле, от представленных в других делах. Истец заявил, что многократные назначения в корне подорвали независимость арбитра и нарушили два раздела Оранжевого списка Правил IBA – оказание услуг в течение последних трех лет в качестве арбитра в другом арбитраже по соответствующему вопросу с участием одной из сторон (раздел 3.1.5) и назначение в пределах последних трех лет более трех раз одним и тем же представителем или одной и той же юридической фирмой (раздел 3.3.8).

Позиция ответчиков

Ответчики возражали против аргумента о том, что речь идет о многократных назначениях, как это определено в Правилах IBA. Они ука-

зали, что в данном деле отводимый арбитр был назначен каждым ответчиком один раз, одновременно всеми ответчиками, что соответствует Регламенту ТПС, шведскому законодательству и правилам международного арбитража. Ответчики также отметили, что никакой «ментальной сегрегации» не потребуется, поскольку арбитражные разбирательства касаются того же спора и тех же вопросов.

Решение правления ТПС

Правление отказало в удовлетворении отвода арбитра.

Комментарий

Несмотря на указание истца на нарушение положений Правил ИВА, правление ТПС посчитало достаточными аргументы ответчиков о том, что арбитражные разбирательства касаются одного и того же спора и включают одни и те же вопросы, в связи с чем арбитр сможет рассмотреть все пять споров.

Краткие итоги

В качестве общего вывода по статистике отвода арбитров ТПС можно отметить, что при анализе каждого отвода правление ТПС анализирует применимое право и лучшие практики в сфере

международного арбитража. Правила ИВА относительно конфликта интересов в международном арбитраже также принимаются во внимание, однако в некоторых случаях правление ТПС может отходить от стандартов, установленных данными правилами, то есть они не являются решающими.

ТПС указывает, что такое основание для отвода арбитра, как предполагаемая предвзятость из-за участия с истцом или ответчиком в отдельном, несвязанном, но параллельном разбирательстве, само по себе редко считается основанием для обоснованных сомнений в беспристрастности арбитра. Кроме того, отвод, как правило, не будет поддержан, если он основан на обстоятельствах или отношениях, которые прекратили существование несколько лет назад. Например, отношения между арбитром и стороной или ее представителем, которые закончились более чем за три года до начала арбитража, обычно не свидетельствуют о пристрастности арбитра.

Когда сторона представляет несколько оснований для отвода арбитра, правление ТПС проводит общую оценку, принимая во внимание все соответствующие обстоятельства, так как может оказаться, что нескольких отношений или обстоятельств, рассматриваемых в совокупности, достаточно для того, чтобы удовлетворить отвод, даже если по отдельности они не являются веским аргументом для отвода арбитра.

КОНФЛИКТ ИНТЕРЕСОВ: НОВЕЛЛЫ ФРАНЦУЗСКОЙ ПРАКТИКИ



Екатерина Гривнова
юрист, Allen & Overy

Независимость и беспристрастность являются неперенными условиями осуществления функции отправления правосудия, в том числе и арбитрами. Эти важнейшие качества обеспечивают равное и непредвзятое отношение арбитра к каждой стороне, а значит, и доверие сторон к арбитражной процедуре¹. Под независимостью подразумевается отсутствие связей между арбитром и сторонами, представителями или соарбитрами, а под беспристрастностью — непредвзятость арбитра по отношению к предмету спора².

Список потенциальных конфликтов, способных повлиять на независимость и беспристрастность арбитров, бесконечен. На основании анализа практики французских судов доктор права Кастр-Сан-Мартан предлагает следующую классификацию таких противоречий³:

I. Конфликты, касающиеся личности сторон:

1. Конфликты, основанные на имущественных взаимоотношениях:
 - конфликты, основанные на систематическом назначении арбитра (компанией или компаниями группы);
 - конфликты, основанные на отношениях подчинения (в рамках трудовых отношений);
 - конфликты, основанные на деловых отношениях между арбитром и стороной.
2. Конфликты, не основанные на имущественных отношениях (основанные, например, на национальности арбитра, личных, семейных или дружественных связях).

II. Конфликты, касающиеся предмета спора⁴:

1. Конфликты, основанные на предыдущих или текущих назначениях арбитра в делах с аналогичными или идентичными фактами.
2. Конфликты, основанные на высказывании определенного мнения по существу спора.

Конфликты интересов арбитров уже много лет являются предметом дискуссий судей. Судебная практика по этому вопросу обширна и многогранна, и автор, безусловно, не ставит перед собой задачи ее полностью осветить в настоящей статье. Ниже рассмотрены два последних решения

¹ Апелляционный суд Парижа, 17 декабря 2019 года, № 17/23073: *L'indépendance d'esprit est indispensable à l'exercice du pouvoir juridictionnel, quel qu'en soit la source, et constitue l'une des qualités essentielles de l'arbitre qui assure à chaque partie un traitement égal.*

² Seraglini C., Ortscheidt J. *Droit de l'arbitrage interne et international*, LGDJ, 2019, p. 739.

³ Castres Saint-Martin C. *Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international*, RDIA n°1, 2018, p. 170 et seq.

⁴ Подробнее об issue conflict читайте в статье Галины Жуковой в английской части этого номера. — Прим. ред.

Апелляционного суда Парижа от 25 февраля 2020 года, которые привнесли некоторые дополнения в устоявшуюся практику.

Известность конфликта как исключение обязательства арбитра по его раскрытию

Конфликты интересов неизбежны и в арбитраже, и в международной торговле в целом. Обязательство арбитров по раскрытию такой информации призвано минимизировать влияние личных конфликтов на принятие решений. Во французской доктрине обязательство по раскрытию часто называют профилактикой конфликтов⁵.

Большинство арбитражных законов мира предусматривают такое обязательство, и французское законодательство не исключение. В соответствии со ст. 1456 и п. 2 ст. 1506 французского Гражданского процессуального кодекса (ГПК) арбитр обязан раскрыть все обстоятельства, которые могут повлиять на его независимость или беспристрастность, как до согласия на назначение в качестве арбитра, так и во время арбитражного процесса.

Французские суды уточнили это законодательное положение: подлежат раскрытию не только обстоятельства, способные повлиять на независимость и беспристрастность, но и любые другие обстоятельства, могущие привести к обоснованному сомнению сторон (*doute raisonnable*) в независимости и беспристрастности арбитра⁶.

У этого правила есть исключение: арбитр не обязан раскрывать конфликт, если последний явля-

ется широко известным⁷. Известность подразумевает доступность информации о конфликте (например, в интернете⁸). Известность конфликта ограничивает обязанность арбитра по раскрытию, так как коррелирует с обязанностью сторон провести необходимую проверку, чтобы узнать об обстоятельстве, не подлежащем раскрытию (так называемая обязанность любопытства — *obligation de curiosité*). Невыполнение этого обязательства препятствует аннулированию арбитражного решения по причине возможного конфликта (как мы увидим далее, чтобы иметь возможность требовать отмены арбитражного решения, сторона должна заявить отвод в арбитражном процессе). Таким образом, существование обязательства арбитра по раскрытию не освобождает стороны от необходимости проводить собственную проверку касательно его независимости.

В нескольких громких делах французские суды склонялись к широкой интерпретации данной обязанности сторон. К примеру, в деле *Tesnimont* Кассационный суд напомнил, что стороны не вправе ссылаться в рамках процесса аннулирования арбитражного решения на факты, вызывающие сомнения в независимости и беспристрастности арбитра, если такие факты являлись общеизвестными на момент назначения арбитра. К общеизвестным фактам Кассационный суд отнес информацию, содержащуюся на сайтах арбитра и сторон спора⁹.

Тем не менее во французском арбитражном праве нет четких правил ни относительно вида отношений, которые должны быть раскрыты, ни относительно круга лиц, отношения между которыми должны быть раскрыты. Французские суды также формально не ссылаются

⁵ *Castres Saint-Martin C. Les conflits d'intérêts en arbitrage commercial international, RDIA n°1, 2018, p. 170 et seq.*

⁶ 18 Décembre 2008, *Cour d'appel de Paris (1re Ch. C)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 682–685*; 10 Mars 2011, *Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 732–736*; 9 Septembre 2010, *Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 686–690*; 1er Juillet 2011, *Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 761–765*.

⁷ 9 Septembre 2010, *Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 686–690*; 8 Février 2011, *Cour d'appel de Colmar (1 Ch. Civ., Sect. A)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 724–731*; 16 Décembre 2010, *Cour d'appel de Paris (Pôle 1 – Ch. 1)*, *Revue de l'Arbitrage, Volume 2011, Issue 3, pp. 710–713*.

⁸ Апелляционный суд Парижа, 14 марта 2017 года, № 15/19525.

⁹ Апелляционный суд Парижа, 12 апреля 2016 года, № 14/14884; Кассационный суд, 19 декабря 2018 года, № 16-18349.

на IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration¹⁰. Квалификация каждого отдельного обстоятельства зависит от конкретного судьи¹¹.

В решении от 25 февраля 2020 года¹² Апелляционный суд Парижа отказал в отмене арбитражного решения, вынесенного арбитром, которого одна из сторон обвиняла в неполноте и неточности представленной декларации независимости. В частности, арбитр не раскрыл наличие связи между партнерской фирмой его бывшей компании и акционером одной из сторон спора.

Суд, ссылаясь на ст. 1456 ГПК, повторяет классическую позицию: обязанность по раскрытию должна оцениваться в свете известности конфликта, его связи со спором и влияния на решение арбитра.

К сожалению, несмотря на желание суда разделить понятия, данная формулировка способствует стиранию границ между обстоятельствами, которые должны быть раскрыты, и обстоятельствами, которые могут привести к отмене арбитражного решения¹³. Оценка известности конфликта подразумевает, что такой конфликт должен быть раскрыт и известность выступает в роли обстоятельства, освобождающего арбитра от этого обязательства (так как нельзя освободить от обязательства, которого не существует). Французские суды, за редким исключением¹⁴, никогда не отказывали в отмене решения только на основании того, что обстоятельство изначально не должно было быть раскрыто (так как не влияет на беспристрастность и независимость), предпочитая изучение самого обстоятельства по существу.

Суд постановил, что широко известной является только легкодоступная публичная информация, с которой стороны не могли не ознакомиться до начала арбитражного разбирательства. Суд отказал в квалификации обстоятельства как широко известного, так как его установление

подразумевало тщательный анализ сайта арбитра, просмотр всех ссылок, относящихся к конференциям, в которых он принимал участие, и ознакомление с содержанием его публикаций. Это значит, что арбитр нарушил свое обязательство по раскрытию связи между партнерской фирмой его бывшей компании и акционером одной из сторон спора.

Тем не менее недостатки декларации независимости не приводят к автоматической отмене арбитражного решения. Арбитражное решение отменяется только в том случае, если нераскрытое обстоятельство создает разумные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра.

В комментируемом деле нераскрытая связь арбитра и стороны является косвенной (так как объединяет не арбитра со стороной, а фирму – партнера бывшей компании арбитра с акционером стороны спора). Более того, она прекратилась за 2,5 года до начала арбитражного разбирательства. К тому же не установлено, что арбитр когда-либо консультировал или представлял интересы акционеров или был как-либо напрямую связан с указанными акционерами или их дочерними компаниями. Суд ожидаемо заявил, что такая связь не вызывает обоснованных сомнений в независимости арбитра, и отказал в отмене решения.

Заявление об отводе в арбитражном процессе как обязательное предварительное условие рассмотрения заявления об отмене арбитражного решения

Наличие раскрытого арбитром или широко известного конфликта не является единственным

¹⁰ Подробнее см. в статье В. Хвалея в этом номере. — Прим. ред.

¹¹ Jourdan-Marques J. *Chronique d'arbitrage: déflagration dans le recours en annulation*, Dalloz, 4 мая 2020 года.

¹² Апелляционный суд Парижа, 25 февраля 2020 года, № 19/07575, 19/15816, 19/15817, 19/15818, 19/15819 (идентичные решения с разными сторонами).

¹³ Jourdan-Marques J. *Chronique d'arbitrage : déflagration dans le recours en annulation*, Dalloz, 4 мая 2020 года.

¹⁴ Кассационный суд, 10 октября 2012 года, № 11-20299.

условием отмены арбитражного решения, даже если такой конфликт создает разумные сомнения в беспристрастности и независимости арбитра¹⁵.

В соответствии со ст. 1466 и 1506 ГПК сторона, которая сознательно и без законных оснований не заявляет о нарушении в процессе формирования состава арбитража, считается отказавшейся от права ссылаться на него (renonciation). В решении, рассмотренном выше, Апелляционный суд напоминает, что отказ от права — одна из причин недопустимости иска (irrecevabilité)¹⁶. Как и в случае с другими подобными причинами, ответчик должен соблюсти определенные формальности, чтобы его аргумент об отказе истца был принят. Так, например, суд не принял этот аргумент, потому что ответчик не выразил четко свое требование в резолютивной части меморандума¹⁷.

В контексте принципа отказа от права французские суды достаточно давно сформировали четкую позицию: сторона не может требовать отмены арбитражного решения по причине конфликта арбитра (раскрытого или широко известного), если до этого она не заявляла ему отвод в арбитражном процессе. Таким образом, в отсутствие заявления об отводе в рамках арбитражного процесса сторона считается отказавшейся от своего права требовать отмены решения на основании данного конфликта.

В своем недавнем решении Апелляционный суд Парижа подтвердил описанную практику и отказал в отмене решения стороне, не заявившей отвод арбитра в арбитражном процессе¹⁸. Особенность этого дела, однако, связана с тем, что заинтересованная сторона заявила возра-

жение против назначения арбитра (objection to confirmation), которое было отклонено Общим судом Организации по гармонизации коммерческого права в Африке (CCJA), выступающим в качестве арбитражного института.

Концепт возражения против назначения арбитра (objection to confirmation) связан с системой назначения и подтверждения арбитров. В некоторых арбитражных институтах (например, в ICC и CCJA) для формирования трибунала недостаточно просто назначения стороны и согласия арбитра — формирование завершается подтверждением кандидатуры арбитражным институтом. Возражение против назначения арбитра заявляется после представления кандидатуры стороной и до ее подтверждения институтом, причем возражение не является отводом.

Сама идея возражения против назначения арбитра очень привлекательна: на нее не распространяются стандарты доказывания конфликтов при отводах. А значит, шанс, что институт не подтвердит арбитра, гораздо выше, чем шанс его отвода на основании одних и тех же фактов.

Решение Апелляционного суда означает, что в случае подтверждения кандидатуры, несмотря на возражения, заинтересованная сторона обязана заявить отвод, опираясь на те же факты, если не хочет потерять право требовать аннулирования решения на этом основании. Однако двойная процедура возражений может серьезно замедлить процесс и сказаться на отношении трибунала.

Такой излишне формалистский подход суда нерационален, и остается только надеяться, что он будет пересмотрен в последующих решениях.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Французский концепт недопустимости иска приближен к последствию, выраженному в российском праве в форме отказа в принятии искового заявления и возвращения искового заявления.

¹⁷ Апелляционный суд Парижа, 25 февраля 2020 года, № 19/07575, 19/15816, 19/15817, 19/15818, 19/15819.

¹⁸ Апелляционный суд Парижа, 25 февраля 2020 года, n°16/22740.

СТАТИСТИКА ИСПОЛНЕНИЯ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ РОССИЙСКИМИ СУДАМИ: 5 ВАЖНЕЙШИХ ФАКТОВ



Анна Актанаяева
юрист, «ФБК Legal»



Александра Герасимова
руководитель практики,
«ФБК Legal»

Государственным судам предписана особая роль в содействии арбитражным решениям и контроле за ними, и всегда остается вероятность, что принудительное исполнение такого решения в госсуде обернется дополнительными сложностями. Чтобы разобраться в текущей ситуации и наметить возможные тенденции, мы проанализировали статистику по выдаче арбитражными судами исполнительных листов в отношении решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятых на территории Российской Федерации согласно § 2 гл. 30 АПК РФ за период с 2019 по первую половину 2020 года, и в результате исследования выявили некоторые интересные закономерности и скрытые взаимосвязи, которыми хотели бы поделиться с читателями¹.

Вывод 1

40% всех заявлений на получение исполнительных листов за период с 2019 по первую половину 2020 года было подано в отношении решений

третейских судов, образованных сторонами для разрешения конкретного спора (*ad hoc*).

Как предсказывали многие исследователи и практики, после реформы арбитража в России спрос на суды *ad hoc* резко вырос. Сотни третейских судов перестали функционировать, однако стороны не потеряли интереса к данным институтам, в итоге арбитры распущенных институциональных арбитражей перекочевали в *ad hoc* и продолжили работу в новом формате.

Несмотря на то что суд *ad hoc* формируется для рассмотрения конкретного спора, большинство судей *ad hoc* в России, будучи выходцами из прекративших функционирование третейских судов, осуществляют судебную деятельность на постоянной основе.

Таким образом, суды *ad hoc* рассматривают примерно столько же споров, сколько и постоянно действующие арбитражные учреждения, что свидетельствует о высоком спросе на суды, образованные сторонами для разрешения конкретного спора, а точнее, для решения дела определенным арбитром.

¹ Анализ проведен на основе открытых данных баз СПС «КонсультантПлюс» и ИС «Картоoteca арбитражных дел» по состоянию на 20 июля 2020 года.

Вывод 2

36% всех заявлений на выдачу исполнительных листов на принудительное исполнение решения суда ad hoc было отклонено государственными судами.

Каждое третье решение суда ad hoc не может быть принудительно исполнено. Наиболее частыми причинами отказов государственных судов в принудительном исполнении решений судов ad hoc являются противоречие публичному порядку Российской Федерации, а также допущенные судами ad hoc процессуальные нарушения. На последнем остановимся более подробно.

Среди наиболее часто встречающихся процессуальных нарушений суды в рассматриваемый период отметили следующие: ненадлежащее уведомление стороны, против которой вынесено решение о формировании состава суда и о рассмотрении третейского дела (п. 3. ч. 3 ст. 239 АПК РФ) и несоответствие состава или процедуры арбитража соглашению сторон или федеральному закону.

Так, например, в делах № А41-97531/19 и А41-97529/19 решения ad hoc были отменены по причине ненадлежащего уведомления при следующих обстоятельствах. Суд ad hoc рассмотрел дело в отсутствие ответчика, установив, что вручение судебной корреспонденции было невозможно по причине отсутствия получателя по указанным адресам. Возражая против выдачи исполнительного листа в государственном суде, заинтересованное лицо представило в материалы дела договоры аренды нежилых помещений, из которых следовало, что с 2012 года компания находилась по другому адресу. В этой связи суд пришел к выводу, что уведомление заинтересованного лица было ненадлежащим.

В делах № А50-39020/2019 и А50-39021/2019 суд отметил отсутствие у заявителя доказательств соблюдения письменной формы арбитражно-го соглашения, поскольку направление истцом

ответчику претензии, содержащей положения о передаче всех споров на разрешение третейского суда, не может служить доказательством намерения сторон передать спор на рассмотрение в конкретный третейский суд.

Вывод 3

70% отказов в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений судов ad hoc обусловлено тем, что их исполнение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Согласно разъяснениям, содержащимся в п. 2 информационного письма президиума ВАС РФ от 26 февраля 2013 года № 156, арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение иностранных судебных или арбитражных решений по собственной инициативе, если установит, что такое признание и приведение в исполнение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Верховный суд Российской Федерации в определении от 28 апреля 2017 года № 305-ЭС16-19572 указал, что данная правовая позиция о проверке третейских решений на соответствие публичному порядку государства исполнения по инициативе государственного суда в равной степени применима и к решениям внутренних третейских судов.

Публичный порядок является расплывчатой категорией, которая предполагает добросовестность и равенство сторон, вступающих в частные отношения, а также соразмерность гражданско-правовой ответственности правонарушению².

При этом суды осуществляют такой контроль исходя из общих принципов права, правовых принципов, действующих в отдельной сфере правоотношений, и с учетом норм законодательства, регулирующего конкретную сферу правоотношений³.

² Пункт 29 информационного письма президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 года № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов».

³ Определение Верховного суда Российской Федерации от 28 апреля 2017 года № 305-ЭС16-19572.

В рассматриваемом периоде наиболее распространенными нарушениями, которые послужили основанием для отказа в выдаче исполнительного листа в связи с нарушением публичного порядка, стали следующие.

| | |
|--|---|
| <p>Определения СКЭС ВС РФ от 13 апреля 2020 года по делу № А41-98608/2019; от 31 октября 2019 года по делу № А41-81263/19; от 27 февраля 2020 года по делу № А41-4134/20 и др.</p> | <p>Нарушение равенства сторон гражданского оборота В отсутствие волеизъявления должника банк распространил третейскую оговорку, содержащуюся в типовых условиях банка, на договор, заключенный до принятия типовых условий банка</p> |
| <p>Определение СКЭС ВС РФ от 22 января 2020 года № А40-191758/2019</p> | <p>Нарушение принципов состязательности и равноправия сторон Решение третейского суда принято в отношении лица, не извещенного о третейском разбирательстве (извещение направлено по неверному адресу и очевидно незаблаговременно)</p> |
| <p>Постановление Арбитражного суда Московского округа от 7 июля 2020 года по делу № А40-237632/2019</p> | <p>Нарушение принципа законности Решение третейского суда принято без учета недействительности договора уступки (заключенного при наличии запрета на уступку долга без согласия должника)</p> |
| <p>Определение Арбитражного суда г. Москвы от 9 апреля 2020 года по делу № А40-317353/2019</p> | <p>Нарушение принципа законности и обоснованности судебного акта Передача в третейский суд спора о праве собственности на объект недвижимости с целью уклонения от соблюдения установленного законодательством порядка регистрации прав на недвижимое имущество</p> |
| <p>Определения от 3 марта 2020 года по делу № А41-106473/2019; от 28 января 2020 года по делу № А56-83758/2015</p> | <p>Нарушение принципа законности, добросовестности и запрета злоупотребления правом Наличие в действиях сторон признаков, свидетельствующих о создании видимости спора, а также создание искусственной задолженности, что говорит о незаконном использовании третейского разбирательства</p> |
| <p>Определение Арбитражного суда Краснодарского края от 30 января 2019 года по делу № А32-46625/2018</p> | <p>Неарбитрабельность спора Третейский суд рассмотрел не частный спор между двумя хозяйствующими субъектами, а затронул публичные отношения, охрана которых предусмотрена Законом № 214-ФЗ</p> |

Как следует из обстоятельств дел, большинство нарушений процессуальные, при их выявлении суд может отказать в принудительном исполнении решения третейского суда и не ссылаясь на публичный порядок. Так, «нарушение принципов состязательности и равноправия сторон» проявляется

в ненадлежащем уведомлении сторон — это самостоятельное основание для отказа в принудительном исполнении решения третейского суда (п. 3 ч. 3 ст. 239 АПК РФ). А «нарушение банком равенства сторон гражданского оборота» является одновременно нарушением п. 4 ч. 3 ст. 239 АПК РФ.

Однако подавляющее количество отказов⁴ связано с курсом Верховного суда РФ на борьбу с деятельностью упраздненных третейских судов под видом судов ad hoc.

В постановлении пленума ВС РФ от 10 декабря 2019 года № 53 указано, что арбитражные решения судов ad hoc, вынесенные упраздненным третейским судом, считаются принятыми с нарушением процедуры, предусмотренной федеральным законом. Указанные нарушения имеют место, если формально третейский суд образуется для разрешения конкретного спора (ad hoc), однако в действительности имеет признаки, свойственные институциональному арбитражу (например, объединение арбитров в коллегии или списки, формулирование собственных правил арбитража, организация одним и тем же лицом проведения третейских разбирательств с участием разных арбитров).

Наличие указанных признаков институционального арбитража было усмотрено судами в многочисленных решениях, принятых судьей ad hoc А. В. Кравцовым.

А. В. Кравцов являлся учредителем и председателем Арбитражного третейского суда г. Москвы вплоть до арбитражной реформы. Поскольку с 1 ноября 2017 года право осуществлять деятельность по рассмотрению споров получили только постоянно действующие арбитражные учреждения (ПДАУ), в число которых Арбитражный третейский суд г. Москвы не вошел, А. В. Кравцов стал арбитром ad hoc, впоследствии очень популярным в России.

Отказывая в выдаче исполнительных листов, суды отмечали, что решения приняты судьей А. В. Кравцовым с нарушением процедуры арбитража, что противоречит принципу законности и публичному порядку РФ (п. 2 ч. 4 ст. 239 АПК РФ). При этом государственные суды обращали внимание на следующие признаки институционального арбитража в рамках проверки решений суда ad hoc:

- изготовление судебных актов на бланках Арбитражного третейского суда г. Москвы;
- адресация сторонами процессуальных документов Арбитражному третейскому суду г. Москвы;
- указание в третейской оговорке сайта www.a-tsm.ru, посвященного деятельности Арбитражного третейского суда г. Москвы, при этом на данном сайте размещен регламент третейского судьи (арбитра) для разрешения конкретного спора А. В. Кравцова;
- предложение на указанном сайте неограниченному кругу лиц выполнить функции по проведению арбитража, включая осуществление арбитража третейским судом, образованным сторонами для разрешения конкретного спора;
- направление судебных извещений по третейскому делу от имени Арбитражного третейского суда г. Москвы за подписью секретариата;
- указание в информационном письме, направленном лицам, участвующим в деле, на возможность получения всей необходимой информации о движении дела на сайте Арбитражного третейского суда г. Москвы;
- перечисление арбитражного сбора за рассмотрение искового заявления в третейском суде на расчетный счет физического лица А. В. Кравцова, указание в платежном поручении, что данная услуга не облагается НДС (освобождены от НДС лишь услуги, оказываемые в рамках арбитража, администрируемого ПДАУ).

Несмотря на попытки сторон оспаривать отказы в выдаче исполнительных листов на решения судьи А. В. Кравцова, судебная практика сформировалась и однозначно признает подобные действия посягательством на публичный порядок Российской Федерации⁵.

Стоит отметить, что А. В. Кравцов пытался оспаривать определение об отказе в выдаче ис-

⁴ См. дела № А41-98615/2019, А41-94313/19, А41-94316/2019, А40-326376/2019, А41-994/20, А41-101306/19, А41-107296/19, А41-100753/19, А41-103364/19, А41-15922/20, А41-20402/20, А40-48002/20-83-244 и др.

⁵ В частности, два дела дошли до ВС РФ, который закрепил данную позицию (см. дела № А41-94316/2019, А40-326376/2019).

полнительных листов на его решения в кассационном порядке⁶, ссылаясь на то, что выводы суда «не соответствуют действительности и порочат его честь, достоинство и деловую репутацию третейского судьи». Однако суд пришел к выводу, что обжалуемым определением не затрагиваются его права и интересы, в связи с чем производство по кассационной жалобе было прекращено.

Вывод 4

45% заявлений на получение исполнительных листов за период с 2019 по первую половину 2020 года приходится на решения ПДАУ.

| Название арбитражного суда | Количество заявлений о выдаче исполнительных листов | Доля, % ⁷ |
|---|---|----------------------|
| Ad hoc | 263 | 39,97 |
| АЦ при РСПП | 153 | 23,25 |
| МКАС | 108 | 16,41 |
| Третейские суды, которые лишились права осуществлять свою деятельность ⁸ | 98 | 14,89 |
| РАЦ | 30 | 4,56 |
| МАК | 6 | 0,91 |
| ИТОГО | 658 | 100,00 |

Среди постоянно действующих арбитражных учреждений (ПДАУ) первое место по количеству поданных заявлений на получение ис-

полнительного листа занимает Арбитражный центр при Российском союзе промышленников и предпринимателей (23%). При этом лишь в шести случаях судами отказано в принудительном исполнении решений данного третейского суда (преимущественно ввиду нарушения публичного порядка Российской Федерации)⁹.

Заявления на выдачу исполнительных листов, поданные МКАС при ТПП, составляют 16,4% от общего количества. И также лишь в шести случаях исполнительный лист не был выдан. Основаниями для отказа в принудительном исполнении решений МКАС при ТПП являются как добровольное исполнение решения должником¹⁰, так и допущенные процессуальные нарушения. Так, в деле № А42-1904/2020 решение принято по спору, не предусмотренному третейским соглашением и не подпадающему под его условия, и содержит выводы по вопросам, выходящим за пределы третейского соглашения.

Доля Российского арбитражного центра от общего количества заявлений на принудительное исполнение решений третейских судов составляет 4,56%. При этом исполнимость этих решений стопроцентная. По статистике в 20% случаев в удовлетворении заявлений на принудительное исполнение решений Российского арбитражного центра было отказано, однако каждый раз отказ был обусловлен фактическим исполнением арбитражного решения на момент рассмотрения заявления.

Большое количество заявлений о выдаче исполнительных листов до сих пор подается на решения третейских судов, принятые до 1 ноября 2017 года (14,9%). Каждое пятое такое решение не подлежит принудительному исполнению преимущественно в силу допущенных процессуальных нарушений¹¹.

⁶ См. дело № А41-98615/2019.

⁷ С учетом округления до второго разряда после запятой. — Прим. ред.

⁸ Пункт 11 ст. 13 Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 409-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации и признании утратившим силу п. 3 ч. 1 ст. 6 ФЗ «О саморегулируемых организациях» в связи с принятием ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации».

⁹ См. дела № А40-209342/19-83-1249, А40-257134/19-19-2040, А76-12251/2020.

¹⁰ См. дела № А41-9631/2020, А49-77/2020.

¹¹ Например, дела № А36-3941/2019, А42-1355/2020, А40-300186/19, А40-274616/2019 и др.

Вывод 5

17.6% от общего количества рассмотренных заявлений занимает обжалование определений судов первой инстанции в арбитражный суд округа (в кассационном порядке).

Из указанного числа в 19% случаев решение суда первой инстанции было изменено (в том числе дело направлено на новое рассмотрение), в остальных же кассация согласилась с выводами первой инстанции и оставила обжалуемый судебный акт в силе.

До Судебной коллегии по экономическим спорам ВС РФ дошло 12 дел: в двух случаях коллегия приняла новое решение — отменила определение суда первой инстанции, усмотрев

нарушение публичного порядка; в одном случае направила дело на новое рассмотрение; девять определений носили отказной характер.

Успех в получении исполнительного листа на решение арбитража зависит в том числе и от формата арбитража. Проведенный анализ показывает, что суды ad hoc проигрывают ПДАУ по последующей исполнимости — это нужно иметь в виду при выборе арбитража.

Кроме того, статистика оснований для отказа в принудительном исполнении решений третейских судов неутешительна. Тот факт, что подавляющее большинство отказов обусловлено нарушением публичного порядка РФ, создает неопределенность у участников экономических отношений и нарушает основополагающий принцип *res judicata*.



Книга «ArbitRAAtion Kitchen Book» —

уникальное собрание интервью и рецептов ведущих профессионалов арбитража со всего мира. Книга является продолжением онлайн проекта «АрбитРААжная Кухня», где гости готовят свои любимые блюда во время неформального интервью.

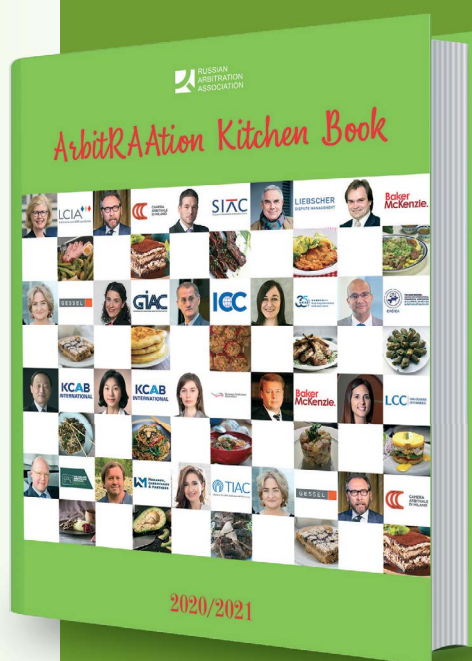
Выпуск первой кулинарной книги «ArbitRAAtion Kitchen Book» запланирован на ноябрь 2020 года. Книга будет распространена среди Арбитражных Институтов, ведущих юридических фирм и юридических отделов ТОП 500 компаний России и СНГ. Твердый переплет, тираж 2000 экз.

В книгу войдут все интервью и рецепты гостей:

Jacomijn van Haersolte-van Hof (LCIA), Alexis Mourre (ICC International), Kevin Nash (SIAC), Stefano Azzali (MCA), Sarah Grimmer (HKIAC), Dr Ismail Selim (CRCICA), Ms. Sue Hyun Lim, Prof. Hi-Taek Shin (KCAB), Marianella Ventura Silva (CCL), Santtu Turunen (FAI), Michael Lee (ICDR) и т.д.

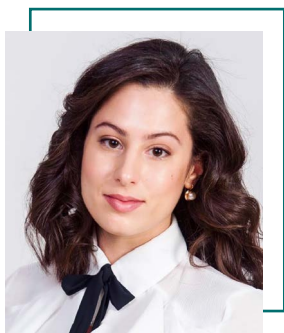
"ArbitRAAtion Kitchen Book" is a unique collection of interviews and recipes shared by leading arbitration professionals from all over the world. The book will be published in November 2020, the hard copies of it will be distributed at various arbitration events and sent to legal departments of TOP 500 companies in Russia & CIS, International Arbitration Institutions, leading Law firms. Hard cover, 2000 copies.

For more information, contact Victoria Kurashkina
Tel: +7 905 546 40 80 | Email: victoria.kurashkina@arbitrations.ru



УКРАИНСКИЙ СУД ОТКАЗАЛ В ПРИЗНАНИИ И ПРИВЕДЕНИИ В ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЯ ЧРЕЗВЫЧАЙНОГО АРБИТРА ПО ДЕЛУ «ВЭБ ПРОТИВ УКРАИНЫ»

INTEGRITES, Киев



Анна Козырева



Елена Перепелинская

28 сентября 2019 года государственной корпорации развития «ВЭБ.РФ» (ВЭБ) удалось получить решение чрезвычайного арбитра Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма (ТПС) в свою пользу в споре с государством Украина. Однако спустя год добиться его признания и приведения в исполнение на территории Украины так и не удалось: 7 сентября 2020 года Киевский апелляционный суд [отказал](#) в удовлетворении заявления ВЭБ по целому ряду оснований, среди которых и публичный порядок, и нарушение арбитражной процедуры, и выход за пределы арбитражного соглашения.

Указанным решением чрезвычайный арбитра обязал государство Украина остановить принудительную реализацию акций ПАО «Проминвестбанк» с целью взыскания с Российской Федерации долга по какому-либо арбитражному или судебному решению, а также совершать какие-либо эквивалентные действия в отношении ПАО «Проминвестбанк» до окончательного решения составом арбитража Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма вопроса о том, является ли такая реализация акций нарушением норм международного права.

Государство Украина в лице Министерства юстиции Украины возражала против признания и приведения в исполнение решения чрезвычайного арбитра по нескольким основаниям, предусмотренным положениями ст. V Нью-Йоркской конвенции и аналогичными положениями ГПК Украины.

Во-первых, Украина сослалась на подп. «с» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, утверждая, что указанное решение чрезвычайного арбитра вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения.

Арбитражная оговорка в Соглашении между Правительством Российской Федерации и Кабинетом Министров Украины о поощрении и взаимной защите инвестиций от 27 ноября 1998 года (двусторонний инвестиционный договор, ДИД)¹ предусматривает передачу любого связанного с инвестициями спора между одной из Договаривающихся Сторон сторон и инвестором другой договорной стороны, в случае невозможности его урегулирования путем переговоров, на разрешение ТПС.

¹ Документ доступен по адресу: http://arbitration.kiev.ua/Uploads/Admin/Pocia%20RUS_compressed.pdf. Дата доступа 30.10.2020.

При этом в ходе судебного разбирательства о признании и приведении в исполнение решения чрезвычайного арбитра возник вопрос, в какой именно редакции следует применять Арбитражный регламент ТПС: в редакции, действующей на момент заключения ДИД (Арбитражный регламент 1999 года), либо же в редакции, действующей на момент рассмотрения спора (Арбитражный регламент 2017 года).

Аргумент Украины сводился к тому, что она давала согласие только на Арбитражный регламент 1999 года, в котором процедуры назначения чрезвычайного арбитра не было (она появилась только в 2010 году).

В конечном итоге Киевский апелляционный суд поддержал позицию представителей государства Украина, придя к выводу, что Украина не давала своего согласия на применение Арбитражного регламента в редакции от 2017 года, так как нормы международно-правовых актов подлежат применению в редакциях, действующих на момент ратификации и признания Украиной.

То есть, исходя из решения суда, любые споры, возникающие из Соглашения между Правительством Российской Федерации и Кабинетом Министров Украины о поощрении и взаимной защите инвестиций 1998 года, ратифицированного Украиной в 1999 году, подлежат разрешению в соответствии с Арбитражным регламентом ТПС 1999 года.

Во-вторых, Украина сослалась на подп. «б» п. 1 ст. V Нью-Йоркской конвенции, утверждая, что имело место нарушение арбитражной процедуры. Министерство юстиции Украины утверждало, что государство Украина, против которого было вынесено решение чрезвычайного арбитра, не могло представить свои пояснения по делу в связи с тем, что из пятидневного срока, выделенного сторонам для подготовки правовой позиции, три дня выпали на государственный праздник и выходные.

Данный аргумент также был поддержан Киевским апелляционным судом, который посчитал, что государство Украина было лишено возможности в развернутом виде изложить свою позицию по независимым от него причинам. Следует отметить, что подобную позицию украинские суды заняли и в деле о признании решения чрезвычайного арбитра по делу «JKX Oil & Gas plc и другие против государства Украина»², в котором процедура чрезвычайного арбитража началась в канун рождественских праздников.

В-третьих, Киевским апелляционным судом был поднят вопрос о нарушении решением чрезвычайного арбитра публичного порядка Украины.

Этот вопрос возник в связи с определением того же Киевского апелляционного суда о предоставлении разрешения на исполнение решения Арбитражного суда (г. Гаага, Нидерланды) от 2 мая 2018 года по иску ООО «Эверест Истейт» и других против Российской Федерации в деле о взыскании с последней сумм в качестве компенсации за незаконную экспроприацию инвестиций в Крыму в нарушение ст. 5 ДИД.

При подаче заявления о признании и приведении в исполнение этого решения украинский взыскатель подал ходатайство о применении обеспечительных мер, в том числе о наложении ареста на простые именные акции ПАО «Проминвестбанк». Суд ходатайство «Эверест Истейт» удовлетворил: в ходе исполнительного производства 99,7% акций ПАО «Проминвестбанк», принадлежащих российской государственной корпорации «ВЭБ.РФ», были выставлены на торги 28 августа 2019 года на бирже ПФТС, а в дальнейшем, как сообщается, проданы украинской финансовой компании FC Fortify.

Учитывая это, при рассмотрении заявления ВЭБ суд определил, что решение чрезвычайного арбитра, согласно которому на Украину возложено обязательство остановить исполнительные действия по принудительной реализации акций

² Также об этом деле см.: Перепелинская Е. *Итоги 2019 года для международного арбитража в Украине*. — *Arbitration.ru*. — № 3. — 2020 (URL: <https://journal.arbitration.ru/reviews/itogi-2019-goda-dlya-mezhdunarodnogo-arbitrazha-v-ukraine/>); *Арбитраж и регулирование международного коммерческого оборота: российские, иностранные и трансграничные подходы. Liber Amicorum в честь 70-летия А. С. Комарова / Сост. и науч. ред.: Н. Г. Маркалова, А. И. Муранов*. — М.: Статут, 2019. — Прим. ред.

ПАО «Проминвестбанк», по своей сути противоречит принятому ранее решению Киевского апелляционного суда по делу ООО «Эверест Истейт» и, таким образом, нарушает публичный порядок Украины.

Отметим, что это уже третье решение чрезвычайного арбитра по Арбитражному регламенту ТПС, которое не удалось признать и привести в исполнение на территории Украины. Первым было уже упомянутое дело «JKX и другие против государства Украина», которое завершилось в сентябре 2018 года решением Верховного суда об [отказе](#) в признании и приведении в исполнение решения чрезвычайного арбитра от 14 января 2015 года, которым государству Украина было предписано воздержаться от введения рентной платы за добычу природного газа, не применяя обязательные положения Налогового кодекса Украины в отношении истцов. Во втором деле — «Ostchem Holding Limited против ПАО “Одесский припортовый завод”» — три судебные инстанции, включая тогда еще действовавший Высший специализированный суд Украины по рассмотрению гражданских и уголовных дел, [оставили без рассмотрения](#) заявление Ostchem Holding Limited о признании и приведении в исполнение на территории Украины решения чрезвычайного арбитра от 31 марта 2016 года, которым ответчику было пред-

писано воздержаться от отчуждения или обременения принадлежащего ему недвижимого имущества.

Примечательно также, что во всех этих делах украинские суды ссылались на положения Нью-Йоркской конвенции. Несмотря на негативный исход разбирательств, украинские суды последовательно подтверждают, что иностранные арбитражные решения о применении обеспечительных мер в принципе могут быть признаны и приведены в исполнение на территории Украины на основании Нью-Йоркской конвенции по стандартной процедуре, предусмотренной для всех арбитражных решений.

Однако при ином исходе непременно возник бы вопрос о том, как быть с признанным таким образом решением, если в результате рассмотрения спора по существу решение будет вынесено в пользу ответчика? Действующее украинское законодательство не дает ответа на этот вопрос. Именно в силу описанной выше практики украинских судов и связанных с ней рисков Украинская Арбитражная Ассоциация [предложила](#) имплементировать в украинское законодательство некоторые положения ст. 17 Типового закона ЮНСИТРАЛ в редакции 2006 года, которые позволят урегулировать данный вопрос в соответствии с мировыми стандартами.

ИЗМЕНЕНИЕ РЕГЛАМЕНТА МЕЖДУНАРОДНОГО КОММЕРЧЕСКОГО АРБИТРАЖНОГО СУДА ПРИ ТПП УКРАИНЫ КАК СРЕДСТВО ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА



Иван Ващинец
партнер, к. ю. н.,
ЮК ARBITRADE

Современные тенденции, направленные на постепенный отказ от бумажного документооборота и широкое использование новейших технологий при рассмотрении международных арбитражных споров, находят свое отображение в регламентах все большего числа арбитражных институтов. Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате Украины не стал исключением, и 17 сентября этого года президиумом ТПП Украины были утверждены изменения в Регламент МКАС¹. Принятые изменения вводятся в действие с 1 ноября 2020 года, но при отсутствии возражений сторон могут применяться к любому из споров, находящихся в производстве МКАС на указанную дату.

Кроме общей цели совершенствования арбитражного производства, в том числе с использованием современных технологических средств, изменения являются также реакцией на существенное реформирование украинского процессуального законодательства в 2017 году и нарабатанную практику его применения, в частности касающуюся оспаривания, признания и исполнения решений МКАС.

Одним из таких изменений является уточнение, а частично даже расширение компетенции МКАС. Так, новая редакция ст. 1 Регламента теперь четко указывает на возможность рассмотрения арбитражного спора, стороной которого является физическое лицо, если на момент заключения арбитражного соглашения за границей находится его постоянное место проживания, либо, наоборот, место арбитража находится за пределами страны постоянного проживания такого лица. Также к компетенции МКАС относятся споры, возникающие при осуществлении международных экономических связей, если место исполнения значительной части обязательства либо место, с которым наиболее тесно связан предмет спора, находятся за границей. Отдельно подчеркивается возможность рассмотрения в МКАС споров, стороной которых является юридическое лицо публичного права.

Кроме субъектной юрисдикции МКАС ч. 2 ст. 1 Регламента дополнена также относительно его предметной юрисдикции. Теперь соответствующее положение содержит прямое указание на компетенцию рассматривать споры,

¹ URL: <https://icac.org.ua/ru/novyny-ta-publikatsiyi/tpp-ukrayiny-zatverdyla-zminy-do-reglamentiv-mkas-i-mak-pry-tpp-ukrayiny/>.

возникающие из отношений концессии, а также споры, касающиеся осуществления и защиты права собственности и иного вещного права, включая имущественные права интеллектуальной собственности.

Отдельно следует подчеркнуть включение в ч. 2 ст. 1 Регламента указание на полномочия МКАС рассматривать споры, возникающие из корпоративных отношений, в том числе споры между участниками (учредителями, акционерами, членами) юридического лица либо между юридическим лицом и его участником (учредителем, акционером, членом), а также споры, возникающие из соглашений относительно акций, паев и других корпоративных прав или ценных бумаг. Это изменение во многом разрешает длительные дискуссии об арбитрабельности корпоративных споров по украинскому законодательству. При этом необходимо помнить, что споры о государственной регистрации прав на ценные бумаги, а также касающиеся выпуска и уничтожения ценных бумаг, оформленных в Украине, остаются исключительной подсудностью государственных судов. Это же относится и к спорам, связанным с государственной регистрацией либо учетом прав на недвижимое имущество и права интеллектуальной собственности.

Новое положение ст. 4 Регламента, согласно которому любые неточности в тексте арбитражного соглашения и/или сомнения относительно его действительности, силы и исполнимости должны толковаться в пользу его действительности, силы и исполнимости, фактически заимствовано из ч. 3 ст. 22 Хозяйственного процессуального кодекса Украины и отображает существующую судебную практику Верховного Суда, подчеркивающую необходимость обеспечения государственными судами презумпции исполнимости арбитражного соглашения.

Уточнению вопросов формирования состава арбитражного суда посвящена отдельная группа изменений в Регламент. Так, Президент ТПП Украины назначает арбитра в случае его неназначения стороной на протяжении 30 дней после получения уведомления МКАС об этом либо в случае недостижения согласия двумя арбитрами о назначении третьего в тот же срок.

Аналогично проводится назначение Президентом ТПП Украины, если стороны не пришли к согласию относительно кандидатуры единоличного арбитра. Если же назначенный стороной или двумя арбитрами кандидат отказался принять функции арбитра либо на протяжении 10 дней со дня назначения не подписал заявление о принятии таких функций, Президент ТПП Украины осуществляет назначение (в случае отсутствия такового соответствующей стороной либо двумя арбитрами) в течение дополнительного пятидневного срока после получения уведомления секретариата МКАС. При отказе арбитра от исполнения своих функций в процессе рассмотрения дела его замещение проводится в соответствии с теми же правилами, которые были применены в процессе его назначения.

Важным дополнением к правилам арбитражного рассмотрения споров являются новые положения Регламента относительно назначения уполномоченных представителей сторон и осуществления ими представительства при рассмотрении арбитражного спора. В частности, подчеркивается полное усмотрение сторон при назначении представителей, в том числе и из числа иностранных граждан и организаций. Однако после формирования состава арбитражного суда это усмотрение стороны ограничено возможностью только такой замены представителя, которая не влечет возникновения оснований для отвода какого-либо арбитра из сформированного состава либо же для отмены, отказа в признании или приведении в исполнение арбитражного решения. Введенное ограничение позволяет не допускать процессуальных диверсий сторонами спора в условиях отсутствия этических правил, обязательных для участников арбитражного разбирательства.

Схожей цели дисциплинирования представителей сторон служат и дополнения Регламента относительно возможных санкций, которые применяются к представителям, допустившим недобросовестное поведение, нарушение Регламента или злоупотребление процессуальными правами. Нарушителям арбитражный суд может вынести предупреждение или предложить соответствующей стороне заменить представителя, который

ведет себя ненадлежащим образом. При этом за арбитражем сохраняется право учесть такое поведение при распределении арбитражных затрат.

Неэтичное поведение представителя стороны может повлиять даже на рассмотрение спора по сути. Так, новая ч. 10 ст. 52 Регламента «Доказательства» предусматривает: если какая-либо сторона не предоставляет доказательства по требованию арбитражного суда, то состав арбитражного суда в зависимости от того, какое лицо уклоняется от их подачи и какое эти доказательства имеют значение, может признать обстоятельство, для выяснения которого следовало предъявить доказательство, либо отказать в его признании, либо рассмотреть дело на основании имеющихся доказательств. Данная мера воздействия может быть целесообразной для недопущения сокрытия доказательств недобросовестной стороной. Однако она имеет довольно ограниченное применение, поскольку касается только случаев истребования доказательств самим арбитражем. Следует также отметить, что формулировка дополнения сходна с положением ч. 10 ст. 81 Хозяйственного процессуального кодекса Украины.

Наибольшей по объему является группа изменений в Регламент, направленная на совершенствование арбитражного разбирательства с использованием современных технологий. В частности, уточняется положение о том, что арбитражное соглашение считается заключенным сторонами в письменной форме и в случае обмена уведомлениями, обеспечивающими фиксацию такого соглашения, при помощи любых средств электросвязи. Вместе с тем остается открытым вопрос о том, в какой форме следует предоставлять государственному суду заключенные таким образом арбитражные соглашения для их признания в тех юрисдикциях, которые критически относятся к использованию современных технологий.

Новые положения Регламента также предусматривают обязательное предоставление сторонами секретариату МКАС всех документов, касающихся возбуждения арбитражного производства и осуществления арбитражного разбирательства, в электронной форме. В то же время сохраняется необходимость отправки сторонами друг другу

документов в бумажном виде, хотя дополнительно они могут посылаться и электронной почтой на адреса, которые стороны сообщили МКАС.

Отдельно предусмотрена возможность направления сторонам письменных уведомлений при помощи электронных средств связи. Такое уведомление будет считаться принятым стороной в день его отправления, при этом время будет определяться со ссылкой на временной пояс получателя.

В документе уделяется значительное внимание вопросам надлежащего уведомления сторон арбитражного процесса, в том числе устранению возможности отрицать получение уведомления недобросовестной стороной. Надлежащим будет считаться вручение уведомлений или документов лично уполномоченному представителю стороны в секретариате МКАС. Кроме того, уведомление будет считаться врученным надлежащим образом в день его доставки либо в день фиксации попытки такой доставки. Соответственно, в случае неявки за уведомлением или отказа от его получения сторона будет считаться уведомленной в день, когда почтовая или курьерская служба попыталась вручить уведомление МКАС и зафиксировала это.

Возвращаясь к использованию современных технологий в арбитражном разбирательстве, следует обратить внимание на уточненные правила определения формы устных прений. Теперь такие прения могут проводиться в трех формах: очной, онлайн или комбинированной. Состав арбитражного суда может проводить прения в режиме видеоконференции вне помещения МКАС, о чем сообщается сторонам. В свою очередь, сторона спора не позже чем за 10 дней до даты проведения прений вправе подать ходатайство об участии в таком заседании с использованием систем видео-конференц-связи. Арбитраж принимает решение по ходатайству путем вынесения определения. В случае проведения слушания в таком формате все риски, связанные с надлежащей работой средств связи, несет соответствующая сторона.

Правила, касающиеся проведения прений в режиме видеоконференции в процессе арбитражного разбирательства, схожи с положения-

ми процессуального законодательства Украины, регулирующими подобные правоотношения. Главное отличие заключается в меньшей зарегулированности Регламентом и большей ориентации на удобство сторон и экономность процесса. Также нужно подчеркнуть влияние на изменения в Регламент уже наработанного МКАС опыта проведения устных прений с использованием средств видеосвязи, особенно в условиях карантинных ограничений. Поэтому в данном случае можно говорить скорее не о введении новых правил, а о формализации уже существующей практики.

Наконец, среди изменений, направленных на усовершенствование процедуры рассмотрения МКАС споров, необходимо отметить уточ-

ненное требование легализации или апостилизации иностранных документов, поданных стороной спора в качестве доказательств. Заслуживает внимания и новое правило относительно дополнительного арбитражного сбора в размере 400 долл. в случае рассмотрения спора на двух и более языках, что становится все более частым явлением в практике МКАС.

В целом можно утверждать, что принятые изменения обоснованны. Следует надеяться, что они послужат заявленным целям и повысят эффективность рассмотрения споров, а проведение устных слушаний с помощью электронных средств связи станет действенным инструментом против затягивания рассмотрения спора недобросовестными сторонами.



Ежегодная премия RAA Awards учреждена с целью поощрения профессионалов российского юридического рынка международного и внутреннего третейского разбирательства

**25.09
2020**

Составление списка номинантов. Представить номинантов может любой желающий, заполнив форму.

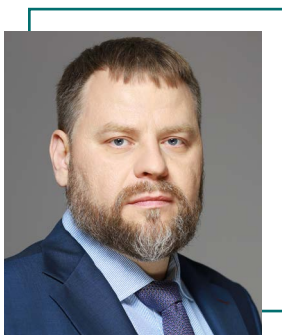
**15.10
2020**

Начало публичного голосования в интернете.

**03.12
2020**

Церемония награждения.

ОБЗОР РЫНКА ТЕХНОЛОГИЧЕСКИХ РЕШЕНИЙ ПО АВТОМАТИЗАЦИИ ВЫЯВЛЕНИЯ КОНФЛИКТА ИНТЕРЕСОВ



Сергей Светушкин
директор проекта
Transparent Deal

В настоящее время наблюдается бурный рост рынка инструментов автоматизации функций комплаенса¹, в том числе инструментов противодействия коррупции и мошенничеству как в международном сообществе, так и в России. Одной из важнейших таких функций является выявление конфликта интересов. В данной статье мы расскажем об интересных технологических решениях в области автоматизации выявления конфликта интересов.

В первую очередь следует рассказать о сервисах, которые позволяют выявлять признаки аффилированности на уровне юридических лиц с использованием данных бизнес-реестров, то есть на уровне органов управления, владения, главных бухгалтеров — публичных персон контрагентов. В России существует несколько десятков таких сервисов, самые популярные — «СПАРК», «Контур.Фокус», «Крединформ». Эти сервисы предоставляют бизнес-информацию о компаниях, на основе которой можно сделать выводы об аффилированности тех или иных субъектов и/или объектов. Такая проверка проводится вручную и занимает много времени. Некоторые из указанных сервисов дают возможность выстраивать связи — основной элемент выявления признака конфликта интересов — в автоматизированном режиме. В частности, в «СПАРК» есть сервис, который позволяет выстроить связь любого физического лица с любым объектом на основе бизнес-реестра. За рубежом к таким сервисам относятся Nexis Diligence от LexisNexis, World-Check от Refinitiv, Orbis от Bureau van Dijk.

Следующая группа сервисов, которые позволяют выявлять конфликт интересов, использует данные по физическим лицам, полученные из социальных сетей и мессенджеров. Это, в частности, «Кронос-Информ», «Дофин», «Буратино» и т.д. Такие сервисы позволяют узнать о физических лицах, их родственниках, объектах владения, представлении субъектов в социальных сетях, на основе чего выстраивают связи между конкретными объектами. Однако эффективно указанные сервисы работают, только если связь была установлена ранее.

Когда связь необходимо найти в автоматическом режиме, а также в случае, когда обрабатывается бизнес-процесс, в котором фигурирует большое количество объектов и субъектов, на помощь приходят информационно-аналитические платформы, которые автоматизируют процессы экономической безопасности. К наиболее известным информационно-аналитическим плат-

¹ *Комплаенс-риск — это риск применения юридических санкций или санкций регулирующих органов, существенного финансового убытка или потери репутации в результате несоблюдения предприятием законов, правил и стандартов, касающихся управления конфликтами интересов, справедливого отношения к клиентам и обеспечения добросовестного подхода при консультировании клиентов.*

формам в России относятся «СПАРК СКАУТ», решения компании Дитрикс, Transparent Deal от Касперского, Radar от KPMG, Revolver от компании Deloitte, Intella от PwC. Компания Ernst & Young использует внутреннее решение в качестве сервиса по выявлению конфликта интересов в ходе оказания консалтинговых услуг внешним организациям. Как правило, информационно-аналитические платформы являются наиболее удобным и высокотехнологичным сервисом, который обладает широким инструментарием по выявлению и обработке конфликта интересов. Они используют большое количество источников данных, скоринговые модели для очищения информации от «шума», позволяют автоматизировать другие инструменты комплаенс-контроля, такие как HR-скоринг, выявление рисков при за-

купочных процедурах, оценка благонадежности контрагентов, налоговый комплаенс, антимонопольный комплаенс и т.д. Использование подобной аналитической платформы предполагает ее установку в контур заказчика и тесную интеграцию с его ИТ-инфраструктурой. Такой проект ресурсозатратен как по времени, так и по бюджету.

Исходя из нашего опыта, практически все крупные компании уже пользуются этими инструментами. Все больше и больше фирм стартует с проектами по внедрению информационно-аналитических платформ. В скором будущем на рынке наверняка появятся интересные продукты, ориентированные на средний и малый бизнес, которые позволят и этим компаниям использовать широкие возможности и инструментарий информационно-аналитических платформ.

— 3 книги —

20%
скидка

+

— Extra —

10%
скидка

**СПЕЦИАЛЬНОЕ ПРЕДЛОЖЕНИЕ
ДЛЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ФИРМ**

2800 руб

ПРИЗНАНИЕ И ПРИВЕДЕНИЕ
В ИСПОЛНЕНИЕ
ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ
РЕШЕНИЙ В РОССИИ
И СТРАНАХ БЫВШЕГО СССР

А.В. ГРИЦЕНКОВА
ПСИХОЛОГИЯ И УБЕЖДЕНИЕ
В СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ
ПОСТАТЕЙНЫЙ
КОММЕНТАРИЙ
К ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ
О ТРЕТЕЙСКИХ СУДАХ

АРБИТРААЖНАЯ КУХНЯ С АЛЕКСАНДРОМ МУРАНОВЫМ (РОССИЯ): ЛЕГКИЙ УЖИН ИЗ АВОКАДО. СЕЗОН 1, ЭПИЗОД 4. ЧАСТЬ II



<https://www.youtube.com/watch?v=p2eKkjlRwyY>

В этом номере наш журнал публикует вторую часть большого интервью Владимира Хвалея с арбитром и преподавателем права, к.ю.н. Александром Мурановым. Для того чтобы, читателям было легче воспринимать текст, в начале мы частично повторяем фрагмент первой части про компанию «Северная нефть» и её суды до покупки «Роснефтью» Игоря Сечина.

АО «Северная нефть» — это наш первый клиент. Если вы архивные выпуски «Ведомостей»

или «Коммерсанта» откроете, то увидите, что это было громкое дело, начало 2000-х годов. АО «Северная нефть» выиграло тендер на богатые месторождения Вала Гамбурцева в Ненецком автономном округе. Были десятки судов в разных городах России, уголовные дела. Мы в конце концов выиграли все эти дела в госарбитраже и судах общей юрисдикции. Верховный суд все заказные решения в районных судах общей юрисдикции отменил, там обеспечительных мер были десятки. Но, поскольку все крупные нефтяные игроки выступали против АО «Северная нефть», небольшой независимой компа-

нии, мы, выиграв все дела, столкнулись с тем, что один из замов председателя Высшего арбитражного суда по всем нашим выигранным процессам принес протесты в президиум Высшего арбитражного суда. Уже было назначено слушание в январе 2002 года, и все понимали, что все, что мы выиграли за три года, будет отменено. Но акционеры буквально за два дня до Нового года весь свой бизнес продали «Роснефти». Конечно, продали с дисконтом. Но вариантов не было: либо проигрываешь все, либо продаешь с дисконтом. Догадаетесь, что было первым процессуальным действием этого зампреда, когда закончились новогодние праздники?

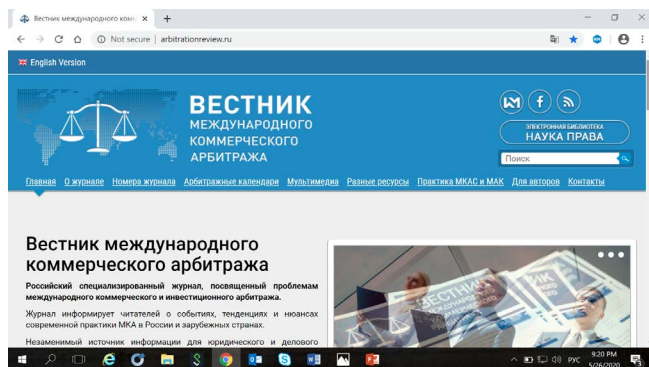
Расскажите.

Он отозвал свои протесты.

Думаю, это чистое совпадение.

Я тоже уверен в этом. Через пять лет, а компания успешно развивалась, нас позвали на юбилей, мы приехали на эти месторождения – вот эта фотография оттуда.

Александр, помимо юридического бизнеса, помимо чтения лекций в МГИМО, вы два раза в год выпускаете журнал «Вестник международного коммерческого арбитража». Насколько я помню, вы какое-то время издавали его совместно с ТПП, но потом ваши пути разошлись.

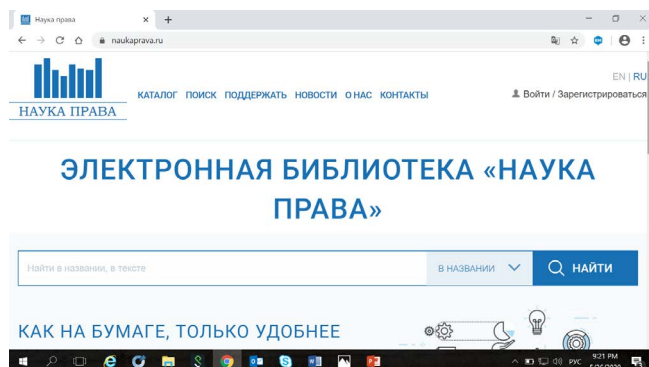


Это долгая история. Тогда журнал назывался «Международный коммерческий арбитраж» и издавался фирмой, которая выпускала «Вестник Высшего арбитражного суда». Они инвестировали в него достаточно много денег – могли себе позволить, потому что изда-

ние «Вестника ВАС» было успешным, у них были средства. Первым редактором журнала стал Борис Романович Карабельников. Журнал пользовался популярностью, был интересен для сообщества. Правда, после того как фирма-издатель была отстранена от выпуска «Вестника ВАС», она прекратила издавать и журнал «Международный коммерческий арбитраж». Его подхватило издательство Wolters Kluwer (которое тогда в России возглавлял Хольгер Цшайге) в надежде, что это будет прибыльное мероприятие. Они рассчитывали на интерес юристов, которые занимаются международным коммерческим арбитражем, ожидали, что эта сфера будет активно развиваться. Но поняв, что покупают не так много, что большой прибыли журнал не приносит, его просто забросили. А мне стало его жалко, к тому же технологии сильно развились и сейчас издавать журнал не очень дорого. Больших затрат это не требует, хотя непросто, конечно. Хольгер Цшайге все передал мне. Пришлось, правда, заплатить небольшие долги, и мы начали выпускать журнал вместе с ТПП. Но их участие было номинальным. Они выделяли небольшую сумму, вклад был скорее имиджевый, а также в виде практики МКАС, которая обрабатывалась и публиковалась. Главным редактором был Алексей Николаевич Жильцов. Так мы несколько лет и издавали журнал – до тех пор, пока не грянула реформа и пока я не написал разоблачительные статьи на Закон.ру. После чего меня из списков МКАС и МАК исключили, а ТПП прислала письмо, что издавать журнал больше не хочет и просит вернуть взнос, который был заплачен. Мы взнос, конечно, вернули. ТПП теперь не фигурирует среди лиц, поддерживающих журнал. Сегодня мы самостоятельно его издаем.

Помимо «Вестника международного коммерческого арбитража» у вас есть также издательство, которое называется «Наука права», там выходит много книг – и бумаж-

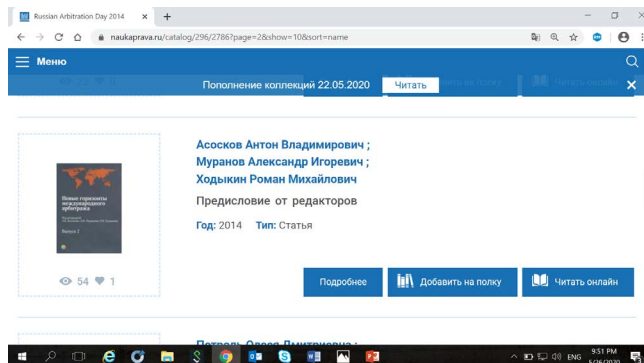
ных, и электронных. Я недавно посмотрел: у вас на сайте достаточно обширная литература представлена. Зачем вам это надо? Юридическая литература и журналы – вещи убыточные, это как на благотворительность каждый месяц отдавать крупную сумму.



Это хобби, а любое серьезное хобби требует вложений. Это действительно вещь недешевая, но если ты в душе коллекционер, то как иначе? А я коллекционирую книги – правда, сканирую их, потому что места в библиотеке уже нет, и в офисе, и дома их негде складывать. Единственный вариант – сканировать их, это очень удобно. Можно быстро находить любые слова, любые фразы. За хобби нужно платить. Кто-то увлекается коллекционированием картин, вин, на другое деньги тратит, а у меня вот книги.

Прекрасное хобби, Александр. Хочу спросить про еще одну инициативу, к которой вы имели отношение, это Russian Arbitration Day – Российский арбитражный день. У вас на этом же сайте есть книга, которую вы распространяете, – «Новые горизонты международного арбитража». Я нашел там предисловие от редакторов – Антона Владимировича Асоскова, Александра Игоревича Муранова, Романа Михайловича Ходыкина. Насколько я понимаю, Российский арбитражный день – это ваша совместная инициатива?

Инициатива была не моя, а Романа Михайловича Ходыкина. Он эту идею предложил реализовать Антону Владимировичу и мне на встрече в Лондоне, когда мы оказались там на конференции. Идея была



сделать интересную арбитражную конференцию по правилам, несколько отличающимся от подходов, которые обычно в России используются, причем с обязательным изданием до самой конференции сборника докладов, которые на ней будут. Мы провели три такие конференции до реформы. Помещение изначально предоставляла ТПП, но она в ходе реформы отказалась от дальнейшего сотрудничества, поэтому от конференций пришлось отказаться. А когда реформа состоялась, появился Российский арбитражный центр и предложил возобновить проведение мероприятия. Претендентами были РАЦ и РСПП. Так сложилось, что мы стали сотрудничать с РАЦ (я тогда думал, что не так все плохо с ними, но потом изменил свое мнение). Они предоставили помещение, а все остальное мы сами сделали, в том числе книгу издали. А потом у меня глаза открылись и я понял, что такое РАЦ, так что пришлось заявить: «Лично я больше участвовать с вами не буду». Я же не мог сказать: «Все, коль скоро я один из основателей, то я запрещаю проводить этот день». Нет, если хотят, пусть проводят. Антон Асосков и Роман Ходыкин остались вместе с РАЦ и продолжают вести конференции с выпуском книг.

Помимо этого, вы также издавали в «Статуте» сборники по международному коммерческому арбитражу, в частности к 80-летию МКАС. Знаете, я посмотрел эти сборники и нашел там очень много интересных и удивительных сведений. То, что меня впечатлило больше всего, – это



исторические документы в отношении внешне-торговой арбитражной комиссии и информация о том, что из 14 первых арбитров, которые входили в список ВАК, 8 были расстреляны.

Ну да, это были 1930-е годы. Вообще, думать, что арбитраж, тот же МКАС, явление новое и без корней, — ошибка. На самом деле все не так. В МКАС мало что поменялось за десятилетия. Если вы прочтаете исторические документы, то поймете, что генетически структура была заложена еще в 1930-е годы. Она могла немного варьироваться, все зависело от руководства ТПП и Внешнеторговой арбитражной комиссии. Но многие вещи оставались неизменными на протяжении 90 лет. Об этом прямо говорят опубликованные мною исторические документы. Почему я их начал собирать? Это тоже чистое хобби. Тем более это было не так сложно: я сам в архивы не ходил — у меня есть прекрасная помощница,

Анна Остаповна Никитина, которая записалась в Российский государственный архив экономики, смотрела, фотографировала, мне оставалось только рассортировать. Секретари в фирме помогли текст набрать. После чего «Статут» сделал верстку, и мы издали книгу. Материал лежал под ногами. Все это действительно помогает разобраться в генезисе отечественного арбитража. Вы не поймете нынешний арбитраж в России, не узнав его истории.

Я так понимаю, что в благодарность за работу по изданию книги об истории МКАС вас включили в президиум, это было приблизительно в тот же период — 2012 год.

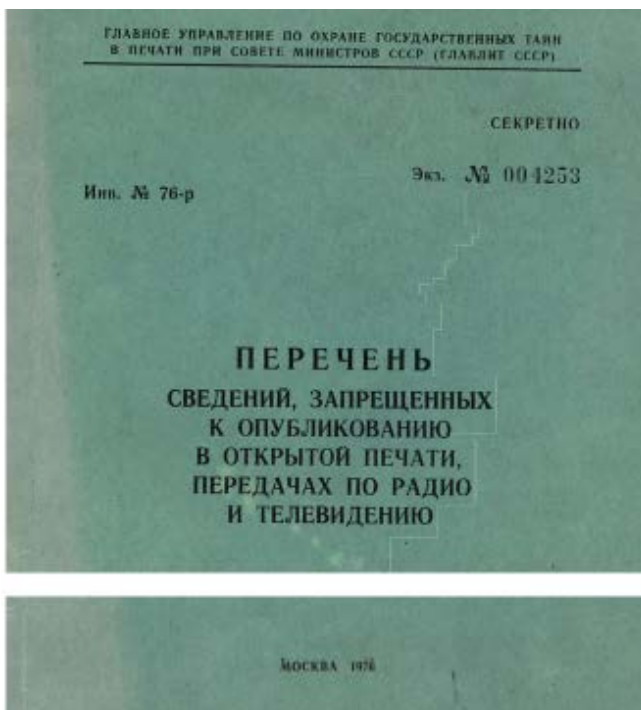
Да, наверное.

Вас включили в члены президиума МКАС и Морской арбитражной комиссии, верно?



Да. А на этом фото день рождения Олега Николаевича Садикова, к сожалению, недавно скончавшегося, ему тогда, в 2015 году, исполнилось 90 лет. Там Александр Львович Маковский, к великому несчастью нас покинувший 11 мая, и остальные члены президиума, в том числе я.

Хочу еще пару слов сказать по поводу ваших публикаций, потому что один из постов на Facebook, который вы сделали, меня очень сильно заинтересовал. Это была выдержка из секретного документа 1976 года — «Перечня сведений, запрещенных к опубликованию в открытой печати, передачах по радио и телевидению».



Там были указаны сведения, раскрывающие подчиненность ТПП СССР, Амторга и других обществ за границей с участием советского капитала Министерству внешней торговли.

2. Сведения, раскрывающие подчиненность Торгово-Промышленной Палаты СССР, Амторга и других обществ за границей с участием советского капитала Министерству внешней торговли.

Ну да.

ТПП же формально даже в советские времена являлась независимой.

Официально она считалась общественной организацией, но на деле все было иначе.

Когда я брал интервью у Тамары Евгеньевны Абовой, она рассказывала, как Сергея Николаевича Лебедева назначили председателем Морской арбитражной комиссии. И как Минпромторг и Минвнешторг конкурировали между собой в отношении того, кто должен быть председателем этой комиссии.

Министерство морского транспорта.

Может быть, да. Два ведомства конкурировали, и у каждого был свой кандидат. Меня это тогда поразило: вроде бы формально общественная организация со своими органами самоуправления, но реально вопрос решался на уровне профильных министерств.

Чему удивляться, Владимир? Это была обычная советская практика. Взять Инюрколлегию, например, это тоже интересная история. Она подчинялась напрямую Министерству финансов, хотя об этом мало кто знал. Почему? По очень простой причине: Инюрколлегия была поставщиком валюты от клиентов-иностранцев, и курировал ее именно Минфин, решал все вопросы он. И здесь то же самое. Палата была поставщиком валюты в том числе. Там зарабатывали по сегодняшним меркам миллионы, по тем временам — сотни тысяч долларов.

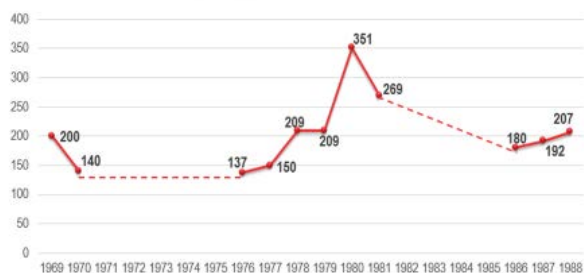
В связи с этим хочу задать провокационный вопрос. Когда вас включили в состав президиума МКАС, это было решение только ТПП РФ? Или тоже какие-то профильные органы вашу кандидатуру согласовывали?

Я думаю, что это было исключительно решение ТПП. Все происходит очень просто: принимается внутреннее решение, кандидат выдвигается на собрании арбитров. Присутствующие на собрании арбитры всегда голосуют за, как это было и в Советском Союзе, — просто голосуют за, потому что альтернативные кандидатуры не предлагаются. Кстати говоря, в то время я был в Лондоне на одном слушании, я даже на собрании, где меня избрали, не присутствовал. Проголосовали без меня, вопросов не задавали, надо было проголосовать — и проголосовали. Так происходит и в других случаях, тут не исключение. Только там, где реально конкуренция, могут быть различные варианты. Здесь же, как и в других местах, все по старинке. Это плохо, но это то, в чем мы живем.

Да, Александр, благодаря этой книге я смог увидеть некую статистику дел, которые рассматривались в МКАС в советские времена. Кстати,

хотя некоторые иностранные источники говорили, что в МКАС все дела выигрывали только советские внешнеторговые организации, в этой книге я нашел интересную информацию (статистическую) о том, что это не так. Иностранные компании тоже достаточно часто выигрывали дела в МКАС, то есть не было просоветской направленности при разрешении дел.

Количество дел, поступивших в МКАС при ТПП РФ за период с 1969 по 1988 гг.

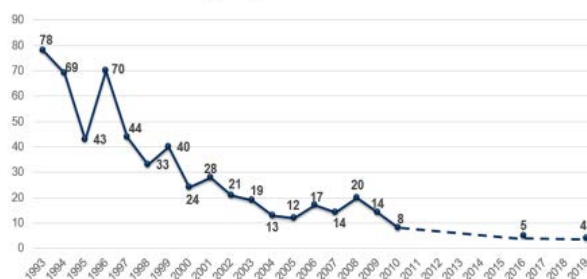


Абсолютно. За этим стояли чисто рациональные причины, включая экономические. Советское государство было разумно: оно хотело зарабатывать, получать валюту. Какой был смысл лишать себя возможности валютных поступлений в виде сбора от иностранцев, создавая полностью подконтрольное учреждение? Нет, идея была в другом — в том, что, конечно, в сложных случаях вмешательство возможно, это все понимали. Но, как правило, заказных решений не было и не должно было быть, потому что стояла задача создать независимый центр, который привлекает иностранцев, чтобы они платили сборы в валюте. Причем важны были не только сборы — валюта от советских истцов не должна была уходить за рубеж, где сборы были больше. Поэтому с точки зрения рационального подхода независимость в те времена обеспечивалась в том числе государством, которое, как правило, не вмешивалось, хотя могло всегда.

Продолжая тему статистики: я посмотрел статистику Морской арбитражной комиссии. МАК перестала публиковать информацию лет десять назад. На основании обрывочных данных

и разговоров с людьми, которые имеют прямое или косвенное отношение к МАК, видно, что в 1990-е годы там было достаточно большое количество дел. Сегодня же оно сократилось практически до нуля.

Количество дел, рассмотренных Морской Арбитражной Комиссией при ТПП РФ за период с 1993 по 2019 гг.



Увы, в десятки, сотни раз по сравнению с лучшими временами.

Как вы думаете, с чем это связано?

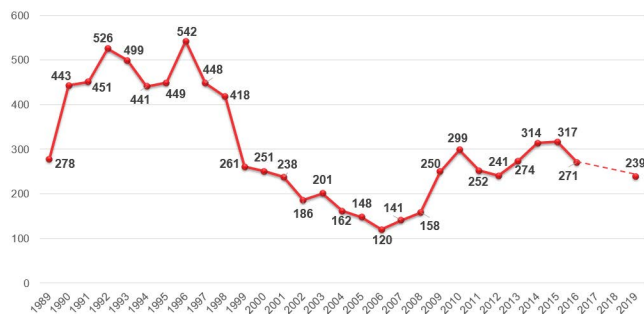
Здесь несколько причин. Во-первых, сейчас серьезно повысилась безопасность судоходства. Взять дела о столкновениях — ведь МАК начинала с них. Первоначальная конкуренция МАК с Лондоном сводилась к рассмотрению дел о столкновениях между морскими судами. Возросла безопасность перевозок, космическая связь позволила обеспечить гораздо более эффективную логистику, так что споров стало меньше именно из-за технических, технологических новшеств. Во-вторых, Россия перестала быть великой морской державой, которой являлся СССР. А МАК в СССР пользовалась поддержкой государства. Без указания госпредприятиям судиться в МАК такого количества дел бы не было. В-третьих, многое приватизировали и перевели в офшоры, а офшоры — это английское право, английская юрисдикция. Обслуживают там судовладельцев местные юристы. За судовладельцами, конечно, стоят россияне, но оформлено это все на Багамах, на Кипре и в других государствах, которые связаны с английским правом. И связь с российским правом стала

исчезать. В-четвертых, коль скоро государством все было отдано на откуп частным лицам, то чиновники, вероятно, заинтересованы в таком развитии событий, они же тесно с бизнесом связаны. А бизнес не хочет судиться в России, потому что придется раскрывать информацию о себе и своих активах, нести коррупционные риски. Вот так постепенно обращений в МАК становилось все меньше и меньше. Ну и еще одна важная причина: политика ТПП направлена на то, чтобы МАК не развивать. Говорю со всей ответственностью, к моему большому сожалению. Попытки развивать были, но выяснилось, что больших денег МАК, в отличие от МКАС, не приносит, так что вкладывать в нее средства и силы у ТПП желания нет. Это чемодан без ручки для ТПП, который бросить, увы, нельзя. Это имиджевый проект, первый отечественный морской центр, нельзя же от него просто так отказаться, некрасиво. Можно было бы поменять ситуацию, но для этого реально нужно вкладывать время, деньги и усилия. Но это также означало бы создание действительно независимого центра со специалистами, которых нельзя контролировать. ТПП это не нужно, им нужен контроль над арбитрами, поэтому МАК и дальше будет хиреть.

Ваш аргумент о том, что индустрия морских перевозок изменилась, структура собственности изменилась, понятен. Но вот смотрите: в МКАС тоже количество международных споров в последние годы начало падать по сравнению с 1990-ми. Как вам кажется, почему это происходит? В Париже в ICC, в Лондоне в LCIA, в Сингапуре – везде с 2009–2010 годов наблюдается тенденция к росту, все больше и больше дел, кривая идет вверх, а в МКАС кривая идет вниз. Есть какое-то объяснение этому?

Я думаю, есть. В отношении МАК причины действительно в изменении технологий перевозок и структуры собственности, на это повлиять нельзя. В отношении же МКАС основная причина, на мой взгляд, – неправильная политика по его развитию, отказ

Количество дел, поступивших в МКАС при ТПП РФ за период с 1989 по 2019 гг.



от того, чтобы МКАС совершенствовать, правильно презентовать, продвигать. Вместо этого – бахвальство и желание почивать на лаврах. Я всегда говорил, что в советские времена ТПП была самой капиталистической организацией, а сегодня по своему духу, подходу она, скорее, советская. Это проедание прошлого без создания будущего, нежелание вкладывать, нежелание развивать, в том числе имидж МКАС. Советский застой сегодня. Нельзя забывать и о том, что судиться в МКАС гораздо дороже, чем в государственных судах. Поэтому бизнесмены, видя ситуацию со стагнацией МКАС, могут предпочитать госсуды. Наконец, по сложным делам соотношение «цена – качество» не в пользу МКАС. Деньги дерут, а коррижу жалеют, как говорил Карлсон. В итоге бизнесмены уходят в иностранный арбитраж. Совокупность этих факторов и влияет на количество дел в МКАС. Эту тенденцию можно и нужно было бы переломить, сделать МКАС хотя бы на пространстве СНГ лидером, куда будут обращаться все. Но, к сожалению, политика – почивать на лаврах, проедать прошлое. А зачем развивать? Логика, психология и идеология очень простые: зачем что-то менять, если и так работает? Начнем менять – вдруг поломается и будет хуже?

Наталья Кузнецова пишет, что есть желание на самом деле развивать. Ну дай Бог.

Это все иллюзии. Я наблюдал за этой ситуацией изнутри. В качестве докладчика я по-

пал в МКАС в 1996 году. Меня туда привлек Сергей Николаевич Лебедев, мой научный руководитель. И развитие было, в том числе из-за того, что до 2008 года экономика росла. Но после того как Александр Сергеевич Комаров покинул пост председателя МКАС, импульс, чтобы хоть как-то развивать и продолжать хотя бы по инерции, стал исчезать — я это наблюдал на протяжении многих лет. Я сам пытался что-то сделать, но, к сожалению, не получилось.

А почему не получилось?

Просто это в ТПП и МКАС никому не нужно.

Нет политической воли?

Да, у ТПП нет политической воли, там желания очень простые, это даже можно попытаться понять: люди слабы, все хотят получать деньги, ничего не делая. Если что-то работает и приносит деньги, пусть оно и дальше работает; на наш век хватит, а после нас хоть потоп. Они не понимают, что, когда они уйдут — а никто не вечен на этой земле, — будет еще хуже. Преемникам придется всю эту кашу расхлебывать.

То есть до тех пор, пока корова дает молоко и ее доят, о теленке никто не думает?

Да. Пока жареный петух не клюнет, пока гром не грянет — никто не перекрестится. Будут что-то менять единственно тогда — и надежда только на это, — когда конкуренция заставит меняться. И кстати, она уже заставляет двигаться, потому что новый конкурент ТПП, Российский арбитражный центр (искусственное образование, подпитываемое государственными деньгами), это все же конкурент, которого ТПП реально боится, и они могут начать что-то делать. Не в той мере и не в том объеме, но все же могут начать. Конкуренция — великая вещь.

Я дошел до своего любимого момента в нашем интервью. Это статья, которую я написал в Arbitration.ru о вашем процессе против ТПП, когда вас исключили из списков арбитров.

Расскажите, за что вас изгнали из святой святых?



Игнание евреев из Иерусалима при Навуходоносоре. Иллюстрация из Шедельской хроники, 1493 г.

В СПИСКАХ НЕ ЗНАЧАТСЯ ...

За две статьи, которые я написал на Закон.ру в конце 2017 года. Про третейскую олигополию как цель Минюста. Когда я сопоставил факты, тенденции, у меня вдруг глаза открылись. Я понял, куда ведет вся эта мошенническая схема в виде так называемой арбитражной реформы. Что за ней кроется, кто за ней стоит, какие интересы она защищает. Я прямым текстом все это написал, хотя мне настоятельно советовали этого не делать. Но я написал, четко обозначив, какой интерес у государства в лице Минюста, какие интересы преследует РАЦ, ТПП, что нас ждет (ничего хорошего, на мой взгляд). Ну и в том числе назвал имена. Кстати, одни меня за это критиковали, а другие сказали, что это правильно. В России ведь принято не упоминать имен. Nomina sunt odiosa. Нельзя ни о ком говорить, все обидчивые. В политике — можно, в экономике — можно, а в праве — нельзя. А я перечислил поименно всех членов третейского совета при Минюсте, рассказав, кто из них будет отстаивать идеалы арбитража, а кто покорно подчинится, возьмет под козырек и проголодает так, как скажут. Прогнозы оправдались. В ТПП решили, что человеку, который отрицает эту лживую политику, проводимую новыми арбитражными учреждениями, не стоит быть в списках вместе с теми, кто эту политику осуществляет. Понять тоже можно.

Ну да, все-таки, если вы находитесь в руководстве какой-то институции, вы должны соблюдать определенную лояльность к ней.

Я уже не был в руководстве. К тому времени я попросил меня отовсюду освободить, проявив оппозиционность, так что в начале 2017 года я не был в президиуме МКАС. Но был в президиуме МАК и заместителем председателя МАК. Причем самое забавное, что меня никто не спрашивал, хочу ли я там состоять. Я просил меня отовсюду освободить, а меня назначили туда, даже не спросив. Я, конечно, подал в отставку с этих постов, но из списков арбитров меня не исключили. Дождались, пока я напишу статьи, и только тогда исключили. Но из руководства я сам ушел.

Тут Михаил Морозов у нас активничает, он спрашивает: «Если бы вам предложили возглавить МКАС, что бы вы сделали?»

Я бы отказался.

«Если бы в интересах, так сказать, развития арбитража в России вам бы сказали возглавить МКАС – и сделайте, что хотите, сделайте конфетку, карт-бланш вам дают, – Михаил Морозов пишет. – Что бы вы сделали?»

Если хотите поменять МКАС, вы должны просить, чтобы вас назначили вице-президентом ТПП. Это единственный вариант. Председатель МКАС ничего не решает, решает вице-президент ТПП. Сегодня это Владимир Витальевич Чубаров, он принимает все решения.

Хорошо, Александр, если бы вас назначили вице-президентом ТПП, что бы вы сделали, чтобы вывести МКАС на другой уровень?

Многое можно сделать. Во-первых, ряд мероприятий персонального характера. Кадры решают все. Я бы серьезно поменял кадровый состав: нужна новая команда. Начал бы, конечно, с руководящих органов. С арбитрами обновления потом, все постепенно. Еще упор на технические и организационные стороны, на секретариат. Необходимо

серьезное улучшение деятельности секретариата, чтобы люди действительно начали там активно и компетентно работать. Новые специалисты, чтобы язык знали хорошо и все арбитражные технологии. Использование западных стандартов, включая новые технологии, ведь сейчас в МКАС ими просто пренебрегают. Второе – это ряд маркетинговых мероприятий, направленных как внутрь России, так и за рубеж. И в-третьих, самое главное – информационные подходы, это даже можно назвать новой идеологической, честной арбитражной политикой. Я бы отказался от бахвальства, хвастовства, а сказал бы правду. Сказал бы о тех плюсах, которые есть – а они есть, несомненно. Сказал бы честно о минусах и предложил желающим воспользоваться плюсами. Предложил бы варианты движения вперед, в том числе привлекая заинтересованных лиц, которые могут что-то выдвинуть. Я уверен, что нашлись бы желающие. Также потребовался бы отказ от гиперконтроля и опеки, от подчиненности воли арбитров руководству ТПП. Ну и, само собой, большее привлечение арбитров к решению различных вопросов, устранение странных технических вещей, от которых они страдают, например удержание налога с их расходов. Ведь в отношении иностранных арбитров удерживают 30% налога с их расходов, не доходов. Куда это годится?

Александр, это же не ТПП решает, это налоговая инспекция так требует. Не думаю, что это инициатива ТПП.

Нет, это ТПП сделала для подстраховки, чтобы не сталкиваться с проблемами, вот и все. Этот вопрос легко решить, если есть политическая воля. Но нет, им проще переложить бремя на обычных людей, которые возражать не могут.

Александр, и последний вопрос, связанный с Российским арбитражным центром. Мы знаем, что вы выпустили целую книгу – «ГОНГО-структуры? Декларации и реальность. Как вертикаль власти работает в арбитраже».



И в этом своем исследовании вы проанализировали состав акционеров и пришли к выводу, что они связаны с Правительством Российской Федерации. Я воспроизвожу схему из вашей книги.



Насколько я помню, Российский арбитражный центр выпустил пресс-релиз, сказал, что все это неправда и они будут судиться с вами. Нет, судиться они не обещали.

Не обещали, но написали пресс-релиз, что примут все предусмотренные меры.

Да.

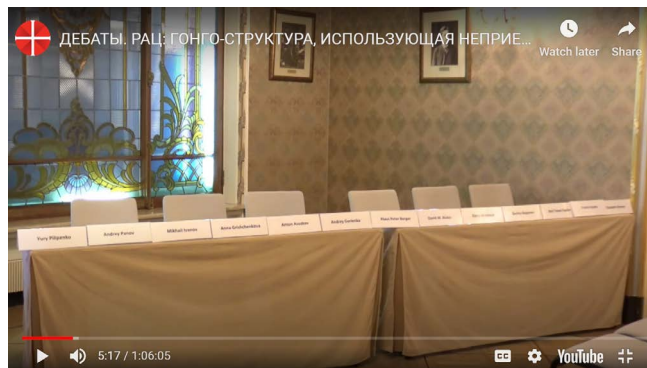
И в ответ на это вы пригласили их на дебаты, насколько я помню. Есть любимое мое видео, по-

тому что я, честно говоря, купил попкорн тогда. Я пришел на эти дебаты, потому что мне было очень интересно. Кто пропустил – я сейчас покажу, как это все выглядело.



Видео есть на YouTube.

На YouTube, да. Я покажу видео с YouTube.



<https://www.youtube.com/watch?v=5BPKIR6eT-c>

Как говорили древние римляне, «они блистали своим отсутствием». Как можно видеть, никто не пришел.

Да, никто не пришел, и у меня в связи с этим несколько вопросов к вам. Вопрос № 1. Мы знаем, что во многих странах арбитражные центры создавали с помощью государства, потому что сделать с нуля арбитражный центр очень сложно. Нужны большие инвестиции. Это коммерчески невыгодное мероприятие – арбитраж. Когда оно выходит на обороты, оно становится выгодным, поэтому либо должен быть частный инвестор, который вкладывает в суд, что, наверное,

не очень хорошо, либо государство. Кстати, Лондонский суд международного арбитража (LCIA) тоже в свое время создавался с участием London City, то есть мэрии Лондона. Мы знаем, что в Казахстане Международный финансовый центр «Астана» поддерживается государством, государство открыто об этом говорит: «Да, мы вкладываем деньги, но у нас есть совет из уважаемых людей, которые обеспечивают нейтральность». Предположим, что вы правы: РАЦ создан при поддержке государства и там тоже есть совет из уважаемых людей, которые должны обеспечивать нейтральность. В чем проблема, с вашей точки зрения?

Я прекрасно знаю, в какой стране мы живем, и понимаю, что государство вполне может поддерживать некие проекты. Я поэтому всегда и говорю, что прекрасно понимаю, почему создан РАЦ. Проблема в другом. Все, что я говорю, связано с одним моим призывом: «Перестаньте врать, скажите правду». Вот зачем тому же Андрею Андреевичу Горленко врать, что он ночами сидел и написал такую прекрасную заявку, что у Минюста не было шанса отказать в предоставлении права на деятельность ПДАУ? Просто скажите, кто за вами стоит, кто вас поддерживает. Зачем вы создали эту атмосферу лжи, когда заявляется: «Приходите к нам в Минюст, все нормально рассмотрим, у нас независимый совет, специалисты» — ведь все прекрасно знают, что это филькина грамота, что совет из марионеток состоит? Скажите правду, и все успокоится. В России живем, все поймут, все подчинятся, все покорятся. Перестаньте врать.

Вам зачем эта правда, скажите мне? Вы как Дон Кихот?

Я совсем не Дон Кихот. У меня это своего рода исследовательская деятельность, понимаете? Правда освобождает. Когда я был членом президиума МКАС, я не мог говорить правду, не мог писать исследования. А у меня склад такой: мне хочется докопаться до сути, до истины. Теперь я могу, меня освободили от этих оков. А правда на самом

деле всегда имеет огромную ценность, это не донкихотство. Я всем объясняю, что у меня научный эксперимент по изучению арбитража в России, относитесь к этому именно так. Я ничего не потерял, только приобрел. Приобрел возможность свободного поиска. Если это имеет какие-то побочные эффекты, последствия — что ж делать, наука требует жертв. Это наука.

Вы сейчас ответили на вопрос Михаила Морозова, который он во время подготовки авокадо написал: «Может, лучше блюдо из авокадо, чем биться с ветряными мельницами». Но я так понимаю, что вы предпочитаете биться с ветряными мельницами.

И неправильно понимаете. Во-первых, нет никаких ветряных мельниц, во-вторых, я, как уже сказал, не Дон Кихот. Я еще не старый, не больной и не бедный рыцарь. Я достаточно молод, средств пока хватает, так почему бы не потратить время и силы на то, что интересно? Я понимаю, что третейскую реформу никто не отменит. Это, кстати говоря, не ошибка государства, не неправильно проведенная реформа — это осознанный шаг, намеренная махинация, мошенническая схема, реализованная для того, чтобы полностью контролировать гражданское общество, третейское сообщество, арбитраж. Если я исследую эту тему, почему это донкихотство? Это не более чем исследование, эксперимент полевой.

Александр, вы встали в оппозицию к ТПП, поссорились со своими бывшими партнерами по Российскому арбитражному дню, раскритиковали РАЦ, Минюст.

Кто ссорился? Я просто предложил сказать правду. Мне ответили, что правду говорить нельзя, иначе они обидятся. Им нельзя — значит, нельзя. А я буду говорить.

Хорошо, Александр, но тем не менее правда, к сожалению, горькая... Хочется закончить на позитиве. Молодежь сейчас воодушевлена арбитражем, они ездят на муты, им хочется этим

заниматься. Как вы считаете, есть в России шанс получить хороший, нормальный, здоровый арбитраж? Что для этого нужно делать?

Чтобы создать в России привлекательный арбитраж?

Хороший, здоровый арбитраж. Вот чтобы мы были не хуже Лондона, Парижа, Сингапура. Что нужно сделать? Например, президент бы вам сказал: «Вот, Александр, вам аудиенция, чтобы рассказать, как сделать Россию таким же центром арбитражного движения, как Лондон или Париж. У вас есть пять минут, внесите три предложения». Что вы скажете?

У меня уточняющий вопрос: какой президент?

Президент Российской Федерации вам говорит: «Александр, сделаю все, что вы скажете. Назовите три вещи, чтобы изменить ситуацию в лучшую сторону».

Во-первых, я бы сказал, что нужно поменять установку его и правительства в отношении арбитража. Без этого ничего не получится. Менять именно методологическую установку. Позвольте арбитражу развиваться, не вмешивайтесь. Один из принципов – невмешательство.

Понятно. То есть первое – поменять установку. Администрация должна всем сказать: «Не трогайте арбитраж».

Не просто сказать: «Не трогайте». Они должны сказать: «Мы самоограничиваемся, мы себя из этой сферы выпиливаем». Вот как я себя выпилил из нездоровой системы, так и они себя должны осознанно выпилить.

Хорошо. Что еще помимо самовыпиливания должно произойти?

Я сторонник контроля за созданием арбитражных центров (и на первом этапе реформу в этом плане поддерживал), но контроля не на входе, а на выходе – контроля за деятельностью арбитражных центров. Опять-таки мы живем в России, я прекрасно понимаю, что может быть много злоупотреблений, мошеннических схем в сфере арби-

тража. Но именно контроль на входе должен быть минимальным. Должны быть четкие требования для создания арбитражных центров, а реакция должна быть уже на возможные злоупотребления. Критерии для оценки злоупотреблений должно предложить сообщество действительно независимых лиц, а не придворных свадебных генералов, которые сейчас присутствуют в совете при Минюсте. И с привлечением иностранных специалистов, мнение которых не помешает. Кроме того, необходимо создание совета по совершенствованию третейского разбирательства, если мы его принимаем как важный элемент инфраструктуры, на новой основе. В итоге разрешение на создание арбитражных центров должно предоставляться всем, но с предупреждением: не будете соответствовать определенным критериям – лишитесь права администрировать арбитраж. И надо не мешать создавать арбитражные центры в регионах. Это второй шаг, инфраструктурный.

А третий?

Если первый элемент – методология, второй – инфраструктура в виде совета как органа, который следит за ситуацией на выходе, и соответствующие критерии, то третье – это требования к непосредственным акторам, к арбитрам, которые разрешают споры. Какие это должны быть требования? Непросто предложить сходу. Наверное, здесь пришлось бы (хотя это большинству не понравится) принять меры в связи с гласностью и репутацией арбитров. Я уверен: чтобы арбитраж проводился действительно хорошо, он должен проводиться ответственно. И лица, которые допустили ошибку, осознанно или по небрежности, должны за это отвечать. Как такой механизм выработать, сложно сказать. Проведу параллели с адвокатурой. Почему адвокатура более-менее сносно работает? Ввиду факторов, о которых я и говорю: 1) государство не так сильно вмешивается в нее; 2) есть инфраструктура в виде органов, которые в целом независи-

мые — не вполне, но тем не менее; 3) имеются механизмы, направленные на поддержание репутации адвокатов. Адвокат рискует своим статусом, если совершит что-то плохое и на него пожалуются. И в сфере арбитража могли бы существовать квалификационные комиссии, но уже не для третейских центров, а для конкретных арбитров. Сторона должна иметь возможность подать жалобу, пусть в редких, особых случаях, но все же. Это аналог саморегулирования. Я понимаю, что это звучит как ересь, но в России это единственный вариант избежать злоупотреблений со стороны арбитров и обеспечить арбитражу хорошую репутацию. Иное не работает. Вы не представляете, что порой творят арбитры без всяких последствий, а я за годы уже посмотрелся. Конечно, такой механизм должен быть очень осторожным, очень гибким, но все же без этого элемента саморегулирова-

ния и повышения ответственности никуда. Когда арбитры почувствуют личную ответственность и то, что они не смогут прикрываться арбитражной конфиденциальностью, которой они нередко злоупотребляют, вот тогда начнет что-то меняться, тогда стороны поверят в третейское разбирательство. Арбитры начнут себя вести более ответственно, а стороны, видя это, потянутся в арбитраж. Будущее арбитража в России за его саморегулированием. Вот такие три шага. Но сегодня все это звучит наивно и фантастично.

Александр, мы превысили допустимый лимит, но мне было очень тяжело прерваться. Громадное спасибо за рецепты из авокадо и за ваши рассуждения в отношении прошлого, настоящего и будущего арбитража.

Спасибо, Владимир, спасибо всем.
До свидания.

*Интервью провел
Владимир Хвалей,
председатель РАА,
партнер Baker McKenzie, Москва*

ИТОГИ V КОНКУРСА РАА ПО АРБИТРАЖУ ОНЛАЙН



Борис Карпычев
координатор
V Конкурса РАА



Константин Антонюк
координатор
V Конкурса РАА,
младший юрист
Baker McKenzie

28 –30 августа 2020 года в Москва-Сити (на территории отеля Novotel Moscow City и офисов юридических фирм «Томашевская и партнеры», Bryan Cave Leighton Paisner (Russia) LLP и Pen & Paper) прошел заключительный этап V Конкурса РАА по арбитражу онлайн. Мероприятие также поддержали юридические фирмы Baker McKenzie и Saveliev, Batanov & Partners. Стажировки лучшим спикерам – участникам конкурса предоставили юридические фирмы «ЕПАМ», «КИАП», «Кульков, Колотилов и партнеры», Eversheds Sutherland, адвокатское бюро «Клоченко и Кузнецова». Кроме того, весь состав одной из команд приглашен на стажировку в юридической фирме «ФБК Legal».

28 августа состоялось открытие V Конкурса РАА. Традиционно конкурс начался конференцией для участников и арбитров, но в этот раз она прошла в онлайн-формате. В рамках конференции с приветственным словом выступили Владимир Хвалея (председатель правления РАА, партнер Baker McKenzie), Сергей Савельев (партнер Saveliev, Batanov & Partners, координатор РАА25) и Александра Шмарко (юрист Baker McKenzie, сопредседатель РАА25).

Сначала Сергей Лысов (старший юрист «Кульков, Колотилов и партнеры»), Александр Ягельницкий (советник Petrol Chilikov), Илья Чичеров (старший юрист SILA International Lawyers) и Даниил Власенко (юрист Schellenberg Wittmer Ltd) обсудили с участниками конфе-

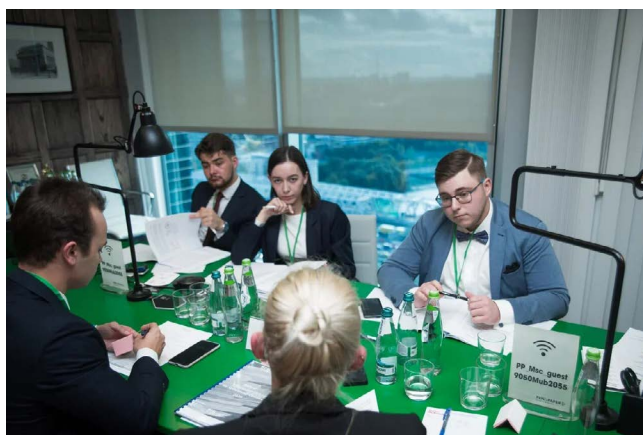
ренции некоторые аспекты фабулы конкурса по процессуальному и материальному праву. Напомним, что фабула этого года была посвящена арбитражному спору футболистов и спортивного клуба. Модератором сессии выступила Александра Шмарко.

От правовых вопросов по мотивам фабулы спикеры перешли к обсуждению особенностей ведения арбитражных разбирательств. Татьяна Невеева (советник «ЕПАМ») рассказала о главных правилах подготовки письменных процессуальных документов. Александр Сысоев (юрист White & Case) раскрыл секреты убедительного устного выступления. Наталья Кислякова (старший юрист «КИАП») дала участникам советы по навыкам эффективного поиска дел в правовых базах. Наконец, Таисия Воротилова (юрист Baker McKenzie) рассказала о профессии арбитражного юриста на примере одного кейса. Модератором сессии выступил Михаил Калинин (юрист Freshfields Bruckhaus Deringer, сопредседатель РАА25).

Завершилась конференция сессией показательного мут-корта. В роли «сложных» арбитров выступили Сергей Ермоленко (партнер «ФБК Legal»), Ян Калиш (советник «Рыбалкин, Горцунян и партнеры»), Максим Кульков (управляющий партнер «Кульков, Колотилов и партнеры»). Убеждали их Адам Нальгиев (младший юрист «Иванян и партнеры», лучший спикер московского премута Международного конкурса по коммерческому арбитражу

им. Виллема К. Виса 2019 года, лучший спикер Российского национального чемпионата Конкурса им. Филипа Джессопа 2020 года) и Александр Стаценко (помощник юриста «Кузнецов, Марисин и партнеры», участник Международного конкурса по коммерческому арбитражу им. Виллема К. Виса 2019 и 2020 годов), которые выступили в роли представителей истца и ответчика. Модерировал сессию Константин Антонюк (координатор V Конкурса РАА, младший юрист Baker McKenzie).

29–30 августа состоялись устные слушания V Конкурса РАА. В них по итогам онлайн-раундов в мае приняли участие 24 лучшие команды из 54 команд со всей России и СНГ. Арбитрами выступили около 70 ведущих практикующих арбитражных юристов, которые на протяжении двух дней судили и комментировали выступления команд. С полным списком арбитров устных слушаний можно ознакомиться [на сайте конкурса](#).



По результатам отборочных раундов устных слушаний 24 августа в четвертьфинал конкурса прошли:

- команда № 28 МГЮА;
- команда № 15 БГУ;
- команда № 26 РГУП;
- команда № 21 РАНХиГС;
- команда № 29 ВШЭ;
- команда № 32 МГУ;
- команда № 33 ВШЭ;
- команда № 53 СПбГУ.





В последний день конкурса определились победители.

I место заняла команда № 28 МГЮА (Сергей Иванов, Нелли Журавлева, Дарья Зинченко, Мария Федорова, Евгения Пузырева, Олеся Засемкова).

На II месте команда № 26 РГУП (Максим Ратников, Анастасия Васильева, Яна Горшкова, Анна Пашковская, Валерия Маторина, Екатерина Бельская). На стажировку всю команду от лица «ФБК Legal» пригласил партнер компании Сергей Ермоленко.

III место разделили две команды – № 33 ВШЭ (Екатерина Окань, Максим Казанцев, Степан Сидоров, Юлия Исакова, Юлия Бойко, Даниил Никольский и Алексей Акужинов) и № 29 ВШЭ (Татьяна Гурьева, Елена Иероклис, Александр Кожедуб, Анастасия Рогачева, Эмиль Сафин, Александр Карташов, Айгуль Миннибайева).



За победу в номинации «Лучший спикер» участники получили призовые стажировки в российских юридических фирмах: Яна Горшкова (команда № 26 РГУП) – в «КИАП», Татьяна Гурьева (команда № 29 ВШЭ) – в Eversheds Sutherland, Нелли Журавлева (команда № 28 МГЮА) – в «ЕПАМ». Помимо трех лучших спикеров на стажировки за выступления на конкурсе были приглашены Елена Иероклис (команда № 29 ВШЭ) – в «Кульков,

Колотилов и партнеры», Диана Кеворкова (команда № 53 СПбГУ) – в «ЕПАМ», Эмма Штегман (команда № 32 МГУ) и Александр Стружко (команда № 15 БГУ) – в АБ «Клоченко и Кузнецова».



Лучшие исковые заявления и лучшие отзывы на них в два этапа отбирал экспертный совет. В отборе первого этапа принимали участие Константин Антонюк, Динара Мустафина (помощник юриста Freshfields Bruckhaus Deringer), Степан Султанов (старший юрист «КИАП»), Валерия Теслина (менеджер проектов в Российском арбитражном центре). В рамках второго этапа этим занимались Елена Перепелинская (партнер и глава практики МКА в СНГ юридической фирмы INTEGRITES), Дмитрий Давыденко (к. ю. н., арбитр МКАС и МАК при ТПП РФ, доцент кафедры МГЧП в МГИМО, директор CIS Arbitration Forum), Лилия Клоченко (адвокат, управляющий партнер, коллегия адвокатов города Москвы, «Клоченко и Кузнецова»), Андрей Рябинин (партнер юридической фирмы INTEGRITES).

I место в номинации «**Лучшее исковое заявление**» заняла команда № 65 МГУ (Александр Гуна, Темирлан Кануков, Вадим Ахеев, Александр Курбанков, Андрей Панов). На II месте расположилась команда № 29 ВШЭ (Татьяна Гурьева, Елена Иероклис, Александр Кожедуб, Анастасия Рогачева, Эмиль Сафин, Александр Карташов, Айгуль Миннибайева). Замкнула тройку призеров команда № 25 ВШЭ (Артем Герасимов, Варвара Диких, Станислав Свидченко, Мария Ушакова, Михаил Панюшкин).

В номинации «**Лучший отзыв на иск**» I место заняла команда № 32 МГУ (Анастасия Лаврентьева, Эмма Штегман, Никита Луцкий, Анастасия Галкина, Степан Султанов). На второй строчке разместились команда № 25 ВШЭ (Артем Герасимов, Варвара Диких, Станислав Свидченко, Мария Ушакова, Михаил Панюшкин), а III место досталось команде № 65 МГУ (Александр Гуна, Темирлан Кануков, Вадим Ахеев, Александр Курбанков, Андрей Панов).



С видеозаписью финального раунда, а также лучшими исковыми заявлениями и отзывами них можно ознакомиться [на сайте V Конкурса в разделе «Результаты»](#).

Закрытие V Конкурса РАА прошло в Novotel Moscow City, запись мероприятия выложена на канале РАА25 в YouTube. После официальной части все отправились на неформальную вечеринку Сергея Савельева в Art Loft Club на «Белорусской», которая сопровождалась фуршетом от кейтеринга Skorobogatov Kitchen.



Оргкомитет конкурса благодарит команды и арбитров за участие в заключительном этапе, а волонтеров — за помощь в организации. Также выражаем благодарность фотографу Алексею Комарову.

Ждем всех на VI Конкурсе РАА по арбитражу онлайн в 2021 году!

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. This year, in recognition of both our clients' preferences for soft copy material and our commitment to sustainability, the yearbook is being published electronically via our Global Arbitration News blog, rather than in hard copy.

This new edition reviews important developments in arbitration over the past year across 43 jurisdictions, including:

- The increasing use of artificial intelligence and technology in arbitration
- Increased risk for investors posed by nationalization
- The ongoing uncertainty around the future of intra-EU BITs following the European Court of Justice's decision in Achmea
- The continued push for procedural efficiency

You can access the latest edition of the International Arbitration Yearbook at <https://globalarbitrationnews.com/iayearbook2020/>



**Baker
McKenzie.**

MANSONRS

Инфопартнеры

Arbitration.ru



CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LF LAW FIRM.RU