RUSSIAN ARBITRATION ASSOCIATION

RU/EN

Arbitration.ru №3 (27)
May-June 2021

Arbitration.ru

Издание о международном арбитраже

Арбитраж в сфере «зеленой» энергетики // Green Arbitration

Аналитика

Арбитраж споров из «углеродных» квот

Индивидуальные и коллективные иски в «зеленых» арбитражах

Украина: ICC и «зеленая» энергетика

Законные ожидания инвесторов: опыт Испании

English section

- ECT – obstacle to green energy transition?
- Solar arbitrations against the Czech Republic

Специальный раздел: трансграничное банкротство // Cross-border Bankruptcy Disputes Section

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 привидения 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.

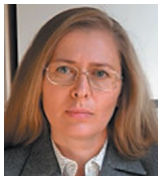
Hardcover, 1000 pages, 1000 copies, Russian language.

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
Attorney, arbitrator, Moscow

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

ARBITRATION ASSOCIATION

На обложке: Дальняя степь. Дмитрий Артюхов. Холст, масло. 2021.
On the cover: In a remote steppe. Dmitry Artyukhov. Oil on canvas. 2021.

Журнал Arbitration.ru № 27,
май-июнь 2021
Учредитель и издатель:
Арбитражная Ассоциация
Адрес учредителя и издателя:
115191, Москва, Россия,
Духовской переулок, 17, стр. 12, этаж 4
+7 (495) 201-29-59

Главный редактор:
Дмитрий Артюхов
editor@arbitrations.ru

Ассистент редакции:
Анастасия Коновалова

Корректор:
Татьяна Левицкая

Возрастное ограничение 16+.

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

CONTENTS / СОДЕРЖАНИЕ

English section

NEWS

6 **THE CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS: PROMOTING A GREENER WAY FOR DISPUTE RESOLUTION**
Heidi Walsh, Adis Sehic, Mishcon de Reya Law Firm, London

ANALYTICS

9 **THE ENERGY CHARTER TREATY AND CLIMATE CHANGE: THE NEED FOR A CLOSER LOOK**
Anja Ipp, Annette Magnusson, Climate Change Counsel

13 **IS THE ECT AN OBSTACLE TO ENERGY TRANSITION?**
Alicja Zielinska-Eisen, Veronika Korom, Queritius

17 **RENEWABLE ENERGY INVESTOR-STATE ARBITRATION: FACTS, FIGURES AND ISSUES OVERVIEW**
Antolín Fernández Antuña, FCIArb, Antuña & Partners

21 **SOLAR ARBITRATIONS AGAINST THE CZECH REPUBLIC: GLIMPSE OF HOPE FOR INVESTOR-STATE ARBITRATION**
Anna Bilanová, Jaroslav Kudrna, Ministry of Finance of the Czech Republic

АНАЛИТИКА

30 **РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ ИЗ ПРОЕКТОВ ПО СНИЖЕНИЮ ВЫБРОСОВ УГЛЕРОДА**
Анна Щербакова, PB Legal

34 **АРБИТРАЖ ICC ДЛЯ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ ПО ДОГОВОРАМ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ЗЕЛЕНОЙ ЭЛЕКТРОЭНЕРГИИ В УКРАИНЕ**
Сергей Уваров, Кристина Хрипкова, INTEGRITES

38 **ИСКИ: ИНДИВИДУАЛЬНЫЕ ИЛИ КОЛЛЕКТИВНЫЕ? ВЫБОР ИНВЕСТОРОВ В ДЕЛАХ ПО ВОЗОБНОВЛЯЕМОЙ ЭНЕРГЕТИКЕ В ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖАХ**
Ярослав Петров, Елена Сичковская-Чорнобыль, Астерс

42 **ХРУПКИЙ БАЛАНС МЕЖДУ ЗАКОННЫМИ ОЖИДАНИЯМИ ИНВЕСТОРА, КАСАЮЩИМИСЯ СТАБИЛЬНОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ, И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ПРЕРОГАТИВОЙ ГОСУДАРСТВА: ОПЫТ ИСПАНИИ**
Мария Пучина, Вероника Тимофеева, Клэр Дюваль, Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Париж

BANKRUPTCY SECTION

English section

51 **RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF RUSSIAN COURT JUDGMENTS AND ARBITRAL AWARDS IN THE FORMER SOVIET UNION STATES**
Vyacheslav Khorovskiy, GRATA International, Moscow

55 **WORKING WITH INVESTIGATORS: A BENEFICIAL PARTNERSHIP**
Anna Gumowska, K2 Integrity

57 **INFORMATION GATHERING IN RUSSIA: AN INVESTIGATOR'S PERSPECTIVE**
Septimus Knox, S-RM, London

60 **ПОИСК И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ИНФОРМАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРАНСГРАНИЧНЫХ СПОРАХ**
Дмитрий Иванов, Morgan Lewis, Москва

62 **СУДЕБНЫЕ РЕСУРСЫ ОФШОРОВ В ПОМОЩЬ ЗАРУБЕЖНЫМ ВЗЫСКАТЕЛЯМ**
Изабелла Прусская, Денис Олару, Carey Olsen

65 **ПАРАЛЛЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕССЫ ДЛЯ ПОДДЕРЖКИ РОССИЙСКИХ БАНКРОТСТВ И РАСКРЫТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ**
Павел Новиков, Юлия Скитева, Baker McKenzie, Москва

68 **ОБ ОСОБЕННОСТЯХ ВЗЫСКАНИЯ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В КАЗАХСТАНЕ**
Бахыт Тукулов, Tukulov & Kassilgov Litigation

73 **АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР НЕКОТОРЫХ СУДЕБНЫХ АКТОВ В СФЕРЕ ТРАНСГРАНИЧНОГО БАНКРОТСТВА**
Евгений Орлов, Lidings

76 **МЕХАНИЗМ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ В РОССИИ**
Оксана Петерс, Eversheds Sutherland

80 **НАЗНАЧЕНИЕ СУДОМ РЕСИВЕРОВ (RECEIVERS) НА БРИТАНСКИХ ВИРГИНСКИХ ОСТРОВАХ С ЦЕЛЬЮ СОХРАНЕНИЯ АКТИВОВ**
Марк Форте, Евгения Федотова, Conyers

82 **ВЗЫСКАНИЕ ЗАДОЛЖЕННОСТИ С НЕРЕЗИДЕНТОВ РФ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ**
Андрей Бежан, юридическая фирма «Борениус», Санкт-Петербург

EDITOR'S LETTER

Dear Readers!

We are glad to present to you a new issue of Arbitration.ru dedicated to disputes over renewable energy sources. Although this sector of the economy is still developing in Russia, the experience of other Eastern European countries shows that the future belongs to green energy. The journal examines disputes related to carbon trading, arbitrations between investors and states due to changes in the green investment regulation, as well as the initiatives for making arbitration process itself more environmentally sustainable.

I would also like to note the special section on cross-border bankruptcy comprised of articles written by speakers of the IVth RAA Conference "Collecting Bad Debts. Throwing Good Money after Bad?". This section turned out to be so content-rich and multi-faceted that it can be called without any exaggeration a compact practical guide on asset recovery for lawyers working with jurisdictions of Eastern Europe and the CIS.

However, this is not all. Our journal is expanding its geography, and the next issue will be devoted to Islamic traditions in arbitration. If you wish to cooperate with us, please send your article proposals to editor@arbitrations.ru.

ОТ РЕДАКТОРА

Дорогие читатели!

Мы рады представить вам новый номер Arbitration.ru, посвященный спорам вокруг объектов возобновляемой энергетики. Хотя в России эта отрасль экономики пока только развивается, опыт других восточноевропейских стран показывает, что будущее за зеленой энергией. В журнале рассматриваются споры из торговли углеродными единицами, арбитражи между инвесторами и государствами из-за изменения условий инвестирования в объекты отрасли, а также инициативы по экологизации самого процесса третейского разбирательства.

Отдельно хотелось бы отметить секцию по проблемам трансграничного банкротства, материалы для которой были написаны участниками IV конференции РАА «Взыскание долгов в международных спорах». Данный раздел получился настолько большим и разносторонним, что его без всяких натяжек можно назвать компактным практическим руководством по взысканию активов для юристов, работающих с юрисдикциями стран Восточной Европы и СНГ.

Однако мы не останавливаемся. Журнал расширяет географию, и следующий номер будет посвящен исламским традициям в арбитраже.

Если вы хотите сотрудничать с нашим изданием, присылайте свои предложения и статьи на электронную почту editor@arbitrations.ru.

THE CAMPAIGN FOR GREENER ARBITRATIONS: PROMOTING A GREENER WAY FOR DISPUTE RESOLUTION

Mishcon de Reya Law Firm, London

Heidi Walsh
Managing Associate

Adis Sehic
Trainee Solicitor

We are unfortunately all complicit in having a negative impact on the environment – some to a greater, some to a lesser extent. Some professions and industries are leaving a heavier carbon footprint than others and the legal industry is certainly a contributor, and within it, the international arbitration community.

International arbitration is a multi-jurisdictional business. Lawyers, parties and arbitrators are incurring quite a few air miles in order to do their work, i.e. to meet their clients, attend hearings and conferences. Even if the carbon foot print was in the back of our minds every time we boarded a plane pre-Covid-19, we rarely considered whether a particular meeting could actually have taken place by phone or video instead. And then, at the beginning of March 2020, the pandemic forced a sudden change upon the world in which we lived and travelled. Everyone – including the most frequent flyers amongst us – were stranded and not by choice.

People don't like changes and legal professionals are usually no exception. But, as the Covid-19 pandemic has left no other choice, lawyers have quickly learnt to adapt and change the practices and methods by which they carry out work on behalf of clients. Working predominantly from home, attending virtual conferences and attending remote trials have all become the new norms in the daily lives of lawyers in the UK and internationally, not least in the arbitration context. It is fair to say that without the pandemic – we would not have embraced the virtual world to the extent that we have quite to date.

When Lucy Greenwood founded the Campaign for Greener Arbitrations in 2019 (which we will describe in more detail below) with the aim of reducing the environmental impact of international arbitrations, she could not have anticipated a pandemic becoming a big contributor to her cause. A pandemic, despite all its horrors, has also (hopefully) brought permanent changes in the way we run international arbitrations. The Campaign for Greener Arbitrations has suddenly found more open minds for its aim to reduce the carbon footprint of arbitrations, not only be reducing air miles, but by taking other measures (as set out in the Green Protocols described below) to make arbitrations, and how we run our law firms in general, environmentally friendlier.

The aim of the Campaign for Greener Arbitrations

Lucy Greenwood started the Campaign for Greener Arbitrations in 2019. Lucy is an international arbitration practitioner with a focus on energy disputes. She was committed to minimising the environmental impact that her work specifically was having and, as a result, Lucy launched the "Green Pledge".

The Green Pledge is open for signature for every key player (lawyers, arbitrators, institutions, and hearing centres) in the arbitration community. By signing the Green Pledge, signatories commit to follow its Guiding Principles, which are aimed to ensure the reduction of the environmental footprint of the arbitration community[1]. The Guiding Principles are:

• Creating a workspace with a reduced environmental footprint by looking for opportunities to reduce energy consumption and waste;

• Corresponding electronically, unless hard copy correspondence is expressly needed in the circumstances, while also being mindful that email has a carbon footprint;

• Encouraging the use of videoconferencing facilities as an alternative to travel (including for the purposes of conduction fact finding interviews);

• Avoiding printing, requesting the use of electronic rather than hard copies of documents and promoting the use of electronic bundles at hearings;

• Using, where possible, suppliers and service providers who are committed to reducing their environmental footprint (including for the purposes of arranging and arbitration hearing);

• Considering and/or suggesting, where appropriate, that witnesses or experts give evidence through videoconferencing facilities, rather than attend hearings in person;

• Avoiding unnecessary travel and using videoconferencing facilities as an alternative;

• Considering and questioning the need to fly at all times and offsetting emissions for any arbitration-related travel.

More than 600 key figures and stakeholders in the arbitration world have now signed the Green Pledge[2] and the number of new signatories is increasing quickly. The popularity of the Campaign for Greener Arbitrations has certainly gained momentum during the pandemic. It is led by Lucy and supported by lawyers, arbitrators, journalists and other stakeholders in the arbitration community. All these volunteers have a desire for change.

They are trying to raise awareness through events and implement changes through various projects. They have formed a global Steering Committee, which meets on a monthly basis and, since April 2021, there are also regional sub-committees. Projects are born, discussed and driven forward in these meetings. One of the most important projects of the Campaign (so far) is the launch of the Green Protocols on 22 April 2021 (Earth Day).

The Green Protocols

The Protocols Drafting Working Group began work in mid – 2020 and considered all aspects of international arbitration, including the roles played by arbitrators, counsel, institutions and other key stakeholders in the arbitration community. Their review included the conduct of arbitration cases and eventually extended to behaviours at conferences, firms, chambers and institutions. These reviews helped to identify areas that needed significant improvement in order to reduce the carbon footprint in arbitrations. These findings formed the basis for the creation of six Green Protocols, which are accompanied by the Framework for the Adoption of the Green Protocols. The Framework and the Protocols set forth the framework for the implementation of the Campaign for Greener Arbitrations Guiding Principles.

The Green Protocols (which we describe a bit more below) shall assist key players in the arbitration community to reduce their carbon footprint of arbitral proceedings and arbitration related events. They provide easy-to-use practical guidance and simple measures that can implemented by each type of actor with the aim to encourage environmentally friendlier behaviours in arbitral proceedings.

Here is a short description of the six Green Protocols (the full version of each can be found on the Campaign's website and should be read together with the Framework for the Adoption of the Protocols)[3]:

• **Green Protocol for Arbitral Proceedings and Model Green Procedural Order**:

This Protocol provides parties and arbitrators with tangible measures to implement specific arbitration proceedings by party agreement or by tribunal order. The Model Procedural Order provides the parties and the tribunal with draft language that can be implemented by tribunals in the arbitration proceedings.

• **Green Protocol for Law Firms, Chambers and Legal Service Providers working in arbitration**

This Protocol provides parties' legal advisors and their employees with suggested sustainability mea-

[1] https://www.greenerarbitrations.com/greenpledge.
[2] https://www.greenerarbitrations.com/signatories.
[3] https://www.greenerarbitrations.com/green-protocols.

sures for minimizing their environmental impact, which can be integrated into their daily operations or adopted on a case-by-case basis. Most of these measures are not arbitration specific and are often very simple to implement individually, on a departmental or corporate level. These measures relate to the use of green energy (use of LED lights, encouraging employees to use natural light and switch off lights when leaving offices, use of recycling facilities, use of eco-friendly cleaning materials etc.); the reduction of energy consumption and environmental footprint; going digital (through the use of large double screen monitors, audio and video conferencing, development of employees' technological skills etc.); minimise printing and use of paper; encourage recycling and limit use of single use items and plastic; partner with "green" organisations; travel responsibly (e.g. encourage employees to make use of technology, consider virtual conferencing etc.); incentivise employees (e.g. through schemes that encourage greener behaviour; schemes that encourage employees to work from home); encourage social responsibility; offset carbon emissions and report progress.

- **Green Protocol for Arbitrators**

This Protocol provides individual arbitrators with practical guidance for minimizing their environmental impact and that of the parties during the course of arbitral proceedings; a lot of these measure cross over with the measures set out in the context of the Green Protocols for Law Firms, Chambers and Legal Service Providers.

The Protocol specifically recommends that arbitrators should encourage sustainable arbitral proceedings by implementing the measures set out in the Green Protocol for Arbitral Proceedings; encourage sustainable hearings (e.g. encourage the use of e-bundles instead of paper bundles; encourage the use of e-technology etc.)

- **Green Protocol for Arbitration Conferences**

This Protocol is addressed to organisers of arbitration conferences and recommends measures that can be taken to reduce to the carbon footprint of such conferences. The suggested measures include *inter alia*: the choice of sustainable venues; planning remotely; digitalisation of conference registration and materials; digitalisation of conference procedures (e.g. implement electronic platforms or QR codes for daily check-in at conferences, name badges shall be composed of environmental friendly or recycled materials etc.); use of greener energy (e.g. use of renewable energy sources, wherever possible); reduction of energy consumption use and environmental footprint (see above (ii)); minimise printing and use of paper; encourage recycling; limited use of single use items and plastic.

- **Green Protocol for Arbitral Hearing Venues**

This Protocol provides arbitration facilities, hearing centres and individuals therein with concrete steps to minimize their environmental impact as regards their daily operating procedures or as related to a particular matter. The suggested measures comprise those as set out above in the context of the other Protocols e.g. the use of green energy, the reduction of energy consumption, minimising the use of printing and paper and the encouragement of recycling. It specifically encourages arbitral hearing venues to encourage the use of technology through virtual hearing services to minimise travel and promote the use of local vendors and environmentally friendly transport options where appropriate.

- **Green Protocol for Arbitral Institutions**

This Protocol provides arbitral institutions with clear guidance on minimizing their environmental impact. The measures suggested here are again very similar to the ones addressed in the Protocols above, but specifically encourage arbitral institutions to go digital and encourage parties and the tribunal to use technology for the conduct of proceedings by minimising printing, the use of paper and travel where ap- propriate. It lists specific measures such as inviting parties to communicate by electronic means, providing the Campaign for Greener Arbitration Model Procedural Order, transmitting case files to tribunals by electronic means etc.

The Protocols should provide a practical tool kit for the implementation of simple measures which will contribute to the overall reduction of the arbitral community's carbon footprint. The smallest change in the lifecycle of every single arbitration will have a positive impact on the environment. The smallest change in our behaviour will raise awareness and have an impact on others. With these incremental changes in behaviour, the Campaign for Greener Arbitrations envisages a brighter, greener future for all stakeholders in the international arbitration context.

THE ENERGY CHARTER TREATY AND CLIMATE CHANGE: THE NEED FOR A CLOSER LOOK

Climate Change Counsel

Anja Ipp
Founder

Annette Magnusson
Founder

As a consequence of global warming, global consensus has been building on the need for a massive overhaul of global energy systems. In the 2015 Paris Agreement, which by 2021 had been signed by 194 states and the European Union, the parties agreed to "holding the increase in the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels and pursuing efforts to limit the temperature increase to 1.5°C above pre-industrial levels".[1] To reach this target, the world needs to transition from fossil fuels to renewable energy sources – and to do so quickly.

Many governments and organisations have also set ambitious goals to cut greenhouse gas (GHG) emissions by 2030,[2] or to become climate-neutral by 2050.[3] But according to Executive Director of the International Energy Agency (IEA) Fatih Birol, current state commitments are not enough to reach the Paris Agreement target, and "the data does not match the rhetoric." [4] At the Leaders' Summit on Climate hosted by US President Joe Biden in April 2021, Birol cited IEA analysis showing that "about half the reductions to get to net zero emissions in 2050 will need to come from technologies that are not yet ready for market."[5] This foretells a tremendous need for investment in research, development and scaling in all economic sectors – but perhaps most importantly in the energy sector.

In its landmark report *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector,*[6] released on 18 May 2021, the IEA explains the need for a historic surge in clean-energy investment. The Roadmap also stipulates that no investments should be made in new fossil fuel supply projects, and that no further final investment decisions should be made for new unabated coal plants.

---

[1] *Paris Agreement Art. 2.1.*

[2] *See for example the European Union 2030 Climate Target Plan. https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/2030_ctp_en. Examples from the private sector include The Exponential Roadmap initiative https://exponentialroadmap.org/ (last visited 20 May 2021).*

[3] *UNFCCC Race to Zero https://unfccc.int/climate-action/race-to-zero-campaign.*

[4] *Executive Director Speech at the Leaders Summit on Climate, 23 April 2021, https://www.iea.org/news/executive-director-speech-at-the-leaders-summit-on-climate (last visited 20 May 2021).*

[5] *Executive Director Speech at the Leaders Summit on Climate, 23 April 2021, https://www.iea.org/news/executive-director-speech-at-the-leaders-summit-on-climate (last visited 20 May 2021).*

[6] *Available at https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050.*

The multilateral Energy Charter Treaty (ECT) is arguably the most important of the bilateral and multilateral trade agreements that govern trade and cross-border investments in energy and energy-related transactions. It establishes a framework for cooperation in the energy industry, provides for free trade in energy products and freedom of energy transit, and aims to stimulate foreign direct investments. Signed in 1994, the ECT resulted from an international effort to facilitate cross-border energy transactions following the end of the Cold War, and today has more than 50 state signatories from Europe, Central Asia, and other regions.

Examining the role of the ECT in the Paris Agreement era

The ECT is currently undergoing a thorough revision – commonly referred to as the ECT modernisation process – and the member states have undertaken several rounds of negotiations, including three rounds in 2020 and a total of five rounds scheduled for 2021.[7] Whether and how the ECT should be revised in order to align with the Paris Agreement and to support the necessary energy transition is a hotly debated issue.

The current, original version of the ECT contains a plethora of provisions on sustainability, environmental impact assessments, renewable energy, and coordination of energy policy among signatory states. These provisions, however, have not received much attention in the debate over the ECT's role in the energy transition. Rather, it is the ECT's investment protection chapter that occupies centre stage.

There are diverging views among stakeholders of the interaction between ECT investment protection and national energy policy in member states. Critics of the treaty say that it *hinders* the energy transition by protecting fossil fuel investments and causing a "regulatory chill" that restricts states' ability or willingness to change laws and policies in the energy sector. Proponents claim that the treaty *supports* the energy transition by encouraging and protecting investments in renewable energy and holding states accountable for regulatory changes affecting the energy transition.

To objectively assess the ECT's capacity, or lack thereof, to support the global clean-energy transition, it is necessary to look at both the language of the treaty and the implementation of that language to date. It is in investor-state arbitrations that the treaty's language is contested, interpreted, and given effect, and – more specifically – where the treaty's investment protection provisions interact with member-state energy policy.

However, to date there has been no comprehensive study assessing how arbitral tribunals have interpreted the ECT and weighed its investor protections against its environmental provisions and against the energy policies of host states – information that would help member states and other stakeholders fully comprehend the need for appropriate and effective reforms.

Assessing the ECT's capacity to support the clean energy transition

Almost 140 investor claims have been initiated to date under the ECT, and 72 arbitral awards have been rendered.[8] How many of these awards have interpreted the ECT investment protections in their full context, including the environmental objectives of the treaty itself? And to what extent have tribunals considered the host state's energy policy and its international commitments when assessing and deciding investor-state claims? In how many of these 72 awards does the outcome align with the objectives of the UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)? The answers to these and related questions should be central to the modernisation process and the future of the ECT.

In pursuit of such answers, the authors of this article – co-founders of the Stockholm-based consultancy Climate Change Counsel – are currently involved in a study of the entire body of investor-state

[7] https://www.energychartertreaty.org/modernisation-of-the-treaty/.

[8] *Per latest available statistics, dated 20 March 2021, available at* https://www.energychartertreaty.org/cases/statistics/.

jurisprudence under the ECT. The aim of the study is to increase the depth of understanding of the ECT and its interactions with national energy policy in member states. This will enable stakeholders to advocate for meaningful reforms to ensure greater alignment with the Paris Agreement both of the ECT text (through reform) and its implementation (through arbitral practice).

The study will review the ECT investor-state jurisprudence to date to determine, first, whether the arbitral awards aligned with or departed from the host state's energy policy at the time when the dispute arose, and second, if the outcome of the awards was supportive of energy transition.

A closer look at the jurisprudence is necessary to understand the ECT's relative alignment with the Paris Agreement and its role in achieving global energy transition goals. Where the outcome of an investor-state arbitration does not appear supportive of energy transition, it cannot be assumed that the reason behind that outcome is squarely in the treaty – the reason may be the host state's policy, the tribunal's interpretation of the treaty, or the argumentation by counsel.

A deeper understanding of these issues will inform the debate around meaningful reform of the ECT – not only of the treaty text, but also its implementation.

The scope of tribunal authority to interpret the ECT

When it comes to the implementation of the ECT, it is possible that tribunals and parties do not make use of all relevant provisions in the treaty as it currently stands. According to principles of judicial interpretation, legislative text can be read and applied very differently based on context and circumstances. Similarly, a treaty text is only words on a page until it is interpreted and applied by lawyers – by counsel representing investors and host states, and by the arbitrators that decide the investors' claims. The ECT includes some instructions for arbitral tribunals on how to interpret the provisions of the treaty. Article 26(6) stipulates that "A tribunal established under [the ECT investment protection provisions] shall decide the issues in dispute in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law." In other words, tribunals should take the entire text of the treaty into account and interpret it in the context of other international legal instruments.

Has the ECT been fully utilised to date?

It could be argued that the requirement in Article 26 that tribunals should decide investment claims "in accordance with this Treaty" includes the treaty's environmental provisions. Article 19, for example, requires that signatory states "minimise, in an economically efficient manner, harmful environmental impacts arising from energy use" and that they "take account of environmental considerations throughout the formulation and implementation of their energy policies".[9] The treaty also includes a protocol on energy efficiency and environmental matters.

Where the outcome of an award rendered under the ECT appears not supportive of the clean energy transition, for instance where the outcome protects fossil fuel investments, the Climate Change Counsel study will examine whether the tribunal considered these environmental provisions, and whether arguments based on these provisions were made by parties.

It could also be argued that the requirement in Article 26 that tribunals decide investment claims "in accordance with . . . applicable rules and principles of international law" includes the host state's binding international commitments for climate change mitigation. This may include the UNFCCC and its progeny, such as the 2015 Paris Agreement, and other international instruments relating to energy transition, clean energy, or sustainable development.

Where the outcome of an award is not supportive of the clean energy transition, the study will examine whether the tribunal has considered applicable rules and principles of international law, and whether

[9] https://www.energychartertreaty.org/treaty/energy-charter-treaty/.

arguments based on such rules and principles were made by the host state. Finally, the study will investigate how often other stakeholders have stepped in as third-party *amicus curiae* to alert the tribunal of all relevant circumstances, including applicable international legal provisions.

A deeper analysis of the jurisprudence to date will show whether the ECT – including all its relevant provisions – has been fully utilised in support of energy transition. This may inform the debate around meaningful reform of the ECT, and may also indicate how the existing version of the treaty could be interpreted in support of energy transition right away, while the modernisation process is still underway.

The larger context: Investment agreements in the Paris Agreement era

In the Paris Agreement, signatory states have agreed that their contribution to global greenhouse gas reductions should reflect their "highest possible ambition".[10] This commitment – which should be construed as a binding obligation under international law[11] – creates a new context for investment protections in bilateral or multilateral trade agreements, such as the ECT. Arguably, the legitimate expectations of investors protected under such treaties should now be assessed and weighed against the needs of member states to regulate for the clean energy transition to which they have committed.

Meeting the objectives of the Paris Agreement to significantly limit global warming will require unprecedented levels of investment in energy research and development, supply and storage, transit and infrastructure. In March 2021, the International Renewable Energy Agency (IRENA) stated that USD 131 trillion will be required for energy transition between now and 2050, corresponding to USD 4.4 trillion on average every year.[12] Similarly, the IEA explains in its May 2021 report *Net Zero by 2050: A Roadmap for the Global Energy Sector* that its net-zero pathway is built on annual investments of USD 5 trillion.[13]

Whether there is a role for investment protection in mobilising these funds is a debated issue.[14] However, a major overhaul of trade agreements, even if accomplished, is unlikely to take effect within the short time frames of the global climate targets. The ECT, for example, has a "sunset clause" pursuant to which protections continue to apply to existing investments during a 20-year period after a state's withdrawal from the treaty.

Therefore, while continuing to pursue reform, it may also be wise to figure out how the current international legal framework can best be used in support of energy transition and climate change mitigation. To do this, a good place to begin is by examining the interplay between investment protection as enshrined in the ECT and the energy policies and international commitments of host states.

The results of the Climate Change Counsel study are expected to be shared in conjunction with 26th UN Climate Change Conference of the Parties (COP26) in Glasgow later this year.

---

[10] *Paris Agreement Art. 4.3.*

[11] *Klein et.al. (eds.), The Paris Agreement on Climate Change. Analysis and Commentary. Oxford University Press (2017), p. 147.*

[12] *World Energy Transitions Outlook. https://www.irena.org/publications/2021/March/World-Energy-Transitions-Outlook (last visited 20 May 2021)*

[13] *Available at https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050.*

[14] *For an overview see Paul Barker, Sustainable Investment, Deep Decarbonization, and Investor-State Dispute Settlement: The Failure to Align The Investment Treaty System With Climate Change Law & Policy?, May 10, 2021. https://law.stanford.edu/publications/sustainable-investment-deep-decarbonization-and-investor-state-dispute-settlement-the-failure-to-align-the-investment-treaty-system-with-climate-change-law-policy/ (last visited 20 May 2021).*

IS THE ECT AN OBSTACLE TO ENERGY TRANSITION?

Queritius

Alicja Zielinska-Eisen
Of Counsel

Veronika Korom
Partner

Climate change is one of the most pressing challenges of our time. In response to it, in the 2015 Paris Agreement, governments committed to limiting global warming to well below 2 degrees Celsius. The 2019 European Green Deal set a target of making the EU carbon neutral by 2050. Nevertheless, it would seem that governments are not doing enough to meet these targets. In 2021, courts in Germany and France found the German and the French state, respectively, liable for failing to take the necessary measures to reduce greenhouse gas emissions and limit climate change. Civil society organisations and political groups have placed the blame in part on the Energy Charter Treaty (ECT). According to them, the ECT undermines environmental goals in the energy sector because it protects fossil fuel investments and discourages governments from promoting renewable energy and phasing out "dirty" energy sources.

But is the ECT really an obstacle to energy transition?

The criticism in a nutshell

Essentially, the ECT has been criticised for preventing governments from implementing the legislative changes necessary to transform global energy systems and thus to meet the decarbonisation targets laid down in the Paris Agreement and the European Green Deal. Critics argue that fossil fuel investments will need to be retired early to ensure compliance with the decarbonisation targets. The ECT, however, allows fossil fuel investors to challenge governmental measures that negatively affect the profitability of their investment and to sue governments for billions of euros in compensation by way of investor–state dispute settlement (ISDS). The value of the fossil fuel infrastructure protected by the ECT in the EU, the UK and Switzerland is currently estimated at €344.6 billion.[1] This threat of suit under the ECT by fossil fuel companies has in turn been said to discourage or prevent governments from taking action to mitigate climate change and phase out "dirty" energy sources. To prove their point, the critics refer to the Vattenfall case (following which Germany agreed to pay Swedish energy giant Vattenfall €1.6 billion in compensation for the early phaseout of its nuclear power installation) and the recent suits filed by RWE and Uniper under the ECT against the Netherlands over the planned coal phaseout.

Civil society and different political groups have been very vocal about alleged problems with the ECT. Corporate Europe Observatory and the Transnational Institute were the first to draw attention to the ECT and to the power it allegedly gives big corporations to obstruct energy transition in a June 2018 report entitled "One Treaty to Rule them All". In December 2019, 278 environmental, climate, consumer, development, and trade-related civil society groups from across the globe wrote an open letter to the ministers and parliamentarians of ECT Signatory States, criticising the ECT for protecting fossil fuel investments, threatening the promotion of renewable

[1] *Investigate Europe, ECT data analysis: Results and Methods, 23 February 2021.*

energy and undermining necessary climate action. They advocated for the termination of the ECT if it cannot be made climate- and environment-proof.

Generation Climate Europe, along with more than 10 other European youth-led organisations, also called on European heads of state to end the protection of fossil fuel investments and to withdraw from the ECT if it is not aligned with climate neutrality.

In September 2020, a group of Members of the European and National Parliaments argued in a joint statement that the ECT is a serious threat to Europe's climate neutrality target and, more broadly, to the implementation of the Paris Agreement because it provides protection for fossil fuel investments by means of ISDS and thus multiplies the cost of the ecological transition. The signatories requested the joint withdrawal from the ECT if the protection of fossil fuel investors is not phased out.

Similarly, in an open letter dated December 2020, more than 200 scientists, climate leaders and energy experts called on the EU to take action to meet Europe's climate ambitions and to withdraw from the ECT. Later that month, four French ministers and state secretaries publicly stated that the EU and its Member States should withdraw from the ECT if it cannot be reformed to exclude fossil fuel investments from its protection. The French position was echoed by Spain in February 2021.

The ECT as a neutral instrument

The ECT was negotiated in the early 1990s and signed in 1994 with the aim of improving the security of the East–West energy supply, maximising the efficiency of production, conversion, transit, distribution and the use of energy, and protecting energy investments in post-Soviet era. At the time, climate change was not a pressing concern and green energy technology was virtually non-existent. In the 1990s, capital mainly went into those energy sources that were accessible and economically viable at the time, i.e. nuclear and fossil fuel, which is why the ECT is currently viewed by some as exclusively protecting fossil fuel investments. Even so, the ECT is surprisingly forward-looking; in pursuit of sustainable development, it calls upon Signatory States, inter alia, to take account of environmental considerations in the formulation and implementation of their energy policies, to take precautionary measures to prevent or minimise environmental degradation and to have particular regard for improving energy efficiency, developing and using renewable energy sources and employing technologies and technological means that reduce pollution.[2]

While the ECT does protect fossil fuel energy investments, it does not protect only investments of the kind. Rather, the ECT takes a holistic approach to the energy sector – covering any "Economic Activity in the Energy Sector" – and is technologically neutral. It protects electrical energy investments irrespective of the technology used to produce that energy (see Annex EM I to the ECT). Thus, investments in the renewable energy sector, which has gained considerable ground since the 1990s, equally enjoy the protection of the Treaty.

Indeed, the ECT has been more frequently invoked by renewable energy investors when protecting their investments than by "dirty" fossil fuel investors. Of the 136 publicly known ISDS cases brought under the ECT to date, 83 concerned renewable energy, while only 44 related to fossil fuels.[3]

Moreover, if the Yukos majority shareholders v Russia case is bracketed as a one-off, the total damages awarded to investors in renewable cases (approx. €1 billion) is twice the amount granted to fossil fuel investors (€503 million).[4] As the Energy Charter Treaty's secretary general Mr Urban Rusnák explained, "the [ECT] is neutral. It protects all energy investments, fossil fuels, renewable, nuclear."[5]

Regulatory chill

While the ECT is a frequently invoked investment treaty, the ability of fossil fuel investors to bring

[2] *ECT, Article 19; Energy Charter Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects.*
[3] *International Energy Charter, PDF statistics, 20 March 2021.*
[4] *Id.*
[5] *Interview: A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement, Borderlex, 18 June 2020.*

claims under the ECT does not mean that they will necessarily win the proceedings or that they will be awarded the requested sums in full. Only around 40% of the final awards rendered on the basis of the ECT found a breach of the Treaty and awarded damages, which only in eight cases amounted to 50% or more of the initial amounts claimed. Moreover, arbitral tribunals sitting under the ECT have confirmed that host States are entitled to maintain a reasonable degree of regulatory flexibility to respond to changing circumstances in the public interest, including to mitigate climate change, provided the public response is made fairly, non-retroactively, consistently and predictably, taking into account the circumstances of the investment.

Thus, States can regulate to mitigate climate change without the fear of large compensation awards if they adequately take into account the interests of all affected stakeholders. For example, Germany enacted a law in August 2020 aimed at phasing out coal power by 2038 at the latest. Further to this law, an agreement on reducing and ending lignite power generation was signed between the German government and lignite power plant operators. This agreement foresees the payment of compensation for the closure of the power plants and, in exchange, the waiving of the operators' right to legal action, inter alia under the ECT.

According to the German State Secretary at the Federal Ministry of Economics and Technology, this agreement provides planning and legal certainty for the operators and has three decisive advantages: "(f)irst, there is a comprehensive waiver of legal action on the part of the operators. They cannot appeal against the coal phase-out. Secondly, the compensation payments for the reclamation of the opencast mines are secured. And thirdly, the agreement gives the federal government the option to bring forward all closure dates in the 2030s by a further three years, without additional compensation. This preserves the room for maneuver in terms of energy policy, even in the event of possibly stricter climate targets in the future".[6]

It follows that the ECT need not necessarily lead to a regulatory chill. Tellingly, neither France nor Germany invoked the ECT to justify their failure to take adequate legislative action against climate change in the aforementioned litigations.

Greening the ECT

In response to this criticism, a wide range of proposals have been made, from terminating the ECT altogether to reforming it so that it encourages low-carbon energy investments and discourages carbon-intensive ones.

"Greening" the ECT has become one of the most heavily debated objectives of the ECT modernisation process launched in 2018. The incorporation of sustainable development into the ECT is supported by Azerbaijan, the EU, Georgia, Luxembourg, Switzerland and Turkey but is opposed by Japan and other signatories whose economies remain dependent on oil, gas and coal.

The most vocal proponent of 'greening' the ECT remains the EU, which recently made several proposals in an effort to align the ECT's provisions with its energy transition goals.

Notably, the EU has proposed, first, that all fossil fuel investments gradually be phased out of the ECT's scope of protection. Thus, it has proposed that all existing fossil fuel investments should lose the protection of the ECT by 2040. It has further proposed that any new fossil fuel investments should fall outside the scope of protection of the ECT, with the exception of certain gas-fired installations that fall below CO_2 emission thresholds. These will enjoy ECT protection until 2030 or 2040 if they replace more polluting fossil fuel–fired installations. The gas pipelines needed to supply these gas infrastructures will also be protected until 2040.

Second, the EU proposal seeks to reaffirm States' right to regulate in the public interest, including for the protection of the environment.

Third, the EU has proposed a new obligation on Signatory States to "effectively implement" the Paris Agreement. Compliance with this new obligation would be enforceable via the State-to-State arbitration mechanism provided for in the ECT. Given that the Paris Agreement has no enforcement mechanism itself, this proposed amendment of the ECT could be an important step toward accelerating energy transition.

[6] *Öffentlich-rechtlicher Vertrag zum Kohleausstieg unterzeichnet, Beck-Aktuell, 11 February 2021.*

Any amendment of the ECT requires the unanimity of the 55 Signatory States. Given their opposing interests, however, it is unlikely that the amendments proposed by the EU will be accepted by all. In light of various Signatory States' calls for withdrawal from the ECT if it is not sufficiently "greened" and the pressure from civil society, the ECT has arrived at a turning point in its history.

The ECT as an instrument of energy transition

Terminating or withdrawing from the ECT would neither put an end to ISDS claims by fossil fuel investors nor contribute to quickening the pace of decarbonisation. Indeed, the ECT's survival clause allows existing fossil fuel investors to bring compensation claims for another 20 years following the Treaty's termination. Moreover, complying with the Paris Agreement and achieving the EU Green Deal objective will require significant investment from both the EU and the national public sector, as well as the private sector. It is estimated that approximately €260 billion in investments per year will be required by 2030, of which only one third will come from the EU.[7] The ECT can help to mobilise the massive private investment that will be needed to fill the gap by guaranteeing protection to renewable energy investors. As Urban Rusnák explains, "the Paris Agreement and UN Sustainable Development goals require huge investment in sustainable energy sources. But the Paris Agreement does not protect energy investment, trade or energy exit. This is where the [ECT] can play a key role."[8] Thus, rather than terminating the ECT (as called for by civil society and certain political groups), keeping it and its protection guarantees will promote climate objectives. The ECT is not an obstacle to but an instrument of energy transition.

[7] *European Commission, Financing the green transition: The European Green Deal Investment Plan and Just Transition Mechanism, Press Release, 14 January 2020.*
[8] *Interview: A new Energy Charter Treaty as a complement to the Paris Agreement, Borderlex, 18 June 2020.*

VIII ANNUAL RAA CONFERENCE

MORE >

RAA AWARDS 2021

APPLY >

RENEWABLE ENERGY INVESTOR-STATE ARBITRATION: FACTS, FIGURES AND ISSUES OVERVIEW

Antolín Fernández Antuña
FCIArb, Managing Partner,
Antuña & Partners

Renewable energy investment arbitration has been a hot topic around the globe for quite some time. The aim of this article is to provide an overview of the facts and figures regarding this phenomenon and of some issues in dispute in these arbitrations.[1]

According to the UNCTAD database, over the past decade, 93 out of the 654 arbitration cases brought by foreign investors against states have been related to renewable energies, be they solar, wind, biomass or hydro.[2] That is roughly 15% of all investor-state arbitrations. Therefore, it is easy to conclude the relevance for investor-state arbitration of renewable energies and vice versa. And this trend is likely to continue, given the rising importance of the role of renewables in the energy mix.

Another way to look at its relevance is the following: out of a total of 135 Energy Charter Treaty (ECT) arbitrations, around 80 concern renewable energy disputes.[3] That is, the majority of ECT cases, approximately 60%, are related to renewables. Yet another conclusion we can draw from these figures is that, to date, the majority of renewable energy arbitrations have been based on this multilateral treaty, adopted in 1994.

The relevance of these renewable cases is not only due to their number but also to the amounts in dispute. Statistics show that there has been over USD 20 billion at stake, more than double the amount in fossil fuel arbitration cases and more than four times the amount in dispute concerning nuclear power.[4]

Regarding the outcome of these disputes, it can be argued that the awards and decisions rendered so far show rather diverse results. Indeed, this is only to be expected since no two cases are identical. Nevertheless, the issues in contention, and some points that may move the needle can be recognized. In any case, studying in detail the already sustantial renewable energy investment arbitration case law is a must, both for States and investors alike.

---

[1] This article addresses a general approximation to some common issues. It does not take a position on the proper way to approach or resolve these questions for any particular dispute. The author (arbitrator, lawyer, and economist) has participated in multiple (more than 40) renewable energy investor-state arbitrations, including some cited herein.

[2] Source: UNCTAD, Investment Dispute Settlement Navigator: full data release as of 31/07/2020 (excel format), available at https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement. Cases initiated in the years 2011-2020.

[3] Source: Energy Charter Treaty website. Statistics of ECT cases, updated as of 20 March 2021, available at https://www.energychartertreaty.org/fileadmin/DocumentsMedia/Statistics/All_statistics_-_20_March_2021.pdf

[4] Ib.

Fair and Equitable Treatment

According to ECT statistics,[5] 75% of the breaches alleged (and 87% of the breaches found) are grounded in article 10(1) of the Treaty, which provides that:

"[e]ach Contracting Party shall, in accordance with the provisions of this Treaty, encourage and create stable, equitable, favourable and transparent conditions for Investors of other Contracting Parties to make Investments in its Area. Such conditions shall include a commitment to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment. Such Investments shall also enjoy the most constant protection and security and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal. In no case shall such Investments be accorded treatment less favourable than that required by international law, including treaty obligations. Each Contracting Party shall observe any obligations it has entered into with an Investor or an Investment of an Investor of any other Contracting Party."

Article 10(1) of the ECT refers to stable, equitable, favourable and transparent conditions (6% of the alleged breaches), fair and equitable treatment (25%), most constant protection and security (12%), unreasonable or discriminatory measures (18%), less favourable treatment than that required by international law (1%), and the umbrella clause (13%). It is worthwhile to remark as well that 62% of the breaches found are related to the fair and equitable standard.

As an approximation to the content of these standards, the *Antaris Solar v. The Czech Republic* award[6] of 2018 provides an attempt "to summarize the present state of international law and practice", as follows:

"[a]s is usual in these cases, the Parties have adduced many published awards (in this case more than 50) on the interpretation or application of the FET ("fair and equitable treatment") standard, and the FPS ("full protection and security") and non-impairment standards. Most of them are well-known, and, although formulations of the principles differ in detail, it is only necessary to summarize the present state of international law and practice in these general propositions (several of which overlap with each other):

(1) There will be a breach of the FET standard where legal and business stability or the legal framework has been altered in such a way as to frustrate legitimate and reasonable expectations or guarantees of stability. [...]

(3) A claimant must establish that (a) clear and explicit (or implicit) representations were made by or attributable to the state in order to induce the investment, (b) such representations were reasonably relied upon by the Claimants, and (c) these representations were subsequently repudiated by the state.

(4) An expectation may arise from what are construed as specific guarantees in legislation. [...]

(7) An expectation may be engendered by changes to general legislation, but, at least in the absence of a stabilization clause, they are not prevented by the fair and equitable treatment standard if they do not exceed the exercise of the host State's normal regulatory power in the pursuance of a public interest and do not modify the regulatory framework relied upon by the investor at the time of its investment outside the acceptable margin of change.

(8) The requirements of legitimate expectations and legal stability as manifestations of the FET standard do not affect the State's rights to exercise its sovereign authority to legislate and to adapt its legal system to changing circumstances.

(9) The host State is not required to elevate the interests of the investor above all other considerations, and the application of the FET standard allows for a balancing or weighing exercise by the State and the determination of a breach of the FET standard must be made in the light of the high measure of deference which international law generally extends to the right of national authorities to regulate matters within their own borders.

---

[5] *Ib.*

[6] *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. The Czech Republic (Collins, Born, Tomka), PCA Case No. 2014-01, Award, 2 May 2018.*

(10) Except where specific promises or representations are made by the State to the investor, the latter may not rely on an investment treaty as a kind of insurance policy against the risk of any changes in the host State's legal and economic framework. Such expectation would be neither legitimate nor reasonable.

(11) Protection from arbitrary or unreasonable behaviour is subsumed under the FET standard [...]."[7]

Moreover, in the *Blusun v. Italy*[8] case (award of 2016) we can note another example of an interpretation of the text of Article 10 of the ECT, where the tribunal understood that:

"the core commitment is that in the second sentence, expressly included in the first, 'to accord at all times to Investments of Investors of other Contracting Parties fair and equitable treatment'. This incorporates the fair and equitable treatment standard under customary international law and as applied by tribunals.

(4) That standard preserves the regulatory authority of the host state to make and change its laws and regulations to adapt to changing needs, including fiscal needs, subject to respect for specific commitments made.

(5) In the absence of a specific commitment, the state has no obligation to grant subsidies such as feed-in tariffs, or to maintain them unchanged once granted. But if they are lawfully granted, and if it becomes necessary to modify them, this should be done in a manner which is not disproportionate to the aim of the legislative amendment, and should have due regard to the reasonable reliance interests of recipients who may have committed substantial resources on the basis of the earlier regime."

Just as another example of how some tribunals have performed this balancing exercise, the *PV Investors v. Spain* final award[9] rendered in 2020, after noting that "tribunals have taken a variety of approaches",[10] and after stating that "the analysis shows that the regulatory framework [...] did not provide for a stabilization guarantee",[11] concludes that:

"[i]n the Tribunal's view, the principle of reasonable return serves as the limit of ECT-compli-

[7] *Ib. ¶ 360. Footnotes omitted. Cases included in the footnotes to this paragraph are: Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. United Mexican States (Grigera Naón, Fernandez Rozas, Verea), May 29, 2003, ¶ 154; Duke Energy Electroquil Partners v. Republic of Ecuador (Kaufmann-Kohler, Gomez Pinzon, van den Berg), August 18, 2008, ¶ 340; Bayindir v. Pakistan (Kaufmann-Kohler, Berman, Bockstiegel), August 27, 2009, ¶ 179; Electrabel SA v. Hungary (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), November 30, 2012, ¶ 7.74; El Paso v. Argentina (Caflisch, Bernardini, Stern), October 31, 2011, ¶ 348; Philip Morris Brands SARL v. Uruguay (Bernardini, Born, Crawford), July 8, 2016, ¶ 320; Binder v. Czech Republic (Danelius, Creutzig, Gaillard), July 15, 2011, ¶ 446 ; Arif v. Republic of Moldova (Cremades, Hanotiau, Knieper), April 8, 2013, ¶ 535; Mobil Investments Canada Inc v. Canada (van Houtte, Janow, Sands), May 22, 2012, ¶ 154; Enron Corp v. Argentina (Orrego Vicuña, van den Berg, Tschanz), May 22, 2007, ¶¶ 264-266; LG&E Energy Corp v. Argentina (de Maekelt, Rezek, van den Berg), October 3, 2006, ¶¶ 162-163; Electrabel SA v. Hungary (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), November 30, 2012, ¶ 7.78; Electrabel SA v. Hungary (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), November 25, 2015, ¶ 15; Philip Morris Brands SARL v. Uruguay (Bernardini, Born, Crawford), July 8, 2016, ¶¶ 426-427; Micula v. Romania (Levy, Alexandrov, Abi-Saab), December 11, 2013, ¶ 529; Philip Morris Brands SARL v. Uruguay (Bernardini, Born, Crawford) July 8, 2016, ¶¶ 322,422-424; Saluka Investments BV v. Czech Republic (Watts, Fortier, Behrens) March 17, 2006, ¶¶ 305-306; Arif v. Republic of Moldova (Cremades, Hanotiau, Knieper), April 8, 2013, ¶ 537; Electrabel SA v. Hungary (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), November 25, 2015, ¶ 165; EDF (Services) Ltd v. Romania (Bernardini, Derains, Rovine), October 8, 2009, ¶ 219; Oxus Gold v. Uzbekistan (Tercier, Lalonde, Stern), December 17, 2015, ¶ 323; Tecmed v. Mexico (Grigera Naón, Fernandez Rozas, Verea), May 29, 2003, ¶ 154; CMS Gas Transmission Co v. Argentina (Orrego Vicuña, Lalonde, Rezek), May 12, 2005, ¶ 290; Bayindir v. Pakistan (Kaufmann-Kohler, Berman, Bockstiegel), August 27, 2009, ¶ 178; LLC AMTO v. Hungary (Cremades, Runeland, Soderlund), March 26, 2008, ¶ 74; Saluka Investments BV v. Czech Republic (Watts, Fortier, Behrens), March 17, 2006, ¶ 309; Sempra Energy International v. Argentina (Orrego Vicuña, Lalonde, Rico), September 28, 2007, ¶ 318; Plama Consortium Ltd v. Republic of Bulgaria (Salans, van den Berg, Veeder), August 27, 2008, ¶ 184; AES Summit Generation Ltd v. Hungary (von Wobeser, Stern, Rowley), September 23, 2010, ¶ 10.3.7; Binder v. Czech Republic (Danelius, Creutzig, Gaillard), July 15, 2011, ¶ 447; Micula v. Romania (Levy, Alexandrov, Abi-Saab), December 11, 2013, ¶¶ 520, 525; Electrabel SA v. Hungary (Kaufmann-Kohler, Stern, Veeder), November 25, 2015, ¶ 155.*

[8] *Blusun S.A., Jean-Pierre Lecorcier and Michael Stein v. Italian Republic (Crawford, Alexandrov, Dupuy), ICSID Case No. ARB/14/3, Award, 27 December 2016, ¶ 319. Emphasis and footnotes omitted.*

[9] *AES Solar and others (PV Investors) v. The Kingdom of Spain (Kaufmann-Kohler, Brower, Sepúlveda-Amor), PCA Case No. 2012-14, Final Award, 28 February 2020.*

[10] *Ib. ¶ 553.*

[11] *Ib. ¶ 614.*

ant regulatory changes. If changes cross the "reasonable return" line, that is if they deprive investors of a reasonable return, the State conduct transgresses the standards contained in Article 10(1) of the ECT [...] the Claimants are only entitled to compensation under Article 10(1) of the ECT if they establish that the new regime violates the guarantee of reasonable rate of return. This approach strikes the right balance between, on the one hand, the protection of investors who have committed substantial resources in a sector which continues to provide Spain with the environmental benefits of clean solar power, and, on the other hand, Spain's right to regulate and adapt its framework to changed circumstances, provided that right is exercised in a manner that is proportionate, reasonable, and non-arbitrary manner".[12]

Quantum informs liability

One last point of particular interest is the concurrence of liability and quantum. For instance, again in *PV Investors*, the Tribunal observed that:

"[t]he guarantee provided [...] is economic in nature. This being so, the Tribunal cannot verify whether or not such guarantee was observed without considering the economic impact of the Disputed Measures on the Claimants' investment. Only once it has ascertained such impact will the Tribunal be able to determine whether or not there is a breach of the Treaty [...] in this particular case the quantification of the harm, if any, informs the finding on liability. [...] In other words, the assessment of the harm suffered by the Claimants is necessarily linked to the reasonableness, non-arbitrariness, proportionality, etc., of the Respondent's conduct".[13]

This quantification of the damages may include assessments and decisions over the following elements, *inter alia*: date of valuation (ex-ante/ex-post); useful life of the plants; valuation method; discount rates; regulatory risk; liquidity discounts; return rates; taxation (pre-tax/post-tax); etc.

Therefore, multiple economic, financial, and taxation variables can be decisive for the outcome of the arbitration process, both in terms of liability and damages. As shown, the economic impact not only determines damages, but can also define liability.

[12] *Ib. ¶¶ 638-639. Footnotes omitted.*
[13] *Ib. ¶¶ 647-648.*

SOLAR ARBITRATIONS AGAINST THE CZECH REPUBLIC: GLIMPSE OF HOPE FOR INVESTOR-STATE ARBITRATION

International Arbitration and Investment Protection Unit
Ministry of Finance of the Czech Republic

Anna Bilanová
Deputy Head of Unit

Jaroslav Kudrna
Head of Unit

The authors reflect on the Czech Republic's experience with the investment arbitrations cases concerning investments in the renewable energy sector ("RES"). Out of the seven arbitration initiated in 2013, six were decided in favor of the Czech Republic.[1] In the remaining case, which is still pending, the arbitral tribunal has issued a partial award, in which it partly departed from the approach followed by the other six tribunals regarding the alleged breaches of international legal obligations by the Czech Republic.[2]

Before we delve more into different assessments by arbitral tribunals of the Fair and Equitable Treatment ("FET") standard under the Energy Charter Treaty ("ECT") and other relevant international agreements,[3] analyse the reasoning of their decisions and try to understand the basis for their disagreements, we will first present the adoption of RES support scheme in the Czech Republic and the subsequent solar boom and adaptation of the support scheme leading to investment claims. We will then look into jurisdictional objections, particularly ECT tax carve-out, and, finally, into the merits of the arbitral decisions.

---

[1] Jürgen Wirtgen, Stefan Wirtgen, Gisela Wirtgen and JSW Solar (zwei) GmbH & Co. KG v. Czech Republic, Final Award of 11 October 2017, PCA Case No. 2014-03, ("Wirtgen"), Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, Award of 2 May 2018, PCA Case No. 2014-01 ("Antaris"); I.C.W. Europe Investments Limited v. Czech Republic, Award of 15 May 2019, PCA Case No. 2014-22 ("I.C.W."); WA Investments Europa Nova Ltd. v. Czech Republic, Award of 15 May, PCA Case No. 2014-19; Voltaic Network GmbH v. Czech Republic, Award of 15 May 2019, PCA Case No. 2014-20; and Photovoltaic Knopf Betriebs GMBH v. Czech Republic, Award of 15 May 2019, PCA Case No. 2014-21. As the merits analysis by the arbitral tribunals in four last cases is similar, because they ran in parallel, this article will refer to the ICW analysis in respect of all these cases.

[2] Natland Group Limited, Natland Investment Group NV, and Radiance Energy Holding S.A.R.L. v. Czech Republic, PCA Case No. 2013-35, Partial Award of 20 December 2017. See Charlotin D., Natland v. Czech Republic (Part 2 of 2): On the merits, tribunal finds stabilization commitment in Czech legislation and breach of that commitment with introduction of solar levy, Investment Arbitration Reporter (26 July 2018). Given that the case is still pending at the time of writing of this article, the authors will refrain from commenting on that case.

[3] Solar arbitrations were brought also under the following bilateral investment agreements: Czech Republic-Cyprus BIT (signed on 15 June 2001); Czech Republic-Germany BIT (signed on 2 October 1990); Czech Republic-Belgium and Luxembourg BIT (signed on 24 April 1989); Czech Republic-Netherlands BIT (signed on 29 April 1991); and Czech Republic-UK BIT (signed on 10 July 1990).

Adoption of RES Support Scheme in the Czech Republic

By the accession to the European Union on 1 May 2004, the Czech Republic undertook to harmonize its legal system with EU law, including in the area of RES, and it was obliged to transpose the relevant EU Directives[4] into its national law.

The Directive No. 2001/77/EC introduced non-binding national indicative targets for the share of renewable energy sources on the energy production to be met by the EU Member States by 2010.[5] For the Czech Republic, the national indicative target was set for at least 8% of the Czech Republic's gross energy consumption.[6] Later, a new directive introduced mandatory national overall targets to be reached by 2020.[7] For the Czech Republic, this target was 13%.[8]

To comply with its new EU obligations, the Czech Republic adopted on 31 March 2005 the Act No. 180/2005 Coll., on Support of the Electricity Production from the Renewable Energy Sources ("RES Act") providing a support scheme for RES producers. The incentives were designed to facilitate investments in all RES by adjusting the level of support to counter for specific costs of each RES to make all RES investments profitable in principle.[9]

During the preparation of the RES Act, it was acknowledged that the Czech Republic did not have ideal natural conditions for the use of solar RES and it was predicted that the national target could be met by a higher use of small hydro plants, wind plants and particularly by use of biomass.[10]

Under the RES Act, RES producers were granted several incentives to allow them 15 year payback on their investments (stable revenue per unit of electricity, expected 7% rate of return and lifespan of 20 years), in particular in the form of feed-in-tariffs and green bonuses, and preferential treatment by grid operators.[11] In addition to incentives under the RES Act, RES producers could also benefit from tax incentives.[12] All these incentives were introduced with a goal to make RES more prevalent in the Czech energy market, as only by 2005, the share of RES on the gross electricity production was expected to reach 5,1%.[13]

---

[4] Directive 2001/77/EC of the European Parliament and of the Council of 27 September 2001 on the promotion of electricity produced from renewable energy sources in the internal electricity market ("Directive 2001/77/EC"); Directive 2009/28/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources and amending and subsequently repealing Directives 2001/77/EC and 2003/30/EC ("Directive 2009/28/EC").

[5] Art. 3(2) of Directive 2001/77/EC.

[6] Annex 1 to the Directive 2001/77/EC.

[7] Art. 3(1) and Art. 3(2) of Directive 2009/28/EC.

[8] Annex 1 to the Directive 2009/28/EC.

[9] Explanatory Report to Act No. 180/2005, on Support of the Electricity Production from the Renewable Energy Sources. The level of support was adjusted for each RES by way of setting out the necessary technical and economical parameters to be met RES producers in order to benefit fully from the support. These technical and economical parameters were laid down in the Energy Regulatory Office Regulations, in particular ERO Technical Regulations No. 475/2005 Coll. of 7 December 2005 and No. 364/2007 Coll. of 28 December 2007. If for some reason such as high or excessive expenses incurred on land or purchase of technical equipment a RES producer did not reach these particular technical and economical parameters, it was less efficient than predicted by the Energy Regulatory Office and would not have received a pay back on its investment in 15 years and 7% rate of return. See also infra fn 11.

[10] Ibid.

[11] Articles 4-6 of the RES Act. The parameters of the support scheme (the payback of 15 years, expected lifetime of the RES plant during which the support is to be provided and rate of return of 7%) were further specified in ERO Regulations, in particular ERO Technical Regulations No. 475/2005 Coll. of 7 December 2005 and No. 364/2007 Coll. of 28 December 2007 issued to implement the RES Act.

[12] Tax incentives were in the form of 5-year income tax exemption running from the year the plant was put into operation and preferential depreciation periods for certain intangible assets of producers of RES and were included in the Act No. 586/1992 Coll., on Income Taxes.

[13] Explanatory Report to Act No. 180/2005, on Support of the Electricity Production from the Renewable Energy Sources.

Solar Boom and Adaptation of the Support Scheme Leading to Investment Claims

Before 2009, few solar plants were installed in the Czech Republic due to many factors; relatively high price of solar panels being one of them.[14] Significant drop in prices of solar panels during 2008 and 2009 created an unexpected opportunity of higher return to solar plants leading to a significant increase of applications to connect new solar installations to the electricity grid.[15]

Moreover, since the RES Act stipulated that the feed-in-tariffs set for the RES plants commissioned in a following year by the Energy Regulatory Office ("ERO") cannot be less than 95% of the feed-in-tariffs set for the RES plants commissioned in the immediately preceding year, the yearly setting of feed-in-tariffs could not allow for reducing the level of support to reflect potential rapid decreases in prices of certain technical components, such as solar panels. This had the effect that solar installations subsequently became much more profitable than other RES.

At the same time, the rapid growth of solar installations posed problems to the stability of the grid and led to the increase of the electricity price paid by the consumers.[16] These issues were coupled with a political crisis that prevented the Government from introducing a legislative response until 2010.[17]

To tackle the crisis, the abovementioned 95% rule was abolished first.[18] Next, support for large installations was abolished as of March 2011. Tax incentives were also abolished.[19] Finally, in December 2010, the Czech Parliament approved the law introducing a solar levy to be applied for 3 years on the amount of electricity generated by solar producers in respect of solar plants put into operation between 1 January 2009 and 31 December 2010. The rate of the levy was 26% on feed-in-tariffs and 28% on green bonuses.[20]

Following to the implementation of these new measures, certain investors started to voice their dissatisfaction and ultimately submitted their cases to international arbitration claiming breaches notably of the FET standard and protection against arbitrary and discriminatory measures under the ECT and relevant bilateral investment treaties.[21]

They claimed that the implemented measure were unpredictable and contrary to the alleged guarantees enshrined in the RES Act.[22] Six of the cases were brought together; however, the Czech Republic successfully objected to a consolidation on the basis that the cases concerned different claims, which were subject to different treaties.[23] All of these cases ran their own course, although four of them ran in parallel.[24]

In parallel with the pending arbitrations, the Czech Republic was also a party to the state aid notification proceedings concerning the support scheme in question at the EU Commission.[25]

The EU Commission approved the Czech RES support scheme by its Decision of 28 November 2016.[26]

---

[14] *The Energy Regulatory Office Yearly Report on the Operation of the Czech Electricity Grid for 2012, Chapter 7, available at: https://www.eru.cz/-/vyrocni-zprava-eru-za-rok-2012 (last accessed on 15 May 2021); Antaris, para 120.*
[15] *Ibid.; Wirtgen, para 377-378; ICW, para 149, 472.*
[16] *Antaris, para 125-127; Wirtgen, para 383-383; ICW, para 157.*
[17] *Antaris, para 144-172; Wirtgen, para 383-406; ICW, para 156-181.*
[18] *Antaris, para 144; Wirtgen, para 45, 385; ICW, para 167.*
[19] *Antaris, para 156-157, 162, 172; Wirtgen, para 46-47; ICW, para 174.*
[20] *Antaris, para 169-171; Wirtgen, para 48-52; ICW, para 174.*
[21] *For the list of the relevant BITs see supra fn. 4.*
[22] *Antaris, para 262-318; Wirtgen, para 274-303; ICW, para 419-433.*
[23] *Antaris, para 14-16; ICW, para 8-10.*
[24] *ICW, para 44.*
[25] *State Aid Proceedings SA.40171 (2015/NN) – Czech Republic, Promotion of electricity production from renewable energy sources.*
[26] *Decision of the European Commission of 28 November 2016 No. C(2016) 7827 final, part 7, page 25.*

The decision was then subject to the annulment proceedings at the General Court of the Court of Justice of the EU ("GCEU") commenced by the concerned parties. The GCEU upheld the decision. [27] This decision is now pending appeal at the Court of Justice of the EU.[28]

ECT Tax Carve-out

One of the jurisdictional objections, which related to all claims based on the ECT,[29] was the reliance of the Czech Republic on the taxation carve-out included in Article 21(1) of the ECT, which states as follows:

"Except as otherwise provided in this Article, nothing in this Treaty shall create rights or impose obligations with respect to Taxation Measures of the Contracting Parties. In the event of any inconsistency between this Article and any other provision of the Treaty, this Article shall prevail to the extent of the inconsistency."

The Czech Republic's position was that the revocation of tax incentives and introduction of the solar levy were taxation measures that were not reviewable under the ECT in respect of the alleged breaches.[30]

All the arbitral tribunals agreed that, in respect of the revocation of the tax incentives, they did not have jurisdiction to rule on their compliance with the ECT.[31]

However, the tribunals did not come to the same conclusion with respect to the classification of the solar levy as a tax within the boundaries of Article 21 of the ECT.[32] In the *Antaris* case, one of the arbitrators, Judge Tomka, departed from the majority's view that the solar levy is not a "tax" under Czech Law, but, at the same time, still considered that it should be scrutinized by them given the process of its adoption, which, according to him, was partly driven by the desire to avoid international litigation.[33]

The arbitral tribunals were also not convinced that the main purpose of the solar levy was to bring more revenue to the state budget; rather they considered it was aimed at decreasing the level of support to the concerned solar installations, which otherwise remained unaffected. Since the process of the adoption and classification of the solar levy differed in some respects from other taxes in the Czech Republic, the arbitral tribunals did not find Article 21 of the ECT applicable under the circumstances and proceeded to the review of the solar levy on the merits.[34]

State Regulatory Powers

In all the arbitral proceedings, claimants presented many arguments to show that the modification of the Czech RES support scheme constituted a breach of the FET standard included in the ECT and relevant bilateral investment agreements.[35] In some of the cases, they also presented claims with regard to the breach of the standard of protection against arbitrary and discriminatory measures.

In the claimants' view, the modification at stake was (i) detrimental to their operations,[36]

---

[27] *Judgment of the General Court (Seventh Chamber) of 20 September 2019, FVE Holýšov I s. r. o. and Others v European Commission, T-217/17, ECLI:EU:T:2019:633, operative part of the judgment.*

[28] *Appeal before the Court of Justice of the EU is registered under Case no. C-850/19 P.*

[29] *Except for the Wirtgen case, all other solar cases were brought under ECT.*

[30] *Antaris, para 175-194; ICW, para 257-269.*

[31] *Antaris, para 217; ICW, para 290-291. At the same time, this ruling had no impact on tribunals' competences to review the tax incentives under the relevant BITs. Ultimately, the tribunals dismissed the claims based on the breach of the relevant BITs due to the revocation of the tax incentives as discussed below in Section 5 on State Regulatory Powers.*

[32] *Antaris, para 239-253; ICW, para 291-321.*

[33] *Antaris, Declaration of Judge Tomka, para 3-12; similarly, the ICW tribunal in para 321 also came to the conclusion that "the Solar Levy was not designed primarily to raise revenue, but instead to reduce the FiTs for a specific set of renewable energy producers, with the Solar Levy being structured, in many respects, as a tax in an attempt to reduce the risk of legal challenges. This was not the purpose of the ECT. If the Solar Levy were to be exempted from the scope of the ECT, the treaty's object and purposes would be materially frustrated."*

[34] *Antaris, para 239-253; ICW, para 291-321.*

[35] *Antaris, para 262-318; Wirtgen, para 274-303; ICW, para 419-433.*

[36] *Antaris, para 262-318; Wirtgen, para 274; ICW, 592-595.*

(ii) unforeseeable at the time they made a decision to invest in the Czech Republic[37] and (iii) contrary to the legitimate expectations originating from the long-term design of the regime[38] and licenses and decisions granted for putting their plants into operation.[39]

They also contended that the Czech Republic's original support scheme contained "intrinsic attribute of stability,"[40] because its purpose was to attract solar investments by granting them a long-term support, which in itself contained a promise of no modification to the system.[41]

The claimants further argued that a promise of stability can be made even in the absence of express stabilization clause[42] and that their reliance on the alleged promises made by the Czech Republic was reasonable.[43]

In this regard, the claimants referred to the fact that even in mid-2010, the Czech banks were still interested in financing plants to be commissioned in 2010 and the Czech Republic made repeated assurances that the modifications would not affect plants commissioned before 2011.[44]

Regarding the breaches of protection of arbitrary and discriminatory measures, the claimants asserted that the implementing measures were disproportional and placed undue burden on foreign investors.[45] They also alleged that the Czech Republic contributed to the solar boom by its own mismanagement of the situation.[46]

The Czech Republic denied all claimants' allegations highlighting that the implemented modifications were within its regulatory state powers[47] and were not disproportionate, as the guaranteed 15 year payback and 7% rate of return of the claimants' investments was preserved under the disputed measures.[48]

Furthermore, the Czech Republic argued that there was no express stabilization undertaking made by the Czech Republic on which the claimants' expectations could rely.[49] The Czech Republic noted what Claimants were really alleging was a breach of a promise of profitability.[50] However, the State never made them such a promise.[51]

In addition, the Czech Republic stated that its actions were prompted by the need to safeguard the stability and security of its electricity network[52] and with a view to protect the electricity consumers compensating for the higher prices of electricity.[53] It is also undeniable that the claimants' investments were made in a regulated energy market where regulatory adjustments are to be expected.[54]

The Czech Republic also pointed out that the claimants' investments were subject to the EU

---

[37] Antaris, para 281-286; Wirtgen, para 300-303; ICW, para 461.
[38] Antaris, para 271, 274-276; Wirtgen, para 276-278; ICW, para 451-452.
[39] Antaris, para 278; Wirtgen, para 142; ICW, para 461.
[40] Antaris, para 264-265.
[41] Antaris, para 263-275; ICW, para 424-430.
[42] Antaris, para 268; 2014/19, para 270-274; ICW, para 430-432. To support their position, the claimants referred to the cases, such as Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, where the tribunal in para 240 found that a mere change of a host state's investment policy can constitute a breach of the FET standard.
[43] Antaris, 283; ICW, para 474-484.
[44] Antaris, para 286-290; ICW, para 482, 516.
[45] Antaris, para 312-313; ICW, para 611-613.
[46] Antaris, para 318; ICW, para 629-630.
[47] Antaris, para 319; Wirtgen, para 310; ICW, para 607-610.
[48] Antaris, para 320, 326; Wirtgen, para 323-326; ICW, para 614-620.
[49] Antaris, para 319-320; Wirtgen, para 309-312; ICW, para 434-441.
[50] Antaris, para 327; similarly in ICW, para 499.
[51] Ibid.
[52] Wirtgen, para 383.
[53] Antaris, para 355, Wirtgen, para 328; ICW, para 607-610.
[54] Antaris, para 331-333; Wirtgen, para 343-345; ICW, para 437.

State Aid regulations and the EU Commission has approved the Czech RES support scheme applicable to the claimants.[55] Thus, the claimants could not have reasonably and legitimately expected that the Czech Republic would not make any adjustments to the RES support scheme.[56]

This was all the more so given that the RES Act contained a provision that did not consider a rapid fall of the input values (change of solar panels prices) that would necessarily diminish the annual feed-in-tariffs and solar bonuses prices. It was also announced on multiple occasions before the claimants completed their investments that this provision was problematic and had to be amended.[57]

Ultimately, the Czech Republic argued that the claimants could not have formed any legitimate expectations under these circumstances.[58] This was particularly the case for those claimants that had received necessary contracts and approvals by December 2010, or even by the beginning of 2011.[59]

Based on the above-mentioned arguments, the arbitral tribunals in six of the cases sided with the Czech Republic and did not find any treaty breaches in relation to the challenged measures.[60] They came to the conclusion that the measures implemented by the Czech Republic were reasonable,[61] within the regulatory space of the State,[62] and did not breach the claimants' legitimate expectations.[63] The tribunals disagreed with the claimants that the Czech Republic's regulatory response could have been made earlier.[64]

The tribunals also found it relevant that the RES Act did not contain any stabilization guarantee (provision) in the sense that the support scheme could not ever be corrected[65] and there was no guarantee of a fixed feed-in-tariff.[66] In the *Wirtgen* case, the arbitral tribunal observed that the claimants' expectations based on the language of the provisions of the RES Act should have been read in context of all parameters set by the RES Act and not by isolating one part of the provision from the other, such as claimed separate guarantee on an absolute level of revenues per unit of electricity.[67] If the provision was interpreted in this manner, other parameters of the support scheme would be disregarded (15 year payback, rate of return of 7%).[68]

On the imposition of the solar levy, the majority in *Antaris* noted that it *"was a transparent device"*, *"non-retroactive"*[69] and that *"the market which the Claimants were entering was a bubble.... that would have been obvious to everyone who participated in industry discussions, or paid attention to warnings by specialist professionals, or read the local press."*[70]

The arbitral tribunals in the six completed cases also noted that the claimants continued to receive support in the amount guaranteeing 15 year payback

[55] *Wirtgen, para 337-342`; ICW, para 562.*
[56] *Antaris, para 331 – 336; Wirtgen, para 343-350; ICW, para 570-572.*
[57] *Antaris, para 331-336; Wirtgen, para 343-350; similarly ICW, para 633, 640.*
[58] *Ibid.*
[59] *Antaris, para 341; similar observations were made by the tribunal in ICW, para 517.*
[60] *See supra fn 1.*
[61] *Antaris, para 443-446; Wirtgen, para 406; ICW, para 640-642.*
[62] *Antaris, para 443-446; Wirtgen, para 448-446; ICW, para 535, 642.*
[63] *Antaris, para 430, 437; Wirtgen, para 426; ICW, para 557.*
[64] *Wirtgen, para 444-445; similarly in Antaris, para 430; ICW, para 577-583.*
[65] *Wirtgen, para 412-413; ICW, para 528, 544-545; in Antaris, paras 365-367, the majority noted that a guarantee of promise of stability was involved on the part of the Czech Republic, which was established by documents on record and that tribunal did not accept the Czech Republic's argument that legitimate expectations concerning stability cannot arise in case of absence of a legislative or contractual stabilization arrangement.*
[66] *Wirtgen, para 367-372; ICW, para 505.*
[67] *Wirtgen, para 412-413.*
[68] *Wirtgen, para 412-413.*
[69] *Antaris, para 430.*
[70] *Antaris, para 434.*

on their investments and 7% rate of return, even after the implementation of the contested measures.[71]

The majority in *Wirtgen* took into consideration that even one of the claimants himself was satisfied with the investment, when asked at the hearing whether this was a good investment for him.[72]

The majority in *Antaris* noted that investor's actions were essentially opportunistic[73] stating that the claimant *"was essentially an opportunistic investor who saw a window of opportunity and who was aware, or should have been aware that dealing with the solar boom was a fast-moving and controversial political issue."*[74]

As noted by the *Wirtgen* tribunal, the cases also did not involve any discriminatory element as the foreign investors were treated in the same manner as all other domestic investors.[75]

One of the arbitrators in *Wirtgen* and *Antaris*, Gary Born, did not agree with the above-mentioned conclusions concerning the FET standard and issued separate dissenting opinions. In his view, the RES Act contained stabilization guarantee on the level of revenue to be generated by a unit of electricity for the 15 (later 20) years of plants lifetime.[76] According to him, the majority ignored certain provisions of the RES Act[77] in order to reach their decision, which is irreconcilable with the language of the RES Act[78] and assurances made the Czech Republic and its regulatory bodies in the relevant period on non-diminution of the level of support received by plants commissioned in 2009 and 2010.[79] He also opined that no investor would have invested in solar RES in the Czech Republic if there had been no guarantee of a fixed feed-in-tariff for a certain period of time, let alone obtain financing for its project.[80]

The *Natland* tribunal, which also included Gary Born, did not share the same understanding of the modalities of the RES support scheme as the other six tribunals. It concluded that the Czech Republic fell short on its FET obligations owed to the claimants; particularly by modifying an allegedly irrevocable guarantee inscribed in the RES Act.[81] It is yet to be determined in this case whether the Czech Republic will be required to pay any damages and, if so, in what amount.

Conclusion

The findings of the arbitral tribunals in the solar awards concerning the Czech Republic show that most arbitral tribunals are generally accepting the regulatory space of the state and would intervene only in cases of greatly unjustified regulation or discriminatory conduct by a state. This gives a glimpse of hope that the current investor-state system is capable of producing results that give due consideration to the legitimate regulatory challenges faced by states.

Nevertheless, a less hopeful conclusion could also be reached based on the influx of solar arbitrations faced not only by the Czech Republic, but also by Italy, Spain and other countries. In the case of the Czech Republic, while six arbitral tribunals found no breaches, one arbitral tribunal has partly departed from this approach, even though the underlying measures and the applicable law were no different in that case. This alone shows the limits of the current

---

[71] *Wirtgen, para 415-416, 469; Antaris, para 443-446; ICW, para 536, 640; ICW tribunal in para 641 made an observation in this regard that "while the return for the reference plant decreased by 3%, electricity bills decreased by 3.6% for private households and 44.3% for medium industries. As a consequence, PV producers lost rather less, comparatively, than electricity consumers won."*

[72] *Wirtgen, para 415.*

[73] *Antaris, para 435.*

[74] *Antaris, para 431.*

[75] *Wirtgen, para 441.*

[76] *G. Born's Wirtgen dissent, para 3, 16, 18, paras 85-88; G. Born's Antaris dissent, paras 7-10.*

[77] *Notably Section 6(1)(b)1 of the RES Act.*

[78] *G. Born's Wirtgen dissent, para 38-40; similarly in G. Born's Antaris dissent, paras 29, 42-58.*

[79] *G. Born's Wirtgen dissent, para 50-53; G. Born's Antaris dissent, para 63-66.*

[80] *G. Born's Wirtgen dissent, para 43-46.*

[81] *See supra fn 2.*

system in terms of consistency of the decisions. With no appeal mechanism available, there are no means available to ensure consistency.

The solar arbitrations also raised another issue. All RES investors initiating claims against the Czech Republic were from other EU countries, despite the ruling in the CJEU's *Achmea* decision, which found intra-EU BIT arbitration to be contrary to EU law.[82] In addition to the BITs, most of the investors also brought claims under the ECT. The question of compatibility of Article 26 of the ECT with EU law is now before the CJEU in the *Athena* case[83] and in the proceeding regarding the opinion 1/20,[84] and it will be of great interest to see how the Court's future judgment may reflect on intra-EU arbitration under that Treaty.

The authors prepared this article in their personal capacity. The views expressed are those of the authors alone and do not necessarily represent the views of the Ministry of Finance or the Government of the Czech Republic.

[82] *CJEU, Grand Chamber, C-284/16, Slovak Republic v. Achmea BV, 6 March 2018, available at http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199968&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=-first&part=1&cid=354883 (last accessed 13 April 2018) ("Achmea"). For a detailed analysis of the impact of Achmea on investment arbitration, see Jaroslav Kudrna and Anna Bilanová, "Achmea: The End of Investment Arbitration as We Know It?", 3(1) European Investment Law and Arbitration Review, 261 (2018).*

[83] *Request for a preliminary ruling of 10 March 2021 in case C-155/21, Athena Investments and Others.*

[84] *Opinion C-1/20: Request for an opinion submitted by the Kingdom of Belgium pursuant to Article 218(11) TFEU, published on 15 Feb. 2021 (2021/C 53/18). In these proceedings, Belgium requested the CJEU to give an opinion on the compatibility of envisaged Article 26 of the renegotiated ECT, which in the relevant paragraphs is to remain the same, with EU law.*

ARBITRATION.RU

YOUR DIRECT ACCESS TO ARBITRATION PROFESSIONALS

STATISTICS
AUDIENCE
GEOGRAPHY
ADVERTISING KIT
MORE >

Informal **INTERVIEWS** with **LEADING ARBITRATION PROFESSIONALS** from all over the world

Guests share favorite **RECIPES** and talk about **PERSONAL AND PROFESSIONAL LIFE**

TALK & COOK WITH US

russianarbitration

РАЗРЕШЕНИЕ СПОРОВ ИЗ ПРОЕКТОВ ПО СНИЖЕНИЮ ВЫБРОСОВ УГЛЕРОДА

Анна Щербакова
юрист PB Legal

Климатическая повестка пронизывает большинство аспектов бизнеса: выпуск ценных бумаг, получение и выдачу займов, создание компаний, декларацию корпоративных целей и ценностей, уменьшение выбросов углерода (парниковых газов) производителями, переход на зеленую энергетику и пр. Снижение объемов выброса углерода достигается в рамках климатических проектов, в ходе которых компании внедряют в производство технологии, позволяющие сокращать выбросы. Из ежегодного объема выбросов компании после реализации проекта вычитается исходный объем (имевшийся до начала реализации), а полученная разница трансформируется в углеродные единицы. Эквивалент углеродной единицы устанавливается нормативным актом, на основании которого осуществлялся климатический проект. Углеродные единицы могли возникать в рамках Киотского протокола 1997 года[1], принятого в качестве дополнения к Рамочной конвенции об изменении климата ООН 1992 года (РКИК), а также в рамках Парижского соглашения об изменении климата 2015 года[2] (далее – Парижское соглашение), принятого в рамках той же конвенции.

Углеродные единицы – финансовый актив, который обращается на специальных рынках. В 2020 году такие единицы стоили до 50 долл. за тонну в Европейском союзе, до 18 долл. – в США, до 6 долл. – в Китае[3]. Единицы приобретаются и продаются для закрытия лимитов производителей по выбросам углерода. Совокупный оборот сделок по продаже квот на выбросы углерода в 2018 году составил 164 млрд долл., а ежегодные темпы роста рынка достигают 250%[4].

Феноменальный рост углеродного рынка, а также введение его аналога в России[5] в форме оборота углеродных единиц в будущем способны вызвать ряд споров из климатических проектов и сделок с углеродными единицами, которые могут быть переданы в арбитраж. В настоящей статье мы предлагаем рассмотреть такие категории споров и способы их наиболее эффективного разрешения.

---

[1] Киотский протокол вступил в силу 16 февраля 2005 года. Ратифицирован Россией 18 ноября 2004 года. В 2012 году Россия вышла из Киотского протокола.

[2] Постановление Правительства РФ о принятии Парижского соглашения об изменении климата вступило в силу 21 сентября 2019 года.

[3] URL: https://www.gazeta.ru/business/2021/04/08/13551668.shtml, https://www.vedomosti.ru/economics/news/2021/05/26/871469-eksperti-vshe-otsenili-dohodi-rossii-ot-pogloscheniya-ugleroda-v-50-mlrd-v-god.

[4] URL: https://www.acra-ratings.ru/research/1736.

[5] Законопроект № 1116605-7 – проект федерального закона «Об ограничении выбросов парниковых газов» – был внесен в Государственную Думу в феврале и принят в первом чтении на пленарном заседании 20 апреля 2021 года.

Споры с государствами о начислении углеродных единиц и получении разрешений на участие в климатических проектах

В рамках Киотского протокола развивающиеся государства могли реализовывать совместные проекты с инвесторами или получать финансовые вложения в механизмы по снижению выбросов. В результате обеих схем возникали углеродные единицы. Для участия в совместных проектах инвесторам требовалось получение одобрения такого развивающегося государства. В случае отказа в выдаче одобрения, на наш взгляд, спор мог бы быть рассмотрен в инвестиционном арбитраже. Отказ нарушает законное ожидание инвестора – заверение, данное иностранным государством, на основании которого инвестор осуществляет приготовления к инвестиционному проекту. Нарушение законного ожидания – это и нарушение обязательства по справедливому и равному обращению с инвестором, за что международными договорами предусмотрена ответственность.

Такие споры, как правило, рассматриваются Международным центром по урегулированию инвестиционных споров (ICSID). Инвестиционные контракты также включают арбитражную оговорку ICC[6]. Инвестиционный арбитраж уже разбирал множество дел, связанных с нарушением законного ожидания инвесторов в проектах, касающихся возобновляемой энергетики[7]. Так, в деле Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela[8] инвестор запросил у государственных органов Венесуэлы разрешение для разработки месторождения. Министерство окружающей среды сначала письменно обязалось выдать разрешение, а затем отказало в выдаче. Арбитраж отметил, что письмо министерства создало у инвестора законные ожидания, на которые компания была вправе полагаться, чтобы осуществлять свою деятельность, а Венесуэла эти законные ожидания подорвала. В деле Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico[9] арбитраж постановил, что длительные переговоры с государственным органом о продлении срока разрешения на использование полигона, которые закончились отказом, нарушили разумные ожидания инвестора.

Основанием для инвестиционного арбитража может стать неправильное начисление углеродных единиц, в результате чего инвестор лишается актива, который он рассчитывал получить. На наш взгляд, основание для инвестиционного иска в данном случае еще сильнее, чем в случае с законными ожиданиями. Такие ожидания арбитражем часто отрицаются[10], но утрата возможности получения углеродных единиц – прямое лишение инвестора актива, что непосредственно связано с действиями органов принимающего инвестиции государства.

Инвестиционный арбитраж может быть начат и вследствие лишения прибыли от продажи углеродной единицы. Стоимость единицы бывает существенно снижена из-за международной деятельности государства инвестора. Так, российские инвесторы в 2011 году потеряли прибыль от продажи единицы в размере 10 евро за 1 тонну в связи с затянувшимся принятием

---

[6] П. 2.7 ICC Commission Report Resolving Climate Change Related Disputes through Arbitration and ADR, 2019.21 сентября 2019 года.

[7] Дела, принятые на рассмотрение ICSID: SolEs v. Spain, No. ARB/15/38; Antin v. Spain, No. ARB/13/31; Eiser v. Spain, No. ARB/13/36; NextEra v. Spain, No. ARB/14/1.

[8] ICSID Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela. Case No. ARB(AF)/11/2, решение от 4 апреля 2016 года.

[9] Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, решение от 29 мая 2003 г.

[10] Peter A. Allard v. The Government of Barbados. PCA Case No. 2012-06, решение от 27 июня 2016 года; Charanne B.V. and Construction Investments S.a.r.l. v. Spain SCC Case No. 062/2012, решение от 21 июня 2016 года; Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, решение от 22 августа 2016 года.

в России соответствующих законов[11]. На момент продажи стоимость 1 тонны углерода составила 0.9 евро. Позднее Россия заявила, что вообще не будет участвовать во втором раунде Киотского протокола, поэтому часть инвесторов в принципе не смогла реализовать свои сформированные единицы. Лишены инвесторы такой возможности и сейчас, поскольку в России отсутствует верификационный орган для оценки единиц, а без такой оценки продать их нельзя.

В результате у инвесторов возникло право на иск против России. Во-первых, проекты представлялись как инвестиционные российскими органами власти[12]. Во-вторых, российские инвесторы утратили возможность реализации более чем 20 проектов примерно на 100 млн тонн. Например, проект генерирующей компании «Квадра» прошел независимую экспертизу, на будущие углеродные единицы был найден покупатель, получен положительный отзыв российского оператора углеродных единиц. Затем проект был внесен в Минэкономразвития на утверждение, но никаких дальнейших разрешений исполнитель получить не смог.

Подобное случается не только в России. В провинции Онтарио, Канада, иностранный инвестор приобрел углеродные единицы уже после их подтверждения местным правительством и после их размещения на бирже Онтарио и Квебека в 2018 году. Однако новое правительство объявило, что биржа Онтарио прекращает свою деятельность, и счет инвестора, на который были зачислены единицы, оказался заморожен[13]. Инвестор с соответствующим иском против Канады пока не обратился, однако для этого имеются все основания.

Споры между частными сторонами

Споры между частными сторонами возникают из договоров о совместном предприятии, созданном для реализации климатического проекта или договора купли-продажи углеродной единицы (emission reductions purchase agreement, ERPA). Такие договоры чаще всего содержат арбитражную оговорку Permanent Court of Arbitration in The Hague (PCA). В PCA действуют Правила арбитража споров о полезных ископаемых и/или окружающей среде, рекомендованные Международной ассоциацией по торговле выбросами (International Emissions Trading Association, IETA) для использования в договорах, а также Факультативный регламент по разрешению экологических споров 2001 года (ФРЭС)[14]. Арбитражная оговорка регламента тоже разработана IETA.

В рекомендациях IETA по составлению договоров купли-продажи углеродных единиц[15] указано, что споры из таких договоров желательно передавать на рассмотрение арбитража, так как национальные суды не до конца знакомы с процедурой реализации климатических проектов и не смогут выбрать правильный способ расчета убытков. PCA на данный момент администрирует более 10 споров из контрактов, связанных с реализацией климатических проектов по Киотскому протоколу. Все эти споры конфиденциальны, и данные о них недоступны. Известно лишь, что истцы обратились в PCA в соответствии с ФРЭС, а также Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ[16].

---

[11] Правила реализации проектов были утверждены Минэкономразвития еще в 2007 году. Предполагалось, что сначала компании должны защитить их в данном ведомстве. Заявления копились до конца 2009 года, когда Минэкономразвития добавило еще одного посредника – Сбербанк России; отныне торговля квотами происходила только через него. В период с 2007 по 2011 год регулирование климатических проектов менялось трижды.

[12] Постановление Правительства РФ от 15 сентября 2011 года № 780.

[13] URL: https://www.greenerarbitrations.com/news/emissions-trading-what-role-will-arbitration-play.

[14] Judith Levine, Adopting and Adapting Arbitration for Climate Change Related Disputes. The Experience of the Permanent Court of Arbitration, URL: https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Adopting%20and%20Adapting%20Arbitration%20for%20Climate%20ChangeRelated%20Disputes.pdf; Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Natural Resources and/or the Environment.

[15] IETA, Carbon Contracts Cornerstones, Drafting Contracts for the Sale of Project Based Emission Reductions.

[16] Judith Levine, URL: https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/Adopting%20and%20Adapting%20Arbitration%20for%20Climate%20ChangeRelated%20Disputes.pdf.

Что касается частных споров, то они также могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж при Международной торговой палате (ICC). ICC в 2019 году опубликовала Отчет о разрешении споров, связанных с изменением климата[17]. В документе дается характеристика споров:

• из договоров по переходу на энергетические или другие альтернативные системы по Парижскому соглашению (например, спор из договора о возведении ветряной электрической станции);

• из договоров, которые не имеют какой-либо конкретной цели или предмета, связанных с изменением климата (например, поставщик автомобилей не может ввезти их в страну, потому что правительство приняло закон о запрете машин с определенным видом двигателя);

• из договоров, заключенных с целью разрешения проблем изменения климата или связанных с ними экологических споров, потенциально затрагивающих население (экологический иск против государства).

Помимо PCA и ICC частные споры могут рассматриваться и в Лондонском международном третейском суде (LCIA). Так, типовой договор о купле-продаже углеродных единиц, утвержденный правительством Норвегии, содержит арбитражную оговорку LCIA[18].

На данный момент кроме PCA специальных арбитражных правил, посвященных разбирательствам по климатическим спорам, в других арбитражных учреждениях принято не было. По мнению ICC, особых правил и не требуется, поскольку Арбитражный регламент ICC обеспечивает все необходимые механизмы для рассмотрения споров такого типа[19]:

• доступ к научной и иной необходимой экспертизе;

• доступ к ускоренной процедуре арбитража во избежание вредных последствий нарушений;

• право ссылаться не только на законы государства, но и на подзаконные акты, которые чаще всего регулируют сферу изменения климата;

• абсолютная прозрачность спора: открытое разбирательство с возможностью участия в нем заинтересованных сторон, открытая публикация арбитражного решения;

• возможность участия в разбирательстве третьих лиц: заинтересованных граждан, НКО, международных организаций и пр.;

• гибкость при определении затрат на разбирательство: стороны с недостатком средств получают льготы.

В целом споры из сделок с углеродными единицами могут возникнуть в силу:

• неисполнения обязанности по передаче углеродной единицы;

• неисполнения обязанности по оплате углеродной единицы;

• неисполнения обязанности по зачету углеродной единицы;

• просрочки в оплате или передаче единицы;

• причинения убытков, связанных с просрочкой (например, уплаты штрафа за превышение уровня выбросов), и пр.

Исключены споры об их объеме и действительности, поскольку присвоение углеродной единицы первоначально осуществляется в государстве инвестора, а затем подтверждается в органе ООН.

Хотя информация о коммерческих спорах является конфиденциальной, с учетом тенденции к увеличению прозрачности разбирательств можно ожидать роста числа публикуемых арбитражных решений. Текущая ситуация свидетельствует о том, что большинство споров из климатических проектов можно передать на рассмотрение арбитража – инвесторам это выгодно в силу вовлеченности в реализацию таких проектов органов власти и государств.

---

[17] *ICC Commission Report, 2019.*

[18] *URL: https://www.regjeringen.no/contentassets/86680864084e47118f0086fccc0855fd/template-nmoce-erpa-2016-2020.pdf.*

[19] *Постановление Правительства РФ от 15 сентября 2011 года № 780.*

АРБИТРАЖ ICC ДЛЯ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ ПО ДОГОВОРАМ КУПЛИ-ПРОДАЖИ ЗЕЛЕНОЙ ЭЛЕКТРОЭНЕРГИИ В УКРАИНЕ

Сергей Уваров
партнер INTEGRITES, генеральный секретарь Украинской арбитражной ассоциации

Кристина Хрипкова
советник INTEGRITES

В 2008 году Украина взяла курс на содействие развитию экологически чистой энергетики, установив зеленый тариф для ее производителей. С целью имплементации этого стимулирующего механизма закон возложил на государственное предприятие «Гарантированный покупатель» (изначально – ГП «Энергорынок») обязанность выкупать всю электроэнергию, производимую из возобновляемых источников (ВИЭ), в полном объеме по установленным ставкам зеленого тарифа. Также на законодательном уровне был утвержден типовой договор купли-продажи электрической энергии по такому тарифу (Типовой PPA – power purchase agreement, договор купли-продажи энергии), который был обязателен к заключению между оптовым покупателем и зелеными производителями и на основании которого производились все расчеты.

История включения и (не)обязательная сила арбитражного соглашения в договорах PPA

Изначально Типовой PPA предусматривал, что споры между покупателем и зелеными производителями подлежат рассмотрению в судах Украины. Такой подход, очевидно, не устраивал многочисленных зарубежных инвесторов. В силу недостаточного доверия к украинской судебной системе и поскольку производитель электроэнергии по зеленому тарифу фактически был вынужден иметь дело исключительно с государственными структурами, многие кредиторы рассматривали независимый арбитраж как необходимое условие для финансирования проектов ВИЭ в Украине.

Примечательно, что такой – вполне разумный, на первый взгляд, – запрос зарубежных инвесторов натолкнулся на ожесточенное сопротивление со стороны ГП «Энергорынок» (его позиция кратко описана ниже). Не единым фронтом выступали и производители. Абсолютное большинство из них хотели иметь возможность обращаться в украинские суды для разрешения простых споров (например, о взыскании задолженности), поскольку стоимость судебного разбирательства на порядок ниже, чем арбитража.

Первые попытки внедрить арбитраж как способ разрешения споров из PPA были предприняты в 2017 году с утверждением нового Типового PPA[1].

[1] *Постановление Национальной комиссии, осуществляющей регулирование в сфере энергетики и коммунальных услуг от 14 сентября 2017 года № 1118.*

К сожалению, определенный в нем новый порядок разрешения споров стал не слишком удачным компромиссом между желанием отдельных игроков рынка передать все споры в арбитраж ICC и стремлением ГП «Энергорынок» и некоторых производителей оставить возможность обращаться в государственный суд. В частности, новый порядок предусматривал, что по умолчанию форумом разрешения споров оставались украинские суды. Однако у каждой стороны PPA появилось право сделать выбор в пользу международного коммерческого арбитража ICC (место арбитража – г. Париж, язык арбитража – английский, применимое право – украинское).

Такая конфигурация соединила, по мнению авторов, все возможные недостатки опциональных арбитражных соглашений. Порядок разрешения каждого конкретного спора в значительной мере зависел от того, кто первый инициирует соответствующее разбирательство (в арбитраже или государственном суде). При этом, даже если производитель начинал арбитражное разбирательство, буквальное толкование арбитражного соглашения фактически не запрещало другой стороне инициировать в государственном суде разбирательство с тем же или немного измененным предметом. Угроза параллельных разбирательств ставила эффективность арбитражного соглашения в зависимость от доброй воли другой стороны спора, делая такое соглашение мертворожденным. Последующие редакции Типового PPA[2] эту проблему также не решили.

В декабре 2019 года была принята последняя на сегодняшний день редакция арбитражного соглашения[3]. Оставаясь опциональной по своей сути (а значит, подверженной всевозможным связанным с этим рискам), данная версия сделала существенный шаг вперед: выбор между двумя опциями был в значительной мере перенесен на стадию заключения PPA. В частности, от производителей, желавших выбрать арбитраж, требовалось в определенный срок подать соответствующее заявление. Не будучи идеальным решением, такая конфигурация все же дала сторонам больше ясности и предсказуемости относительно способа разрешения потенциальных споров.

Издержки, сопряженные с выбором арбитража как средства разрешения споров, проистекающих из PPA

Из этой предыстории становится понятно, почему включение арбитражной оговорки в Типовой PPA встретило сопротивление, в первую очередь со стороны ГП «Энергорынок» и ГП «Гарантированный покупатель». Прежде всего это было связано с дороговизной арбитража ICC, нехваткой в бюджете государственных предприятий средств для оплаты авансов арбитражных расходов, отсутствием опыта ведения разбирательств по регламенту ICC, как и в целом опыта ведения арбитражных разбирательств на английском языке.

Законодатель решил эту проблему весьма оригинальным образом – создав специальный Арбитражный фонд, который должен наполняться зелеными производителями и который будет использоваться ГП «Гарантированный покупатель» для финансирования арбитражей ICC против этих же производителей.

Такое решение является более чем спорным. Фактически оно означает, что, даже будучи пострадавшей стороной, производитель вынужден не только самостоятельно нести все арбитражные расходы, но и оплачивать затраты противоположной стороны (которые также будут покрываться из Арбитражного фонда) независимо от исхода арбитражного разбирательства.

Более того, отсутствие детального и четкого механизма расчета взносов в Арбитражный фонд оставляет пространство для злоупотреблений. Яркий пример – утвержденные Национальной

[2] Постановления Национальной комиссии, осуществляющей регулирование в сфере энергетики и коммунальных услуг, от 9 января 2018 года № 1 и от 26 апреля 2019 года № 641.

[3] Постановление Национальной комиссии, осуществляющей регулирование в сфере энергетики и коммунальных услуг, от 13 декабря 2019 года № 2802.

комиссией, осуществляющей регулирование в сфере энергетики и коммунальных услуг, взносы за 2020 год. В качестве суммы арбитражных расходов (которую должны были внести избравшие арбитраж зеленые производители) ГП «Гарантированный покупатель» указал не сумму, уже уплаченную им в арбитражных разбирательствах, и не суммы расходов, которые он должен понести в рамках текущих разбирательств (на данный момент неизвестно ни об одном арбитражном разбирательстве, инициированном на основании PPA). Вместо этого была взята максимально возможная на данный момент сумма *потенциальных* расходов (согласно таблице арбитражных расходов и гонораров Регламента ICC), рассчитанная, исходя из суммы задолженности, накопившейся у ГП «Гарантированный покупатель» перед зелеными производителями, и соответствующих штрафных санкций.

По нашему мнению, очевидно несправедливой является ситуация, в которой избравшие арбитраж производители не только страдают от нарушения договора их контрагентом, но и обязаны заранее авансировать расходы контрагента на потенциальные разбирательства, вызванные этим самим нарушением, – независимо от того, будут ли эти разбирательства инициированы, и без возможности вернуть уплаченные взносы, даже если производитель так и не воспользуется своим правом на обращение в арбитраж.

В итоге из сотен зеленых производителей в Украине лишь 17 при подписании PPA сделали выбор в пользу арбитража по регламенту ICC как способа разрешения споров (в это число не вошли некоторые значительные объекты ветровой генерации, которые продолжают строиться и которые должны быть введены в эксплуатацию до конца 2022 года).

Оценивая причины невысокой популярности арбитража ICC в PPA, нельзя не отметить и потенциальные трудности с исполнением арбитражных решений против ГП «Гарантированный покупатель». Впрочем, эти трудности присущи не исключительно арбитражным решениям. Они в целом связаны с тем, что ГП «Гарантированный покупатель» не ведет какой-либо иной деятельности, кроме исполнения возложенных на него обязательств на рынке электроэнергии, и не владеет какими-либо существенными активами. Таким образом, при исполнении любого решения против ГП «Гарантированный покупатель» (как судебного, так и арбитражного) кредитору придется рассчитывать на обеспечение его достаточного финансирования со стороны государства либо на специальные гарантии государства относительно исполнения судебных решений, вынесенных против госпредприятий.

Потенциал использования арбитража как средства разрешения споров, проистекающих из договоров PPA

Хотя масштабы распространения арбитражных соглашений в PPA пока довольно скромные, потенциал их использования остается значительным. Наиболее очевидная категория споров в сфере зеленой энергетики Украины, которые могут быть переданы на разрешения арбитража, касается взыскания задолженности за отпущенную зеленую электроэнергию.

Еще осенью 2019 года в секторе ВИЭ Украины наметились кризисные явления. В марте-июле 2020 года ГП «Гарантированный покупатель» смог оплатить лишь 5% зеленого тарифа за произведенную электроэнергию. Для урегулирования кризиса правительство Украины вступило с производителями ВИЭ в переговоры, целью которых было достижение компромисса касательно снижения зеленого тарифа для стабилизации финансового состояния ГП «Гарантированный покупатель». В результате переговоров 10 июня 2020 года между украинским правительством и ключевыми энергетическими ассоциациями был подписан меморандум, предусматривавший помимо уменьшения тарифа обязательство правительства обеспечить своевременные оплаты за электроэнергию и погашение накопившегося за 2020 год долга в соответствии с графиком.

На данный момент часть долга погашена (уровень погашения составляет 66%, или около 700 млн евро в абсолютных цифрах), однако процесс выплат существенно отстает от согласованного графика. Такая ситуация стала причиной подачи зелеными производителями в хозяйственные суды Украины более сотни исков о взыскании задолженности и штрафных санкций по PPA. В ряде судебных дел требования истцов были удовлетворены. В случае дальнейшего накопления задолженности весьма вероятным видится и инициирование арбитражных разбирательств производителями, избравшими арбитраж ICC в качестве способа разрешения споров в своих PPA.

Однако взыскание задолженности не единственная потенциальная категория споров из PPA. Еще одной такой категорией могут стать компенсации за небалансы – разницу между прогнозированной и фактически произведенной электроэнергией в определенный период времени. Также изначально предполагалось, что в рамках PPA также будет урегулирован вопрос компенсаций за электроэнергию, не отпущенную зелеными производителями ввиду диспетчерских ограничений (это потенциально серьезная проблема в силу недостатка в украинской энергосистеме маневренных мощностей). В конечном итоге эти компенсации были возложены на оператора системы передачи, договоры которого с зелеными производителями не содержат арбитражной оговорки.

Заключение

Несмотря на изначальный оптимизм компаний отрасли, арбитраж все же не стал универсальным способом разрешения споров в области зеленой энергетики в Украине. Тем не менее возможность включения арбитражных соглашений в PPA является существенным стимулом для привлечения иностранных инвестиций в этот сектор. Арбитраж также сохраняет потенциал для рассмотрения больших и сложных споров в этой области (все еще пребывающей в Украине на зачаточном этапе развития) в будущем.

ИСКИ: ИНДИВИДУАЛЬНЫЕ ИЛИ КОЛЛЕКТИВНЫЕ? ВЫБОР ИНВЕСТОРОВ В ДЕЛАХ ПО ВОЗОБНОВЛЯЕМОЙ ЭНЕРГЕТИКЕ В ИНВЕСТИЦИОННЫХ АРБИТРАЖАХ

Ярослав Петров
партнер «Астерс», соглава практики энергетики, природных ресурсов и строительства, член практики международного арбитража

Елена Сичковская-Чорнобыль
юрист «Астерс»

Возобновляемая энергетика в мире развивается все быстрее. В частности, Европейский союз работает над реализацией экологического плана Green Deal, США объявили о запуске масштабных проектов в сфере возобновляемой энергетики, а Китай вышел в этой сфере на первое место. Чтобы стимулировать инвестиции в зеленый сектор, правительства создают благоприятные условия для строительства объектов, работающих на возобновляемых источниках энергии (ВИЭ). Щедрые условия поддержки часто убыточны для государств, берущих на себя слишком большие финансовые обязательства, поэтому режимы поддержки зеленой энергетики постепенно меняются. Это может быть расценено как отказ от гарантий, которые правительства предлагали инвесторам, когда вкладывалась инвестиция, через внутреннее законодательство и международные договоры. Иногда при изменении режима поддержки страдает целая группа инвесторов, и у них появляются однотипные претензии к государству.

Большинство инвестиционных договоров позволяют инвестору подавать иск в международный инвестиционный арбитраж против принимающего инвестиции государства (host state), а не в госсуды принимающей страны, так как эти договоры отсылают к двусторонним соглашениям о защите инвестиций (BIT) и Договору к Энергетической хартии (ДЭХ). Иск можно подать как индивидуально, так и коллективно – совместно с другими пострадавшими инвесторами.

Индивидуальные иски

Большинство исков в сфере возобновляемой энергетики подаются индивидуально. Нарушение стандарта справедливого и равноправного обращения в секторе возобновляемой энергетики в рамках ДЭХ может быть проиллюстрировано законодательной реформой в Испании[1]. В ходе реформы принятые ретроспективные законы отменили ранее введенный зеленый тариф, который позволял владельцам электростанций на ВИЭ продавать электроэнергию по повышен-

[1] *Об этом также читайте в англоязычной части номера. – Прим. ред.*

ным ценам в течение первых 25 лет эксплуатации – и по сниженным ценам в течение оставшегося срока службы электростанции.

В результате против Испании было инициировано более 50 международных инвестиционных арбитражей. Хотя небольшую часть из них Испании удалось выиграть, большинство дел, рассмотренных по существу, фактически были решены арбитражными трибуналами в пользу инвесторов. В этих делах (в частности, Novenergia v. Spain, 9REN Holding v. Spain) арбитры установили, что подобные законодательные меры нарушают стандарт справедливого и равноправного обращения, поскольку не соответствуют требованиям инвесторов относительно стабильной и предсказуемой системы регулирования предоставления зеленого тарифа.

Первым решением, касающимся стимулирования использования солнечной энергии в Европе, было решение по делу Charanne[2], где большинство арбитров полностью отклонило претензии голландской и люксембургской компаний, которые совместно инвестировали в солнечную генерацию на основе программы стимулирования, установленной правительством Испании. Испанская программа предусматривала введение зеленых тарифов на 25-летний период. Помимо этого программа позволяла заявителям передавать всю произведенную энергию в сеть. Впоследствии правительство Испании внесло в программу поправки, ограничивающие количество переданной электроэнергии, и добавило новую плату за доступ к сети.

Истцы утверждали, что в результате таких поправок доходность их инвестиций снизилась, а часть стоимости инвестиций была экспроприирована в нарушение ст. 13 ДЭХ. Они также утверждали, что поправки нарушают стандарт справедливого и равноправного обращения, и отрицают их законные ожидания в качестве инвесторов, противоречащие п. 1 и 12 ст. 10 ДЭХ.

Большинство членов арбитражного трибунала отклонили все претензии. Иск о косвенной экспроприации был отклонен, поскольку истцы не смогли доказать, что инвестор был лишен всех или части своих инвестиций. Арбитраж посчитал более важным, что программа в целом оставалась в силе (как и контракты), хотя норма прибыли была снижена.

Коллективные иски

Феномен коллективных, или совместных, исков начал развиваться в 1990-х годах. Коллективные иски можно условно разделить на несколько типов:

- когда соистцами выступают инвестор и проектная компания, которая является объектом инвестиций;
- когда соистцами выступают несколько инвесторов в один и тот же актив;
- когда два или более истцов, которые владеют разными инвестициями, являются соистцами в процедурах, возникших в результате одного и того же действия государства.

Первым коллективным иском в инвестиционном арбитраже было дело Abaclat против Аргентины[3]. От имени 180 тыс. заявителей (позже их число сократилось до 60 тыс.) было организовано разбирательство по коллективным претензиям, вытекающим из принятия Аргентиной законодательства, касающегося реструктуризации ее государственного долга, что привело к дефолту правительства по суверенным облигациям в конце 2001 года, а также обстоятельств, связанных с расчетом в 2005 году с иностранными держателями ее дефолтных облигаций. Второе масштабное дело по тому же предмету – дело Ambiente Ufficio[4] с 119 истцами (затем сократилось до 90). Трибуналы по этим делам вынесли решение против ответчика по данному вопросу.

---

[2] *Charanne and Construction Investments v. Spain, SCC Case No. V 062/2012.*

[3] *Abaclat and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5 (formerly Giovanna a Beccara and Others v. The Argentine Republic).*

[4] *Ambiente Ufficio S.p.A. and others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/08/9 (formerly Giordano Alpi and others v. Argentine Republic).*

В деле Giovanni Alemanni[5] по праву собственности на суверенные государственные облигации против Аргентины истцами являлись 183 итальянских физических и юридических лица, которые были держателями «долговых инструментов, выпущенных Аргентинской Республикой», по которым страна объявила дефолт. Арбитражный трибунал, ссылаясь на уже упомянутые дела Abaclat и Ambiente Ufficio, детально рассмотрел вопрос, могут ли истцы быть представлены в таком количестве. Среди прочего, по мнению арбитражного трибунала, ст. 25, 27, 36, 38, 39 Конвенции Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (ICSID) (каждая из которых упоминает «национальных» истцов в единственном числе) могут быть применены к любому количеству истцов, если стороны дали согласие на арбитраж.

Подача иска группой из 44 инвесторов в области фотоэлектрической электроэнергии (photovoltaic, PV) из Италии, Греции, Люксембурга, Германии, Турции, Чехии и Кипра против Румынии[6] демонстрирует, что групповые/коллективные претензии в ICSID встречаются и в спорах в сфере возобновляемой энергетики.

Истцы – инвесторы в румынский сектор солнечной энергетики подали иск в связи с изменением государственной схемы поддержки ВИЭ. В результате содействия со стороны Европейского союза в 2008 году Румыния стала одним из многих государств-членов, которые установили режим стимулирования ВИЭ. Его положения обновлялись и дополнялись в 2011 и 2014 годах. В период с 2011 по 2013 год истцы инвестировали в различные предприятия Румынии в сфере солнечной энергетики, и на них повлияли последние изменения в схеме поддержки. Иски инвесторов против Румынии были объединены в одно производство.

В этом деле 29 истцов являются итальянскими инвесторами, включая Ecosuntek, производителя солнечной и ветровой электроэнергии с фотоэлектрическими установками в Румынии, и Marchi Energia, химическую компанию, имеющую шесть румынских дочерних предприятий по производству фотоэлектрической энергии. Есть еще пять итальянских компаний: Fin.Doc S.r.l., En.Doc Srl, Stargreen Consulting Srl, Eafin Spa и Yum Srl. Немецкие энергетические компании LS Projekte и EEPro также входят в число истцов. Последние заявляют, что у них есть румынский филиал, занимающийся разработкой фотоэлектрических станций недалеко от г. Сибиу в румынском регионе Трансильвания. Среди других заявителей – люксембургские инвестиционные фонды Re Energy Capital SCA, SICAR Energia и Montana Renewable Energy Luxembourg; турецкие компании Ak-Tas Dis Ticaret и T Dinamik Enerji Sanayi Ve Dis Ticaret; кипрская IGLM Investments; чешские Solek Holding и Chust 3. Есть также несколько индивидуальных заявителей, в том числе 22 итальянца, пять греков и один гражданин Чехии.

30 марта 2021 года был согласован состав арбитража, и 10 мая состоялось первое заседание по видео-конференц-связи.

Предыдущие коллективные иски, принятые к рассмотрению ICSID в секторе возобновляемой энергетики (хоть и с меньшим количеством истцов), включали группу из 10 истцов против Румынии[7], группу из 9 инвесторов против Испании[8], группу из 10 истцов против Чешской Республики[9] и еще один процесс с участием группы из 26 истцов (вначале 88) против Испании[10]. Все претензии касались изменений законодательства о возобновляемых источниках энергии, принятых соответствующими государствами. В Испании требования вытекали из ряда энергетических реформ, затрагивающих сектор ВИЭ, включая 7%-ный налог на доходы производителей электроэнергии и сокращение субсидий для них.

---

[5] *Giovanni Alemanni and others v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/8.*
[6] *Fin.Doc S.r.l. and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/20/35.*
[7] *LSG Building Solutions GmbH and others v. Romania, ICSID Case No. ARB/18/19.*
[8] *Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, et al. v. Spain, ICSID Case No. ARB/15/1.*
[9] *Antaris Solar GmbH and Dr. Michael Göde v. Czech Republic, PCA Case No. 2014-01.*
[10] *The PV Investors v. Spain, PCA Case No. 2012-14.*

В 2020 году было вынесено решение по еще одному делу против Испании с тем же предметом, PV Investors. В своем предварительном решении о юрисдикции от 13 октября 2014 года состав арбитража, проанализировав другие решения по коллективным делам, заявил, что большое количество истцов никогда не препятствовало рассмотрению дела в инвестиционном арбитраже и что дополнительных соглашений об арбитраже в коллективном иске не требуется.

В Чехии претензии возникали в связи с изменением ранее существовавшего режима стимулирования, применимого к ВИЭ: введением налога на вырабатываемую электроэнергию («солнечный сбор») с целью уменьшения непредвиденной прибыли производителей (которая стала возможна из-за значительного снижения стоимости солнечных панелей) и снижением нагрузки на потребителей энергии. Состав арбитража в решении вопрос количества истцов не затрагивал.

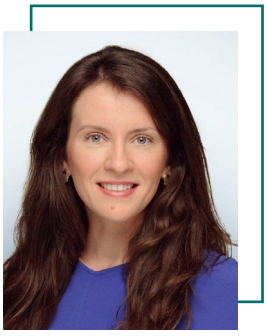
Заключение

ICSID и другие арбитражные институты охотно принимают коллективные иски от иностранных инвесторов в сфере возобновляемой энергетики. Коллективные иски в этой сфере встречаются реже индивидуальных, но многие государства проводят такие законодательные изменения, которые заставляют инвесторов активно анализировать опции инвестиционного арбитража. Разумеется, большим минусом для инвесторов является его дороговизна. В связи с этим компании часто рассматривают вариант финансирования своих исков специальными фондами (litigation/arbitration funds).

У компаний, которые пострадали в результате действий государств, есть две возможности: самостоятельно готовить и оплачивать иск в арбитраже или же собрать группу таких же потерпевших компаний, разделив судебные расходы на всех. Второй вариант значительно уменьшит затраты на каждого инвестора. Однако у групповой подачи есть и минус: задержки с подачей и согласованием документов. Поскольку компаний много, процесс согласования текста иска может быть долгим, к тому же некоторые участники могут тормозить процесс в силу разных обстоятельств. Разрешить эту ситуацию поможет подбор профессионалов, которые будут сопровождать дело в ICSID или другом арбитражном институте в рамках Энергетической хартии.

ХРУПКИЙ БАЛАНС МЕЖДУ ЗАКОННЫМИ ОЖИДАНИЯМИ ИНВЕСТОРА, КАСАЮЩИМИСЯ СТАБИЛЬНОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ, И ЗАКОНОДАТЕЛЬНОЙ ПРЕРОГАТИВОЙ ГОСУДАРСТВА: ОПЫТ ИСПАНИИ

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, Париж



Мария Пучина
старший юрист

Вероника Тимофеева
юрист

Клэр Дюваль
стажер

Испания стала ключевым рынком для привлечения иностранных инвестиций в сектор возобновляемой энергетики, когда в 2007 году предложила производителям зеленой энергии значительные материальные стимулы. Однако уже год спустя грянул экономический кризис. Выгодные тарифы и иные преимущества отрасли, обещанные Испанией, стали для страны непосильными в политическом смысле. Как и некоторые иные государства Европейского союза, Испания начала отменять введенные меры стимулирования возобновляемой энергетики. В ответ на эти изменения иностранные инвесторы подали не менее 48 исков против Испании в соответствии с Договором к Энергетической хартии (ДЭХ), утверждая, что изменение режима стимулирования привело к нарушению обязанности государства предоставить иностранным инвесторам справедливое и равноправное обращение.

В данной статье описывается, как арбитражные трибуналы[1] в делах против Испании интерпретировали обязательство не нарушать законные ожидания инвесторов – один из основных аспектов стандарта справедливого и равноправного обращения.

Нормативно-правовая база Испании в области возобновляемой энергетики

Начиная с 1990-х годов Испания стала принимать меры по снижению зависимости от импорта ископаемого топлива и привлечению иностранных инвестиций в сектор возобновляемой энергетики. В 1997 году был принят Закон об энергетическом секторе, в котором были определены льготные (зеленые) тарифы на электричество, произведенное из возобновляемых источников энергии (ВИЭ). Между 1997 и 2007 годами зеленый тариф

[1] *Английскому термину arbitration tribunals в данной статье соответствует термин «арбитражный трибунал», хотя в русскоязычной литературе чаще используется вариант «третейский суд».*

подлежал регулярному пересмотру, хотя в 2004 году принцип его расчета был несколько изменен.

В 2007 году Испания установила фиксированный зеленый тариф, который должен был действовать в течение всего времени эксплуатации электростанции, но с более высокой ставкой в первые 25 лет и пониженной в дальнейшем (специальный режим). Такие меры стимулирования привели к резкому росту инвестиций в возобновляемую энергетику Испании.

Однако экономический кризис 2008 года и растущая задолженность по оплате электричества, причитающаяся производителям, вынудили Испанию принять поправки, постепенно отменившие все стимулирующие меры. Так, в 2008 году срок поддержки новых солнечных электростанций был сокращен до 25 лет. В 2010 году 25-летний лимит распространился и на солнечные электростанции, которые также были вынуждены следовать ограниченному графику работы. В 2012 году Испания прекратила стимулирование новых электростанций и ввела налог на производимую энергию. К 2014 году все фиксированные тарифы были окончательно отменены, а специальный режим заменен особым порядком оплаты, согласно которому все электростанции могли рассчитывать только на разумную норму прибыли, рассчитываемую для стандартной электростанции.

Инвестиционные иски, поданные против Испании

Изменения нормативно-правовой базы, отменившие обещанный зеленый тариф, породили целую волну исков против Испании, основанных на инвестиционных договорах. На сегодняшний день 27 из 48 арбитражных разбирательств, инициированных инвесторами, уже завершились публично доступными арбитражными решениями.

Иностранные инвесторы при обосновании своих требований, как правило, ссылались на п. 1 ст. 10 ДЭХ, которая предусматривает обязанность принимающего государства предоставлять инвесторам справедливый и равноправный режим[2]. Данный режим, помимо прочего, защищает ожидания инвестора, сформированные в силу заверений государства и ставшие основанием для осуществления вложений[3]. Истцы утверждали, что Испания не оправдала их законных ожиданий, когда в период с 2008 по 2012 год изменила экономические стимулы в секторе ВИЭ и полностью отменила обещанные тарифы в 2013–2014 годах.

Основные выводы арбитражных трибуналов

Арбитражные трибуналы должны были изучить, мог ли благоприятный режим, действовавший в Испании в период с 1997 по 2007 год, породить у инвесторов законные ожидания, защищенные международным правом. К сожалению, единого подхода к данной проблеме выработано не было. Основные выводы арбитражных трибуналов можно разделить на три категории:

1. Иностранные инвесторы могли законно рассчитывать на стабильность законодательного регулирования. В большинстве рассмотренных дел арбитражные трибуналы пришли к выводу о том, что режим стимулирования возобновляемой энергетики, применяемый в Испании в период осуществления инвестиций, породил

---

[2] *Пункт 1 ст. 10 ДЭХ устанавливает: «Каждая договаривающаяся сторона, в соответствии с положениями настоящего договора, поощряет и создает стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия инвесторам других договаривающихся сторон для осуществления инвестиций на ее территории. Такие условия включают обязательство предоставлять без исключения инвестициям инвесторов других договаривающихся сторон справедливый и одинаковый режим».*

[3] *Metalclad v. Mexico (ICSID Cases No ARB(AF)/97/1) Award, 30 августа 2000 года, п. 99. См. также Joseph Charles Lemire v. Ukraine (ICSID Case No ARB/06/18) Decision on Jurisdiction and Liability, 14 января 2010 года, п. 264; Suez and others v. Argentina (ICSID Case No ARB/03/19) Decision on Liability, 30 июля 2010 года, п. 222; Novenergia II – Energy & Environment (SCA), SICAR v. Kingdom of Spain (SCC Case No 2015/063) Final Arbitral Award, 15 февраля 2018 года (Novenergia II v. Spain), п. 644; SunReserve v. Italy (SCC Case No 132/2015) Award, 25 марта 2020 года, п. 684.*

разумные и законные ожидания стабильности законодательного регулирования, гарантируемой в соответствии с ДЭХ[4]. Арбитражные трибуналы заключили, что Испания нарушила ожидания инвесторов, изменив законодательство.

Данный вывод был основан на разных подходах. Некоторые трибуналы пришли к выводу, что обязательства государства в отношении неизменности режима стимулирования проистекали из конкретных заверений, предоставленных инвесторам[5]. Так, в деле Masdar Испания направила в адрес всех электростанций, принадлежащих истцу, письма, подтверждающие, что на электростанции в течение всего срока их эксплуатации распространяется стимулирующий тарифный режим, установленный законом, принятым в 2007 году (далее – Закон 2007 года)[6]. Арбитры истолковали эти письма как гарантию стабильности нормативного регулирования[7].

Другие трибуналы посчитали, что положения Закона 2007 года были достаточно конкретными и потому равнозначными обязательству государства обеспечить стабильность законодательного регулирования[8]. Примечательно, что трибунал в деле STEAG постановил, что обязательство Испании по обеспечению стабильности регулирования иностранных инвестиций вытекало из предоставленного инвестору сертификата о введении электростанции в эксплуатацию, который, по мнению арбитров, предусматривал выгоды от положений Закона 2007 года[9].

*2. Иностранные инвесторы **не получили** разумной нормы прибыли, на которую обоснованно рассчитывали.* Вторая категория арбитражных трибуналов сочла, что иностранные инвесторы не могли законно ожидать, что нормативно-правовая база останется неизменной по отношению к применимому праву в момент осуществления инвестиций[10]. Однако принцип справедливости требовал, чтобы правительство Испании возместило им разумную норму прибыли, на которую инвесторы изначально могли рассчитывать[11]. Следуя этой

---

[4] Eiser Infrastructure Limited and Energía Solar Luxembourg S.à r.l. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/36) Award, 4 мая 2017 года (Eiser v. Spain); Novenergia II v. Spain; Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/1) Award, 16 мая 2018 года (Masdar v. Spain); Antin Infrastructure Services Luxembourg S.à.r.l. and Antin Energia Termosolar B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/13/31) Award, 15 июня 2018 года (Antin v. Spain); Foresight Luxembourg Solar 1 S.Á.R.L., Foresight Luxembourg Solar 2 S.Á.R.L., Greentech Energy System A/S, GWM Renewable Energy I S.P.A and GWM Renewable Energy II S.P.A v. Kingdom of Spain (SCC Case No. 2015/150) Award, 14 ноября 2018 года (Foresight v. Spain); NextEra Energy Global Holdings B.V. and NextEra Energy Spain Holdings B.V. v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/11) Decision on Jurisdiction, Liability and Principles of Quantum, 12 марта 2019 года (NextEra v. Spain); SolEs Badajoz GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/38) Award, 31 июля 2019 года (Soles v. Spain); 9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/15) Award, 31 мая 2019 года (9REN v. Spain); Cube Infrastructure Fund SICAV and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/20) Award, 15 июля 2019 года (Cube v. Spain); OperaFund Eco-Invest SICAV PLC and Schwab Holding AG v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/36) Award, 6 сентября 2019 года (OperaFund v. Spain); InfraRed Environmental Infrastructure GP Limited and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/14/12) Award, 2 августа 2019 года (InfraRed v. Spain); Watkins Holdings S.à.r.l. and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/44) Award, 21 января 2020 года (Watkins v. Spain); STEAG GmbH v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/4) Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum, 8 октября 2020 года (STEAG v. Spain).

[5] NextEra v. Spain, n. 587–593.

[6] Masdar v. Spain, n. 519–520.

[7] Аналогичным образом трибунал в деле Novenergia II посчитал, что некоторые заверения государственной компании, консультирующей испанское правительство в области энергетики, предоставленные в отношении разумной нормы прибыли от инвестиций, сформировали законные ожидания инвесторов о том, что стимулирующий режим 2007 года (Закон 2007 года) не изменится радикальным образом. Novenergia II v. Spain, n. 668–669.

[8] Antin v. Spain, n. 543–544, 548–549; OperaFund v. Spain, n. 485; 9REN v. Spain, n. 269–271.

[9] RREEF v. Spain, n. 386; PV investors v. Spain, n. 616; Hydro Energy v. Spain, n. 695; Cavalum v. Spain, n. 601; Eurus v. Spain, n. 356.

[10] Там же.

[11] RREEF v. Spain, n. 524.

логике, иностранные инвесторы имели право на вознаграждение, которое позволяло бы им возместить вложенные суммы и операционные расходы, связанные с инвестициями, а также прибыль в размере, соответствующем риску проекта[12]. Арбитражные трибуналы присуждали иностранным инвесторам компенсацию только в той степени, в которой уменьшение их доходов, вызванное изменениями нормативно-правовой базы, оказалось ниже порога разумной прибыли[13]. Способ расчета разумной прибыли в каждом случае определялся с учетом экономического воздействия законодательных изменений на инвестиции. Таким образом, количественная оценка ущерба послужила основанием для вывода арбитражных трибуналов об ответственности Испании[14].

3. Иностранные инвесторы ***получили*** *разумную норму прибыли.* В третьем подходе арбитражные трибуналы полностью отклонили иски иностранных инвесторов. По их мнению, инвесторы, вкладывая средства в энергетику, не могли законно ожидать, что нормативно-правовая база останется неизменной. Они имели право на получение только разумной нормы прибыли, которую продолжили получать, поскольку уменьшение доходов, вызванное изменением законодательства страны, не вывело их ниже порога разумной нормы прибыли. Таким образом, Испания не нарушила законные ожидания инвесторов[15].

В данных разбирательствах решающее значение имело время осуществления инвестиций. Например, в деле FREIF трибунал подчеркнул, что в 2011 году – в момент вложения средств – практика Верховного суда Испании уже подтвердила, что правительство имело право изменить экономический режим для ветроэнергетических установок[16]. Аналогичным образом в деле Isolux правовой режим изменялся несколько раз за годы, предшествующие моменту инвестирования[17]. Поскольку нестабильность режима стимулирования ко времени прихода инвесторов на рынок возобновляемой энергетики Испании стала очевидной, истцы не могли ожидать, что законодательное регулирование останется неизменным.

Выводы на основании опыта Испании

Несмотря на отсутствие единообразия в решениях трибуналов, анализ инвестиционных споров против Испании позволяет выявить несколько закономерностей при определении смысла и применения обязательства государств не нарушать законные ожидания иностранных инвесторов.

Защита иностранных инвесторов и право принимающего государства на регулирование

В большинстве споров арбитражные трибуналы подтвердили право Испании менять политику регулирования сферы ВИЭ и соответствующее законодательство[18]. Однако они также признали, что существуют обстоятельства, при которых государство, реализуя право на регулирование, может нарушить законные ожидания иностранных инвесторов.
Главной задачей, стоявшей перед арбитрами, был поиск баланса между защитой инвесторов, вкладывающих значительные ресурсы в экономику

---

[12] *Там же.*
[13] *PV investors v. Spain, ссылка 810.*
[14] *Там же, п. 610.*
[15] *FREIF Eurowind Holdings v. Kingdom of Spain (SCC Case No. 2017/060), Final award, 8 марта 2021 года (FREIF v. Spain); Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/1) Award, 2 декабря 2019 года (Stadtwerke v. Spain); Isolux Infrastructure Netherlands B.V. v. Kingdom of Spain (SCC Case No. V2013/153) Award, 12 июля 2016 года (Isolux v. Spain); Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain (SCC Case No. 062/201) Final Award, 21 января 2016 года (Charanne v. Spain).*
[16] *FREIF v. Spain, п. 547.*
[17] *Isolux v. Spain, п. 787.*
[18] *См., например, Charanne v. Spain, п. 500; Cavalum v. Spain, п. 419; Eiser v. Spain, п. 362.*

принимающего государства, с одной стороны, и обеспечением права государства приводить законодательство в соответствие с изменившимися обстоятельствами, с другой[19].

В деле PV investors арбитражный трибунал установил: инвесторы не могли ожидать, что Закон 2007 года не будет изменен так, что негативно повлияет на их вложения, поскольку на момент инвестирования нормативно-правовая база уже претерпела значительные изменения[20]. Таким образом, истцы могли рассчитывать только на получение разумной нормы прибыли, как было закреплено в действующем на тот момент законодательстве[21]. Арбитражный трибунал, стремясь установить баланс, пришел к выводу, что истцы имели бы право на компенсацию только в том случае, если бы доказали, что законы, принятые в 2013 и 2014 годах, лишили их возможности получения разумной нормы прибыли[22].

Принимающее государство должно выполнять свои обязательства по отношению к иностранным инвесторам

Как мы отметили выше, арбитражные трибуналы чаще приходили к выводу о нарушении законных ожиданий инвесторов в случаях, когда Испания брала на себя конкретные обязательства, на которые истцы полагались, вкладывая деньги в зеленую энергетику.

Однако в толковании понятия «конкретное обязательство государства» арбитры разошлись[23]. Одни подтверждали наличие конкретных обязательств в случаях, когда испанские официальные лица предоставляли заверения иностранным инвесторам[24], в том числе посредством письменных заявлений[25] или писем[26], а также рекламных брошюр[27]. Другие заняли крайне жесткую позицию, указав, что конкретные обязательства по обеспечению стабильности могут возникнуть только в том случае, если они содержатся в договоре[28].

В некоторых делах арбитры приравняли общеприменимое законодательство Испании о возобновляемых источниках энергии к конкретным обязательствам, ссылаясь на формулировки законов, чтобы сделать вывод о том, что они *«полностью соответствуют тому типу поведения государства, которое стало основанием для [...] возникновения законных ожиданий»*[29]. Так, в деле Antin трибунал решил, что законы, принятые в 2007 и 2010 годах, породили соответствующие ожидания у иностранных инвесторов. Ключевым для данного вывода стало то, что в обоих законах прямо говорилось: стабильность регулирования имеет решающее значение для достижения целей Испании в секторе ВИЭ[30]. Аналогичным образом арбитражный трибунал в деле OperaFund приравнял положение Закона 2007 года о том, что *«изменения [...] не должны затрагивать [электростанции], для введения в эксплуатацию которых были выданы сертификаты»*, к стабилизационной оговорке[31]. Однако другие трибуналы

[19] *Novenergia v. Spain, n. 694; PV Investors v. Spain, n. 570.*
[20] *PV investors v. Spain, n. 587–612.*
[21] *Там же, n. 616.*
[22] *Там же, n. 639.*
[23] *Арбитражный трибунал в деле Masdar признал существующее расхождение в толковании и выделил два подхода. Согласно первому «обязательства могут быть результатом общих положений законодательства или подзаконных актов», согласно второму «стабилизационные оговорки в законодательстве или политические объявления, такие как пресс-релизы и др., не могут вызывать законных ожиданий». – См. Masdar v. Spain, n. 499–503.*
[24] *Hydro v. Spain, n. 663; Stadtwerke v. Spain, n. 287.*
[25] *NextEra v. Spain, n. 587–590; Novenergia v. Spain, n. 668–669.*
[26] *Masdar v. Spain, n. 520; InfraRed v. Spain, n. 410.*
[27] *Novenergia v. Spain, n. 668–669.*
[28] *Stadtwerke v. Spain, n. 264; Opposed by Novenergia v. Spain, n. 650.*
[29] *Antin v. Spain, n. 552.*
[30] *Там же, n. 543–552.*
[31] *OperaFund v. Spain, n. 481–485. См. также 9REN v. Spain, n. 257.*

отвергли данный вывод[32] или решили, что обязательства Испании по обеспечению неизменности нормативно-правовой базы либо отсутствуют, либо не являются «достаточно конкретными»[33].

Защита иностранных инвесторов от радикальных изменений в нормативно-правовом регулировании

В то время как одни арбитражные трибуналы установили, что инвесторы не могли ожидать неизменности правового режима Испании за исключением случаев, когда государство предоставляло конкретные заверения по данному вопросу[34], другие решили, что наличие конкретного обязательства не является необходимым условием для возникновения законных ожиданий[35]. Следуя этой аргументации, правительство может действовать недобросовестно (в том числе в отсутствие конкретных обязательств), изменяя правовой режим, принятый во время инвестирования, «необоснованным», «непропорциональным», «радикальным» способом, «вопреки общественным интересам» или «таким способом, который ставит под сомнение экономическую основу инвестиций»[36].

Вопрос квалификации изменения правового режима как «радикального», «необоснованного» или «несоразмерного» по-разному толкуется арбитражными трибуналами. Одни арбитры устанавливали нарушение законных ожиданий инвесторов только в том случае, если государство существенно изменило экономическую основу инвестиций[37]. В соответствии с таким подходом понятие законных ожиданий инвесторов было интерпретировано в узком смысле. Другие трибуналы придерживались более умеренной точки зрения, отмечая, что любое ухудшение положения инвестора, явившееся следствием значительного изменения нормативно-правовой базы, противоречит его законным ожиданиям. В деле Novenergia арбитражный трибунал установил, что изменение правового режима Испании в 2013 и 2014 годах нарушило законные ожидания инвестора несмотря на то, что эти поправки не являлись «разрушительными»[38].

Как упоминалось выше, некоторые арбитры отклонили довод о том, что нормативно-правовой режим сам по себе является основанием для возникновения законных ожиданий о продолжении действия зеленых тарифов, и постановили, что инвесторы могут рассчитывать только на разумную норму прибыли[39]. В большинстве упомянутых дел решающим стал момент совершения финансовых вложений. Так, в отношении инвесторов, которые пришли на рынок Испании позднее, арбитражные трибуналы указали, что истцы изначально могли предвидеть изменения в регулировании, поскольку Верховный суд страны на тот момент уже постановил, что правительство может вносить такие изменения[40], а действующее законодательство уже не содержало какого-либо упоминания о стабильности регулирования[41].

---

[32] См., например, InfraRed v. Spain, n. 407; Charanne v. Spain, n. 493; RWE v. Spain, n. 458.
[33] Eiser v. Spain, n. 363; Charanne v. Spain, n. 490; Cavalum v. Spain, n. 547; RWE v. Spain, n. 538; BayWa r.e. v. Spain, n. 463; InfraRed v. Spain, n. 406–408; Foresight v. Spain, n. 365; Isolux v. Spain, n. 784–785; PV investors v. Spain, n. 599–612, 614; RREEF v. Spain, n. 315, 379, 399.
[34] PV investors v. Spain, n. 578.
[35] Cube v. Spain, n. 388.
[36] См., например, Charanne v. Spain, n. 514; Eiser v. Spain, n. 382; SolEs v. Spain, n. 462; Foresight v. Spain, n. 359; RREEF v. Spain, n. 399, 460, 472.
[37] Cube v. Spain, n. 412; Watkins v. Spain, n. 562–563; Eiser v. Spain, n. 365; RWE v. Spain, n. 363; Antin v. Spain, n. 562–568.
[38] Novenergia v. Spain, n. 694–695.
[39] PV investors v. Spain, n. 616; BayWa v. Spain, n. 467–476, 498; RREEF v. Spain, n. 386; Hydro Energy v. Spain, n. 695; Cavalum v. Spain, n. 601; Eurus v. Spain, n. 356.
[40] PV investors v. Spain, n. 603–612; BayWa v. Spain, n. 467–472; Cavalum v. Spain, n. 530.
[41] Eurus v. Spain, n. 333–334.

Разумность защищаемых ожиданий

Время инвестирования

Принято считать, что вопрос о том, были ли ожидания инвесторов законными (и, следовательно, подлежащими защите), необходимо оценивать на основе информации, которая была доступна на момент инвестирования. В деле Isolux арбитражный трибунал установил, что у истца не могло быть законных ожиданий в отношении стабильности законодательного регулирования в октябре 2012 года, поскольку в годы, предшествовавшие инвестированию, правовой режим уже не раз менялся[42].

Таким образом, в контексте испанских разбирательств истцы, вложившие средства на раннем этапе законодательного регулирования в области возобновляемой энергетики, имеют больше шансов доказать наличие законных ожиданий неизменности этого регулирования, чем инвесторы, которые пришли на испанский рынок ВИЭ после того, как стало ясно, что нормативно-правовая база может измениться[43].

Комплексная проверка

Некоторые арбитражные трибуналы анализировали, правильно ли истцы провели комплексную проверку инвестиционного климата перед вложением средств и обращались ли за консультациями относительно вероятности регулятивных изменений[44]. Например, в Hydro Energy истцы (осуществившие капиталовложения на довольно позднем этапе регулирования) не восприняли предупреждения о вероятности изменения законодательства, хотя к тому моменту Испания уже внесла поправки в режим регулирования иностранных инвестиций и Верховный суд признал предыдущие изменения действительными. Исходя из этого, арбитражный трибунал пришел к выводу, что истцы не выполнили надлежащей комплексной проверки[45].

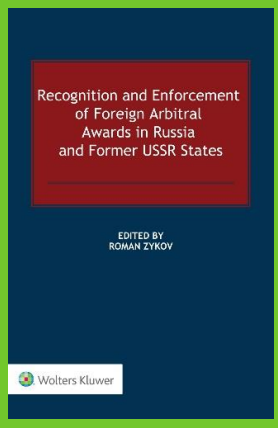
Несмотря на то что «неразумно ожидать, что [инвесторы] проведут широкомасштабную юридическую экспертизу»[46], некоторые арбитражные трибуналы тем не менее рассматривают должную осмотрительность как необходимое требование для защиты законных ожиданий[47]. Однако другие трибуналы уверены, что неосуществление инвесторами комплексной проверки инвестиционного климата не является серьезной причиной для отклонения иска о несправедливом обращении[48].

Заключение

Непоследовательность трибуналов при разрешении исков, поданных против Испании, иллюстрирует трудность поиска баланса между законными ожиданиями инвесторов, касающимися стабильности регулирования, и полномочиями государства в сфере законотворчества. В отличие от ситуаций, где применяются четко определенные нормы, здесь арбитражные трибуналы изучают обстоятельства каждого отдельного дела, пытаясь достичь приемлемого равновесия. Поскольку в дальнейшем арбитры вынесут еще много окончательных решений по делам, связанным с возобновляемой энергетикой в Испании, будет интересно увидеть, удастся ли им со временем прийти к большему единообразию.

---

[42] *Isolux v. Spain, n. 781, 787, 811. См. также FREIF v. Spain, n. 547.*
[43] *Isolux v. Spain, n. 798.*
[44] *Charanne v. Spain, n. 495; OperaFund v. Spain, n. 487; Watkins v. Spain, n. 571–589; Hydro Energy v. Spain, n. 601, 611–630.*
[45] *Hydro Energy v. Spain, n. 617, 674.*
[46] *См., например, RWE v. Spain, n. 513.*
[47] *Charanne v. Spain, n. 495; Stadtwerke v. Spain, n. 264.*
[48] *Hydro Energy v. Spain, n. 616, 629–630, 674–675.*



Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States

Edited by
Roman Zykov

Overview

The 15 sovereign states that emerged from the dissolution of the Union of Soviet Socialist Republics (USSR) in 1991, having all adopted the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, today are drawing increasing attention from international law firms and global arbitral institutions. This book, compiled under the editorship of the Secretary General of the Russian Arbitration Association, is the first full-scale commentary in English on the application of the New York Convention in Russia and the other 14 former USSR states, with attention also to the various relevant national laws and procedures.

A total of 71 contributors, all leading experts on arbitration and litigation in the covered jurisdictions, provide in-depth research encompassing the following approaches:

- article-by-article commentary on the New York Convention with emphasis on the practice of Russian state commercial (arbitrazh) courts;
- commentary on the relevant provisions of the Russian International Commercial Arbitration Law and the Code of Commercial Procedure;
- analysis of law and practice on setting aside, recognition, and enforcement of arbitral awards in all non-Russian former USSR states, state by state, written by experts in each jurisdiction; and
- a unique statistical study of all international commercial arbitration cases under the New York Convention conducted in Russia between 2008 and 2019, showing which grounds of the New York Convention are widely used by the Russian courts in different instances.

With this detailed information, practitioners will be able to understand how judicial developments in the covered jurisdictions have impacted the enforceability of arbitral awards, and how parties can take steps to ensure that they secure enforceable awards. In addition, they will clearly discern the enforcement track record for arbitral awards in Russia and former USSR states and how each jurisdiction treats enforcement applications, greatly clarifying decisions on choices by parties and determination of seat of arbitration.

Because this book makes arbitration law and procedure in Russia and the former USSR states accessible for the first time in English – thus assisting evaluation of prospects of enforcing foreign arbitral awards in that part of the world – it will be warmly welcomed by in-house counsel, arbitrators, arbitral institutes, judges, researchers, and academics focused on international arbitration.

For more information, visit **kluwerlaw.com/store**
Phone: **+31 (0) 172 641562** • Email: **international-sales@wolterskluwer.com**

Wolters Kluwer

When you have to be right

Wolters Kluwer

When you have to be right

Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia and Former USSR States

Edited by **Roman Zykov**

Table of Contents

Editor
Contributors
Preface
List of Abbreviations

PART I.
Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Russia
The Commentary on the New York Convention
The Commentary on Russian Procedural Law

PART II.
Enforcement of Domestic Arbitral Awards in Russia

PART III.
Setting Aside of Arbitral Awards in Russia
Setting Aside of Awards on Jurisdiction
Setting Aside of Final Awards

PART IV.
Laws and Practice of the Setting Aside, Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in the Former USSR States

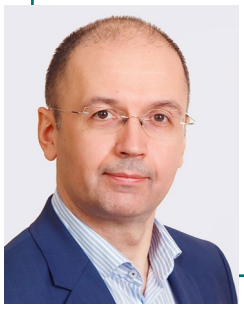
Bibliography

ISBN: 9789403532905 • **Released:** April 2021
Price: € 206 - $ 235 - £ 183 • **Format:** Hardcover, 632pp

Available in our **eStore** and **Digital Book Platform**

KluwerLaw.com/Store

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF RUSSIAN COURT JUDGMENTS AND ARBITRAL AWARDS IN THE FORMER SOVIET UNION STATES



Vyacheslav Khorovskiy
Managing Partner,
GRATA International, Moscow

The establishment and development of a common economic space between the states of the former Soviet Union has led to an increase in cross-border disputes. Current experience shows that recognition and enforcement of foreign court judgments and arbitral awards are among the top problems which business and professional communities participating in cross-border disputes face. To a certain extent, this issue is the cornerstone for achieving a fair dispute resolution since all previous proceedings may lose any purpose without recognition and enforcement. This article focuses on the procedure of recognition and enforcement of Russian court judgements and arbitral awards in the former Soviet Union states, save for the Baltic countries (i.e. Latvia, Lithuania and Estonia).

Legal Framework

Generally, international practice knows two models of recognition and enforcement of court judgements: a contractual model and a model based on the principle of reciprocity. The contractual model requires an international treaty (bilateral or multilateral) between the state of adjudication and the state of enforcement to recognize the authority of the foreign court to resolve the dispute with legal implications in the contracting states. The principle of reciprocity holds that despite the absence of a treaty between the state of adjudication and the state of enforcement, court judgements may be still recognized and enforced if there is evidence of legal mutuality between the states. In Russia, both models may apply.

To date, the Russian Federation is a party to a complex set of multilateral, international treaties with the states of the former Soviet Union on recognition and enforcement of court judgements and arbitral awards. These include:

- the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958 (the **"New York Convention"**);[1]
- the Kyiv Treaty on the Procedure of Settling Disputes related to Economic Activity of 20 March 1992 (the **"Kyiv Treaty"**);[2] and

[1] *All states of the former Soviet Union, save for Turkmenistan, are parties to the New York Convention.*
[2] *Armenia, Azerbaijan, Belarus, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan are parties to the Kyiv Treaty.*

- the Minsk Convention on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 22 January 1993 (the **"Minsk Convention"**).[3]

In practice, the complicated structure of the contractual relations may lead to confusion and misunderstandings on how these treaties connect with each other and which treaty applies in a particular situation. Starting with what is relatively easy, the New York Convention applies to recognition and enforcement of arbitral awards, while the Kyiv Treaty and the Minsk Convention provide for recognition and enforcement of court judgements. The interrelation between the Kyiv Treaty and the Minsk Convention was considered by the Economic Court of the Commonwealth of Independent States. According to the Ruling of the court No.01-1/2-06 of 21 February 2007, the Kyiv Treaty and the Minsk Convention have different subjects of regulation and apply independently. The Kyiv Treaty regulates recognition and enforcement of court judgements related to economic disputes, while the Minsk Convention applies to civil, family and criminal cases.

In addition to the multilateral, international treaties, the Russian Federation has entered into a number of bilateral treaties similarly regulating *inter alia* the issues of legal assistance, and recognition and enforcement of court judgements. Currently, the Russian Federation is a party to legal assistance treaties providing for recognition and enforcement of court judgements with Azerbaijan, Belarus, Georgia, Kyrgyzstan and Moldova. However, how do they interrelate with the multilateral treaties? According to the general principle of international public law, bilateral treaties on the same matters will prevail since they reflect specifics of relations between the contracting states to a greater extent than multilateral treaties. However, in the case of recognition and enforcement, it is not that simple. In order to resolve the conflict between multilateral and bilateral treaties properly, the type of relations regulated by a bilateral treaty will matter. For example, the Treaty on Legal Assistance and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Matters of 22 December 1992 between Azerbaijan and the Russian Federation applies to relations arising from civil, family and criminal cases, while the Treaty on the Procedure of Reciprocal Enforcement of Judicial Acts of the Arbitrazh Courts of the Russian Federation and Economic Courts of the Republic of Belarus of 17 January 2001 between Belarus and the Russian Federation applies in the area of economic disputes. Thus, the treaty with Azerbaijan will have priority over the Minsk Convention, while the treaty with Belarus will prevail over the Kyiv Treaty. Accordingly, the treaty with Azerbaijan does not affect the issues regulated by the Kyiv Treaty and the treaty with Belarus has no impact on issues regulated by the Minsk Convention.

Despite the existing contractual relations between the Russian Federation and the states of the former Soviet Union, the principle of reciprocity still remains relevant. As an example, the principle applies to recognition and enforcement of the court judgments on bankruptcy of individuals and legal entities since there is no treaty regulating this specific area. Russian courts recognize reciprocity between the Russian Federation and Belarus in bankruptcy cases,[4] while reciprocity between Azerbaijan and the Russian Federation is not considered to be yet established.[5] Reciprocity between jurisdictions is not assumed in the Russian courts and should be proved in each particular case.

Filing application

The Kyiv Treaty and the New York Convention suggest that an application on recognition and enforcement should be submitted in the state where recognition and enforcement is sought. In contrast, the Minsk Convention additionally provides for an option to file an application through a court of first instance which issued the judgment. In all cases, the competent court to consider the application is determined in accordance with the law of the state where recognition and enforcement is sought. The list of documents to be attached to the application is set out in the table below.

3 Armenia, Azerbaijan, Belarus, Georgia, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Moldova, Russian Federation, Tajikistan, Turkmenistan, Ukraine and Uzbekistan are parties to the Minsk Convention.

4 Ruling of the Arbitrazh Court of the Voronezh Region No. A14-10699/2011 dated 28 December 2011.

5 Resolution of the Arbitrazh Court of the Moscow District No. A40-185979/2017 dated 8 November 2018.

New York Convention	Kyiv Treaty	Minsk Convention
A duly authenticated original award or its duly certified copy	A duly certified copy of the judgment	An original judgement or its duly certified copy
A duly signed arbitration agreement (an agreement with an arbitration clause) or its duly certified copy	An official document confirming the judgement has become effective, unless this is evident from the judgement	An official document confirming the judgement has become effective or it is subject to enforcement before it becomes effective, unless this is evident from the judgement
A duly certified translation of the arbitral award and the agreement into the language of the state where the recognition and enforcement is sought	Evidence of notification of the other party about the process	Evidence of notification of the other party which did not participate in the process and proper representation of the other party in the process in case of procedural legal incapacity of the other party
	An enforcement document	A document confirming a partial performance of the judgement at the time of its delivery
		A document confirming agreement of the parties on jurisdiction of the court
		A certified translation of the application and the attached documents into the language of the state of enforcement or into Russian

As opposed to the New York Convention and the Minsk Convention, under the Kyiv Treaty all documents are provided in the language of the state where the judgement is made or in Russian.

Grounds for refusal

The New York Convention contains the broadest list of grounds for refusal of recognition and enforcement. There are 3 main groups of such grounds:

• violation of rights of a party during the arbitration proceedings (e.g. incapacity of a party, failure to give proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings, the party was otherwise unable to present the case);

• lack of authority of the arbitral tribunal to consider the dispute (e.g. invalidity of the arbitration agreement under its governing law or the law of the country where the award was made if there is no governing law, failure to comply with provisions of the arbitration agreement in relation to the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure or the law of the country where the arbitration took place if there are no such provisions in the arbitration agreement, or inability of the dispute to be settled by arbitration under the law of the country where recognition and enforcement is sought); and

• flaws of the arbitral award itself (e.g. the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the arbitration agreement, it contains decisions on matters beyond the scope of the arbitration agreement, it has not yet become binding, has been set aside or suspended in the country in which, or under the law of which, the award was made, violation of public policy).

By contrast to the New York Convention, the Kyiv Treaty and the Minsk Convention include relatively shorter lists of grounds for refusal of recognition and enforcement. Under the Kyiv Treaty, the court refuses to recognize and enforce a judgement if:

• there is already an effective judgment issued by a court in the state where the enforcement is sought in relation to a dispute between the same parties, on the same matter and the same grounds;

• there is already a recognized judgment of an authorized court from another state in relation to a dispute between the same parties, on the same matter and the same grounds;

• the dispute is considered by a court which is not authorized to do that under the Kyiv Treaty;

• the other party was not notified of the proceedings; and

• the 3-year limitation period has expired.

The Minsk Convention permits refusal to enforce if:

• under the law of the state where the judgement is made the judgement has not become effective or not subject to enforcement yet, unless the judgement is subject to enforcement before it becomes effective;

• the defendant was not notified properly and did not participate in the proceedings;

• there is already an effective judgment issued by a court in the state where the recognition and enforcement is sought, or an initiated procedure in the same state, or a recognized judgment of a court from another state, in each case in relation to a dispute between the same parties, on the same matter and the same grounds;

• under the terms of the Minsk Convention or the law of the state where the recognition and enforcement is sought, only courts of that state are authorized to consider the dispute;

• there is no document evidencing agreement of the parties to refer disputes to the relevant court; and

• the limitation period for enforcement in the state where the enforcement is sought has expired.

In practice, however, the lists of grounds for refusal under the Kyiv Treaty and the Minsk Convention are not exhaustive. The procedural codes of the post-Soviet states contain provisions allowing refusal to recognize and enforce a judgment if the court in that state finds that enforcement of the foreign court judgment may breach its public policy (e.g. Article 465.1.5 of the Civil Procedure Code of Azerbaijan, Articles 255 and 256 of the Economic Procedure Code of Uzbekistan, Article 244(1) of the Arbitrazh Procedure Code of the Russian Federation etc.). Violation of public policy appears to be one of the most common grounds for refusal of recognition and enforcement, along with violation of the requirements for notifying the parties. The concept of public policy is broadly interpreted by courts in the states which leads to some unpredictability of recognition and enforcement of court judgments and arbitral awards.

Summarizing, there is an extensive set of rules in relation to recognition and enforcement of Russian court judgements and arbitral awards in the states of the former Soviet Union. However, the procedures do not guarantee an effective performance of obligations and protection of violated rights in all cases. There are still challenges and uncertainties which a claimant may face.

WORKING WITH INVESTIGATORS: A BENEFICIAL PARTNERSHIP

Anna Gumowska
Senior Managing Director, K2 Integrity

Within many matters related to disputes, legal counsel often partner with corporate investigators to help support their client's case. In high-stakes scenarios having expert resources readily available can define the difference between success and catastrophe. Maximizing a legal team's resources by partnering with a corporate investigator can help ensure all avenues are explored and analyzed.

By building trust between the legal and investigative teams, both parties can drive the most comprehensive outcomes for clients. This article will explore some scenarios in which corporate investigators can provide critical insight, and why a strong relationship between legal counsel and the investigative team is crucial to a successful outcome.

Asset Tracing and Recovery

Recovery is the ultimate goal of almost all commercial disputes. A favorable judgement or arbitral award is often only the beginning of complex battle to recover funds due to a client. Globalized finance and trade have created convenient and simple ways to obfuscate ownership of assets—from bank accounts and business structures to property and other tangible, high-value assets. Managing both the asset tracing and the recovery requires an investigative and legal approach that is both iterative and coordinated.

The client's legal team manages the jurisdictional rules and regulations, determining where recovery will be most likely and how to prioritize legal tactics. An investigative team works in a complementary role to identify and evaluate assets which are worth pursuing. These inform the overall recovery strategy to determine which tactics will be most fruitful for the client: a traditional asset seizure and recovery, the collection of information designed to bring the opposing party to the negotiating table, or a combination of both. Frequently information obtained by investigators serves as a foundation for disclosure applications by the legal team. We regularly work with legal counsel to uncover complex offshore companies used by subjects who hold valuable shares in companies listed on the London Stock Exchange. In one case, through successful co-operation, we were able to determine details of shareholder structures and banking information through legal disclosures in offshore locations and were able to show direct connections between the subjects and the offshore entities.

In another example, we identified assets held outside of Russia and Ukraine by a former manager who defrauded our client. We conducted a comprehensive review and analysis of the structures used by the manager to siphon funds out of the client's company. These structures included Russian and Ukrainian entities owned by several layers of offshore-registered companies. Through a combination of intelligence gathering and an analysis of the connections between the identified entities, we were able to link the former manager to the fraudulent scheme and identify assets held by the subject in the UK, Jersey, and Switzerland. The legal counsel were then able to successfully freeze the assets we identified. The freezing order led to the opposing side settling the dispute. By combining legal and investigative tactics, a client has the highest chance of recovery in a multijurisdictional pursuit of assets.

Dispute Support

While disputes between entities are typically handled by lawyers, the role of a corporate investigator can

complement the strategies and tactics of the legal team—particularly as a standard business dispute can very quickly become complex. The difference between success and failure frequently comes down to having actionable intelligence, robust evidence, and an effective legal and communication strategy.

The benefit of working with a credible investigations team in these instances is that they will work in lockstep with the legal team, and often have a clear understanding of what will stand up as evidence in court and what will not.

To help build evidence in a litigation, for example, investigators can conduct research across multiple jurisdictions touching multiple continents, identify and analyze corporate records and source materials, and conduct human source interviews to track and investigate the business dealings of a counterparty, as well as undertake site visits and surveillance to establish patterns of life of key individuals. By combining human intelligence with information from public records and research, investigators work with the legal team to build an overwhelming case against the counterparty.

Fraud Investigations

Incidents of fraud can cause major disruption to businesses and have a lasting impact on profit, performance, and reputation. Legal counsel often call upon corporate investigators to help uncover the facts in fraud investigations.

Traditional investigative techniques along with unique data mining technologies provide a broader, deeper level of analysis when reviewing suspicious information, be it human, physical, or electronic evidence. Investigators can diagnose and resolve instances of financial statement fraud, and other large-scale misappropriations from either inside or outside the client's organization. Working closely with the client's counsel, investigators determine how the wrongdoing arose, its impact on the business, and means of remediation.

We are often called upon to conduct forensic analysis of financial transactions relating to cross-border fraud involving countries in Central and Eastern Europe. In one case, acting for our client, through which the money was being funneled, we were able to determine the origins and destinations of the suspicious funds. The work conducted included a combination of forensic accounting to establish the flow of funds and open source and human source investigations to understand the affiliations between parties transferring the funds. We worked closely with the client's counsel to determine how the funds were misappropriated.

Conclusion

On behalf of clients, counsel place immense trust in the corporate investigator to produce insights that are admissible and useful in supporting the client's case. Managing the client's expectations is a challenge best tackled together by the investigator and legal counsel.

Biography

Anna Gumowska is a senior managing director in K2 Integrity's Investigations and Risk Advisory practice. Based in London, Anna manages global investigative projects across industries, including mining, energy, retail, and financial services. She focuses on fraud, pre-investment due diligence, and reputation management. Anna advises large companies on AML policies and sanctions compliance programs. Her work encompasses disputes involving corporate clients facing fraud and asset recovery issues, often focusing on jurisdictions in Central Asia, Eastern Europe, and Russia.

INFORMATION GATHERING IN RUSSIA: AN INVESTIGATOR'S PERSPECTIVE

Septimus Knox
Deputy Head,
Disputes & Investigations practice,
S-RM, London

The information landscape in Russia presents unique challenges and opportunities for investigators. This is particularly true in the context of arbitration and other legal proceedings. In many jurisdictions, the challenge presented to investigators is a lack of information in open sources. This means we have to think creatively to generate leads that can identify assets or critical intelligence. In Russia, the challenge is the opposite. There is an almost limitless amount of information to be interrogated. A successful outcome lies in sifting through this information, making sure it is genuine and accurate and ensuring it is usable in a legal context. Investigators rarely, if ever, find nothing to report to clients and their legal advisors.

The primary reason for this is the amount of official company information made available online. In-depth corporate records and detailed litigation records are a crucial first port of call in any investigation. They allow an investigator to develop an understanding of key events, facts, connected parties and their associates. This is in stark contrast to jurisdictions such as Germany, where many legal records are redacted pursuant to privacy legislation and corporate records rarely offer any insight into a company's financial affairs.

While Russian corporate and legal records are usually the starting point of an investigation, they are almost never sufficient in providing a complete and accurate picture of a subject. Attempting to identity well-hidden assets or build a true picture of a fraud requires ingenuity and creativity. For example, in the course of a recent case, we accessed specialist forums for Russophone sailors to glean intelligence about a shipping company and subsequently used a database of their resumes to identify and approach witnesses of fact.

Another advantage available to investigators operating in Russia is the wide range of freely accessible information relating to corporate and personal assets. These datapoints can prove invaluable in building up a picture of a subject's financial standing in order to later recover assets. There are countless such resources, including registers of probate, notarisation, and debtors which are well known to every lawyer and investigator with experience in Russian matters. In addition, it is possible to obtain documentary evidence of vehicle, vessel and property ownership in Russia. In the UK, for example, there is no way to demonstrate a subject's ownership of a luxury vehicle – a piece of information that could be used to apply leverage to a recalcitrant debtor, or to facilitate surveillance. Moreover, in the UK, data privacy laws mean that information relating to insolvencies, court appearances, and similar civil matters are typically expunged from the official record after a relatively short period of time. In Russia, the regulations are less stringent and it is therefore comparatively easier to build up a clear picture of an individual's financial history and interests.

In recent years, the Russian government has opted to manage the types of information accessible to the public more closely. Firstly, in August 2018, Oktyabrsky Island, Kaliningrad and Russky Island, Primorsky Krai, were designated Special Administrative Regions ('SAR').[1] Entities registered in the SARs, dubbed international companies ("международные компании"), are not obliged to disclose the identities of their directors or shareholders publicly. However, the use of these SARs is not yet widespread enough to cause a significant challenge to information gathering efforts. Secondly, in December 2020 a new law was passed restricting public access to information on an expanded list of public figures — previously this law had only covered FSB employees. The list now includes judges, prosecutors, FSB members, Investigative Committee members, Federal

[1] *Федеральный закон от 03.08.2018 № 290-ФЗ «О международных компаниях и международных фондах»*, Consultant Legal Database.

Penitentiary Service employees, Foreign Intelligence Service workers, National Guard members and certain military personnel.[2] Thirdly, in July 2021, changes will be made to limit access to certain types of corporate information. The Federal Tax Service will no longer make the identities of certain companies' founders a matter of public record — information which has traditionally been key to spotting connections between companies and beneficiaries on asset tracing mandates.[3]

While it may seem that the government is making an investigator's job harder, in many ways the reverse is true. In recent years, the transfer of 24,000 datasets to the open government portal has dramatically increased the amount of official information available to the public. While some of these datasets — such as a list of basic food stuffs sold in shops in the municipality of Krasnoselkupsky District, Yamalo-Nenets Autonomous Okrug — are highly unlikely to be relevant to an investigation, others, such as telephone directories, lists of tenders and recipients of subsidies can provide useful leads to a diligent investigator.

It goes without saying that analysis of official information sources alone would never form the sole deliverable of a well-resourced corporate investigation in Russia. Investigators can benefit from a wide range of unofficial information that can prove critical in identifying evidence and further intelligence about a subject. It is possible to access near-exhaustive databases of Russian media ranging back to the late 1980s – a luxury not afforded to investigators in many other parts of the world. These searches can be supplemented by examining aggregators of kompromat, reviewing niche blogs, analysing leaked datasets, scanning social media and using deep web scraping tools to search popular telegram channels simultaneously. Each of these data sources and the tools used to exploit them would warrant a standalone article in themselves. Suffice to say, while non-mainstream media and information retrieved from the deep web often contains inaccuracies and falsehoods, it can also contain valuable leads that can then be corroborated by official sources. Being able to sift through this type of information and analyse it is a core skill for an investigator in Russia to possess. Being able to corroborate findings and turn them into actionable intelligence, or better yet hard evidence, remains an art form rather than a science.

Finally, human intelligence – the process of gathering information from well-placed sources close to a subject – can sometimes provide crucial leads and non-public intelligence in investigations. The profile of sources to whom we might speak, the number available, and the information they provide us, varies dramatically from case to case. In the context of asset tracing investigations, human sources are particularly useful when an investigation extends beyond the borders of Russia and becomes a global matter, as is often the case. Sources can provide insight into hitherto unknown assets and new jurisdictions into which to expand the scope of our research. For example, in a recent case, our investigation pivoted towards Israel thanks to an ex-wife telling us that the subject had received citizenship there. In another, a former accountant alerted us to a parallel offshore structure not linked to the subject in open sources. While this information is undoubtedly valuable it is important to remember, especially in the context of asset recovery, that human intelligence is an input into the investigative process rather than an output. Rarely does human intelligence alone break open a case and the commentary of anonymous sources will never be as a valuable as an official document attesting to a subject's interest in an asset.

Biography

Septimus Knox is the Deputy Head of S-RM's Disputes & Investigations practice and oversees all the firm's disputes work in Russia & CIS. His clients include international law firms, global corporations and leading business figures. He has developed particular expertise in conducting cross-border asset traces, litigation support investigations and strategic intelligence assignments. Septimus has a BA in Russian Studies from University College London. He speaks Russian and has previously lived in Russia, Italy and Southeast Asia.

[2] *Федеральный закон от 30.12.2020 № 515-ФЗ, «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в части обеспечения конфиденциальности сведений о защищаемых лицах и об осуществлении оперативно-розыскной деятельности», Официальный интернет-портал правовой информации России.*

[3] *Приказ от 13.11.2020 № ЕД-7-14/820, Об утверждении требований к составу и структуре файлов, содержащих сведения из Единого государственного реестра юридических лиц и Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей, предоставляемых ФНС России в соответствии с положениями Федерального закона от 8 августа 2001 года № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», официальный сайт ФНС.*

CSI GROUP

Комплексная поддержка корпоративных клиентов и юридических фирм

- Поиск и возврат активов
- Анализ и подготовка кейсов для судебного финансирования в России и за рубежом
- Технологическая поддержка трансграничных судебных споров
- Экспертные заключения для российских и международных судов

www.csi.group
+7 495 374-85-70

ПОИСК И ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ИНФОРМАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ТРАНСГРАНИЧНЫХ СПОРАХ

Дмитрий Иванов
партнер,
Morgan Lewis, Москва

В настоящей статье рассматриваются вопросы получения и использования сведений при трансграничных спорах для построения оптимальной стратегии взыскания активов за рубежом.

Роль информации

Необходимость поиска информации об активах, структуре собственности и деловых партнерах контрагентов в случае нарушения ими договорных обязательств – частая ситуация. Также важно получение полных и достоверных данных в ходе проведения внутренних расследований. Особую роль играет информация в процедурах банкротства и несостоятельности.

Как правило, при установлении деловых отношений стороны собирают данные о контрагентах, включая сведения о структуре их собственности. Кроме того, компании в целом знают партнеров и конкурентов в своей индустрии. Однако во время сотрудничества компании редко обновляют имеющуюся информацию, и она устаревает, становясь бесполезной в случае возникновения конфликтной ситуации.

Открытые источники

Как это ни банально, но основную информацию легко получить из публичных источников:

- **ЕГРЮЛ и его аналоги в иностранных юрисдикциях.** Объем информации в разных странах может разниться. Как минимум можно найти наименование компании и адрес ее регистрации; в ряде стран доступна полная справка о компании: наименование, директора, секретари, филиалы и представительства, финансовая отчетность;
- **реестры недвижимости, а также сведения о регистрации воздушных и морских судов.** В некоторых странах поиск работает централизованно, в других необходимо получать информацию в нужном территориальном субъекте страны. Кроме того, электронные реестры еще ведутся не повсеместно, что делает сбор данных трудоемким и не всегда практически реализуемым (например, на конференции PAA в мае 2021 года докладчики указали, что в карибских юрисдикциях реестры воздушных судов до сих пор ведутся в многотомных бумажных книгах, получить доступ к которым достаточно сложно);
- **базы данных судов, исполнительных производств.** Как правило, число дел, в которых сторона участвует в качестве истца и ответчика, может дать представление о том, будет ли компания в ближайшее время испытывать проблемы с ликвидностью, насколько вероятен риск ее банкротства и создает ли компания заранее «дружественных кредиторов» (требования к компании со стороны ее аффилированных лиц);
- **социальные сети, мессенджеры.** Здесь можно обнаружить имущество должников: дома, дорогие автомобили, яхты, предметы искусства.

Однако зачастую самые важные сведения находятся в социальных сетях не самих должников, а их родственников, определить которых довольно сложно.

Сбор информации в приведенных открытых источниках позволяет определить первоначальную структуру задействованных компаний, страны, где они расположены, и лиц, в отношении имущества которых можно проводить взыскание.

Данные, полученные в результате частных расследований

Иногда в поисках информации кредиторы прибегают к помощи детективных агентств. Работа детективов обычно начинается с проверки указанных выше источников и далее расширяется в тех направлениях, где первичные поиски дали результат. Кроме того, детективы активно взаимодействуют с бывшими и нынешними партнерами должника, чтобы получить информацию из первых рук. Итогом обычно является отчет о проделанной работе с указанием выявленных фактов и собранных копий документов.

Сложность заключается в том, что в некоторых странах проведение частных расследований не разрешено законодательно. Кроме того, если полученные данные не подтверждены документально, использовать их в дальнейшем затруднительно.

Оборотная сторона медали: риски использования частной информации

Важно помнить о рисках, связанных с поиском непубличной информации, поскольку ни детективы, ни сами стороны не имеют права собирать сведения с ограниченным доступом (банковская, коммерческая тайна и пр.). Суд или состав арбитража могут отказаться принять такую информацию в качестве доказательства, а сторона должника может выступить с обвинением, заявив о неправомерности доступа к таким данным. Задача сбора, обработки и использования информации усложняется и в силу механизмов защиты персональных данных физических лиц. Законы большого числа стран содержат положения об охране данных, в том числе о согласии субъекта на обработку сведений о нем. Трудно ожидать, что должники и ответчики дадут такое согласие, поскольку оно облегчит задачу построения правовой позиции и ведения судебных и арбитражных дел против них. К счастью, законодательство допускает ряд исключений, в том числе в случаях, когда обработка, хранение и использование персональных данных требуются в целях реализации права на судебную защиту.

Кроме указанной юридической сложности существует и проблема совершенно практического характера: информация, которую невозможно перепроверить (например, запросив выписку на объект недвижимости), с одинаковой вероятностью может оказаться как верной, так и ошибочной. В практике был случай, когда кредитор полагал, что у должника есть активы в определенном европейском банке, хотя и не мог предоставить никаких доказательств в подтверждение своей гипотезы. Тем не менее он решил инициировать процесс для наложения ареста на эти активы. Через два месяца на официальный запрос приставов пришел ответ: никаких активов должника в указанном банке нет.

Возможность использования информации

Как правильно использовать непубличные данные? Ответ на этот вопрос зависит в первую очередь от того, где их необходимо использовать – в государственном суде или арбитражном разбирательстве; в какой юрисдикции; в процессе получения обеспечительных мер или в заседании по существу спора. В странах англосаксонской правовой системы обычно принимаются свидетельские показания детективов, подтверждающих ту информацию, которую они смогли собрать по должнику и его активам; в странах континентальной системы права такое возможно намного реже. Равным образом состав арбитров с большей

вероятностью, чем государственный суд, учтет подобные косвенные доказательства. В ситуациях, когда сторона просит использовать срочные обеспечительные меры и суд не прибегает к вызову сторон, подобные доказательства также, скорее всего, будут приняты и оценены судом.

Важно знать, что в некоторых государствах существуют способы истребования информации через суд. В англосаксонских странах самый распространенный вариант – иски о раскрытии документов, известные как Norwich Pharmacal order. Целью данного иска является получение приказа о раскрытии должником (и его директорами и секретарями), а также третьими лицами, вовлеченными в операции с должником, сведений о его активах. В континентальных странах аналогичные иски есть не везде, что затрудняет процедуру сбора документов через суд.

В США обычно подается аналогичный иск по ст. 1782 Кодекса США (Section 1782 of Title 28 of the United States Code), в рамках которого запрашивается информация у американских банков-корреспондентов, участвовавших в денежных переводах должника в долларах США. Такая информация позволяет установить последующих (и часто конечных) получателей денежных средств, что облегчает наложение на них ареста и последующее взыскание.

Доказательства, получаемые в результате подобных процедур раскрытия, могут быть использованы в любых последующих процессах, причем вероятность их принятия судами и арбитрами очень высока.

СУДЕБНЫЕ РЕСУРСЫ ОФШОРОВ В ПОМОЩЬ ЗАРУБЕЖНЫМ ВЗЫСКАТЕЛЯМ

Carey Olsen

Изабелла Прусская
адвокат

Денис Олару
советник

Британские Виргинские Острова (БВО) и Каймановы Острова считаются одними из наиболее популярных в мире офшорных зон. Правовые системы данных стран базируются на английском общем праве и принципах справедливости и дополнены законами, принятым местными законодательными органами, а также некоторыми актами парламента Великобритании.

Судебные системы БВО и Каймановых Островов – состязательные. Процесс контролируется одним судьей, который рассматривает письменные и устные доказательства и аргументы, прежде чем вынести решение.

Процессуальные правила обеих юрисдикций предусматривают взаимное раскрытие информации по ходу судебного процесса. Од-

нако зачастую сведения могут потребоваться до начала судебных действий: чтобы определить наличие активов и целесообразность иска, обеспечить сохранность этих активов и даже инициировать собственно судебный процесс. Такую информацию, как правило, добровольно не раскрывают, а обязательства по ее предоставлению в рамках судебного процесса неактуальны до его начала. В подобных случаях потенциальные истцы вправе воспользоваться открытыми источниками информации и прибегнуть к некоторым особым правовым приемам.

> **«Информация – наиболее ценный из известных мне товаров»**
> *Цитата из фильма «Уолл-стрит», 1987*

Хотя диапазон общедоступных сведений о компаниях и активах на БВО и Каймановых Островах не так широк, как в других юрисдикциях, такая информация все же существует и может оказаться полезной. Источники, в которых ее можно найти:

- **Земельный кадастр.** Доступен в обеих юрисдикциях, хотя объем данных несколько различается. Требует личного присутствия;
- **Авиационный реестр Каймановых Островов.** Содержит информацию о 282 воздушных судах, включая наименования компаний-владельцев и серийные номера. Доступен онлайн;
- **Реестр морских судов.** Доступен в обеих юрисдикциях. Здесь указываются регистрация яхт и иных судов, а также ипотека и залог, наложенные на зарегистрированные суда;
- **Коммерческий реестр.** Содержит сведения о компаниях, зарегистрированных на БВО и Каймановых Островах: регистрационный номер, юридический адрес, дату регистрации, статус и уставной капитал (последнее – только на БВО);
- **Реестр директоров.** Общедоступен на Каймановых Островах.

Таким образом, достаточно много сведений можно получить из публичных реестров. Однако более конфиденциальная информация (в частности, имена акционеров и бенефициаров компаний, данные о банковских счетах) доступна лишь через суд.

Все тайное становится явным

Как показывает дело БТА Банка[1], если компания, зарегистрированная на БВО, подозревается в мошенничестве, возможно вынесение Norwich Pharmacal order[2] в отношении регистрационного агента данной компании. Такое определение принуждает регистрационного агента раскрыть конфиденциальную информацию о компании (реестры акционеров, конечных бенефициаров и директоров). Аналогичный прием применим на Каймановых Островах.

Norwich Pharmacal order – это определение суда о раскрытии информации лицом, не являющимся стороной по делу, которое выдается для того, чтобы помочь потенциальному истцу получить сведения, необходимые для подачи иска. В большинстве случаев лицо, в отношении которого выносится определение, знает, кто совершил правонарушение, а пострадавшее лицо не может получить эти данные самостоятельно. Таким образом, в отсутствие определения Norwich Pharmacal пострадавший не способен защитить нарушенные права.

Существует три основных условия для вынесения определения Norwich Pharmacal:

- имело или предположительно имело место правонарушение;
- определение необходимо для обеспечения возможности подачи иска против правонарушителя;
- лицо, в отношении которого выносится определение, вовлечено в правонарушение.

В упомянутом выше деле БТА Банка Восточно-Карибский Верховный апелляционный суд вынес Norwich Pharmacal order в отношении регистраци-

[1] *JSC BTA Bank v. Fidelity Corporate Services Limited et al, BVIHCVAP 2010/0035. Дело касалось компаний, созданных для мошеннических действий. Несмотря на то что регистрационный агент не совершил преднамеренных правонарушений, суд постановил, что требования для вынесения определения были соблюдены.*

[2] *Norwich Pharmacal Co. & Others v. Customs and Excise Commissioners [1974], UKHL 6.F.*

онного агента. В соответствии с этим определением регистрационный агент был обязан раскрыть документы, содержащие имена директоров и акционеров ряда компаний, зарегистрированных на БВО.

Получить определение Norwich Pharmacal можно достаточно оперативно, зачастую всего за несколько дней. При этом заявитель обеспечивает оплату разумных расходов регистрационного агента, понесенных в связи с раскрытием требуемых сведений. Ставшую известной информацию разрешается использоваться только в указанных в определении целях. В Norwich Pharmacal order может содержаться запрет регистрационному агенту уведомлять клиента о факте определения — например, если есть основания полагать, что иначе активы будут выведены из-под взыскания.

> **«В моем словаре нет слова “невозможно”»**
> *Фраза, приписываемая Наполеону Бонапарту*

Norwich Pharmacal order, направленный против регистрационного агента, зачастую не предоставляет финансовой информации о предполагаемом ответчике. Однако есть альтернативные способы получения такой информации.

Юрисдикция Bankers Trust[3] позволяет заявителю обратиться с ходатайством о вынесении постановления в отношении банка третьей стороны и требованием раскрытия банковских документов оппонента. Для получения такого определения в отношении клиента банка, подозреваемого в мошенничестве, нужны веские основания полагать, что:

- данное имущество принадлежит истцу;
- истец был лишен его обманным путем;
- задержка в получении информации может привести к растрате средств, прежде чем дело дойдет до суда.

Должна также существовать реальная перспектива того, что искомая информация может привести к обнаружению или сохранению активов, в отношении которых истец может предъявить имущественный иск.

«Черные лебеди» (Black Swan Orders)

В дополнение к вышеуказанным способам получения информации на БВО и Каймановых Островах ордер на раскрытие информации об активах ответчика может быть выдан в рамках досудебного приказа о заморозке таких активов. Действие обеспечительного ордера может распространяться как на непосредственно принадлежащие ответчику активы, так и на те, которыми он вправе распоряжаться, как если бы владел ими.

Суды БВО в течение практически 10 лет выносили подобные определения в поддержку зарубежных судебных процессов (при отсутствии какого-либо иска на БВО) на основе общей юрисдикции. Существование этой юрисдикции было установлено судебным решением в деле «Черного лебедя».

Однако в мае 2020 года, рассматривая дело Broad Idea International Limited v. Convoy Collateral Limited, Апелляционный суд БВО постановил, что решение по делу «Черного лебедя» было ошибочным, и высказал мнение, что именно законодательный орган БВО должен предоставить судам необходимые полномочия на законодательном уровне.

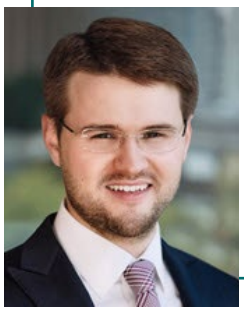
В январе 2021 года законодатели БВО приняли важную поправку к Закону о Восточно-Карибском Верховном суде: теперь суд БВО обладает юрисдикцией для предоставления помощи в целях содействия существующему или потенциальному иностранному судебному производству. Это важное нововведение, которое на законодательном уровне закрепило юрисдикцию «Черного лебедя». На Каймановых Островах аналогичная юрисдикция законодательно закреплена в ст. 11а Закона о Верховном суде.

Таким образом, как на БВО, так и на Каймановых Островах существуют эффективные способы получения информации об активах должников.

[3] *Bankers Trust v. Shapira [1980], 1 WLR 1274 (CA).*

ПАРАЛЛЕЛЬНЫЕ ПРОЦЕССЫ ДЛЯ ПОДДЕРЖКИ РОССИЙСКИХ БАНКРОТСТВ И РАСКРЫТИЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ

Baker McKenzie, Москва



Павел Новиков
партнер

Юлия Скитева
юрист практики по банкротствам и поиску активов

В российских реалиях все чаще встречаются ситуации, когда контрагенты по гражданско-правовым договорам злоупотребляют своими правами с целью уйти от исполнения обязательств. Так, кредиторы, обращаясь в суд для принудительного взыскания долга, нередко сталкиваются с тем, что у должника отсутствуют денежные средства или имущество на территории России, на которое можно обратить взыскание.

Чаще всего отсутствие имущества объясняется тем, что должник в преддверии своего банкротства тем или иным способом переводит активы в иностранные юрисдикции. Одним из способов возврата такого имущества и получения кредиторами удовлетворения своих требований является возбуждение в отношении должника процедуры банкротства. В рамках процедуры российского банкротства арбитражные управляющие и кредиторы все чаще прибегают к правовым механизмам, направленным на поиск и возврат имущества, находящегося не только в России, но и за рубежом. Учитывая, что одной из самых популярных юрисдикций для сокрытия активов должника является Великобритания, в настоящей статье проанализированы основные способы поиска и сбора активов российских должников в английской юрисдикции.

Признание российского банкротства в Англии

Самым распространенным способом собрать информацию об активах российского должника в Великобритании и наложить на них арест является обращение управляющих и кредиторов в английский суд с заявлением о признании российской процедуры банкротства на территории Великобритании.

В настоящее время отсутствует двустороннее соглашение между Великобританией и Россией, регулирующее процедуру взаимного признания банкротств. Согласно практике английских судов правила признания иностранных банкротств в Великобритании регулируются в первую очередь Типовым законом ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности[1], имплементированным в английское законодательство Регламентом о трансграничной несостоятельности 2006 года[2].

[1] *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency 1997.*
[2] *The Cross-Border Insolvency Regulations 2006 (SI 2006/1030).*

Для удовлетворения заявления о признании российского банкротства необходимо представить английскому суду документы, подтверждающие, что:

• российское судебное решение о банкротстве имеет силу и может быть приведено в исполнение в России;

• лицо, испрашивающее признание российского банкротства, является управляющим по делу о банкротстве;

• должник имеет центр своих основных интересов или осуществляет постоянную экономическую деятельность в России;

• должник живет, ведет хозяйственную деятельность либо имеет активы в Великобритании.

Признание английским судом российского банкротства влечет за собой запрет кредиторам обращать взыскание на активы должника в Англии в обход российской конкурсной массы, предоставляет конкурсному управляющему право участвовать в судебных разбирательствах в отношении активов должника в Англии, а также наделяет управляющего полномочиями по поиску активов должника на территории Великобритании.

Несмотря на достаточно небольшой объем доказывания, случаев признания российских банкротств в Англии на сегодняшний день не так много: английский суд имеет неограниченное право отказать в признании российского банкротства, если такое признание будет явно противоречить публичному порядку Великобритании.

Так, юридическому сообществу известно дело о признании банкротства ООО «Дальняя степь» и полномочий его конкурсного управляющего на территории Великобритании. В 2016 году английский суд признал процедуру банкротства и полномочия конкурсного управляющего, придя к выводу, что необходимые критерии для такого признания соблюдены. Однако уже в 2017 году указанное решение было отменено Высоким судом Лондона, так как управляющий умолчал о политическом подтексте преследования бывших контролирующих лиц должника и несообщил о уголовном преследовании этих лиц в России, что было трактовано как нарушение публичного порядка[3].

Временные меры судебной помощи в Англии

Самым эффективным и широко используемым способом поиска активов должника в Великобритании являются так называемые временные меры судебной помощи. По заявлению управляющего должника английский суд может предоставить судебную помощь, если она необходима для сохранения возможности признания и приведения в исполнение судебного решения, принятого в связи с производством по делу о несостоятельности.

Наиболее популярный вид судебной помощи – наложение английским судом всемирного ареста активов должника (worldwide freezing order). Всемирный арест активов налагается судом без предварительного уведомления ответчика. Обычно английский суд применяет такую меру в связи с уже возбужденными разбирательствами в иных юрисдикциях – например, в связи с признанием должника банкротом, привлечением лица к субсидиарной ответственности или взысканием с него убытков.

Для успешного наложения английским судом всемирного ареста на имущество должника заявителю необходимо доказать следующие обстоятельства:

• иск заявителя к ответчику обоснован и убедителен, у заявителя есть реальная возможность выиграть дело;

• у ответчика имеются активы в Англии, но их недостаточно, чтобы удовлетворить требования заявителя;

• у должника с высокой степенью вероятности есть активы за рубежом;

• существует реальный риск утраты или сокрытия активов ответчика;

• наложение ареста будет справедливым (заявитель не злоупотребляет своими правами, права третьих лиц не нарушаются арестом, налагаемые ограничения являются соразмерными).

Всемирный арест активов адресован непосредственно ответчику, а не государственным органам

[3] *Cherkasov & Ors v. Olegovich, the Official Receiver of Dalnyaya Step LLC [2017] EWHC 3153 (Ch) (05 December 2017).*

или организациям. За нарушение ответчиком налагаемых английским судом запретов или ограничений предусмотрена серьезная ответственность. Помимо штрафа или конфискации имущества к нарушителю может быть применено наказание в виде заключения под стражу за неуважение к суду.

Наложение всемирного ареста обычно сопровождается приказом о раскрытии ответчиком информации о его активах по всему миру. В частности, английский суд наложил всемирный арест на имущество Георгия Беджамова, совладельца обанкротившегося ООО «Внешпромбанк», одновременно с приказом о раскрытии информации о его активах[4]. В обоснование заявления Внешпромбанк, помимо прочего, указал, что в рамках процедуры банкротства идет спор о взыскании с г-на Беджамова 116,6 млрд руб. за мошеннические действия, которые привели к убыткам банка.

Указанное дело примечательно также тем, что английский суд обозначил принципы, определяющие, на какую сумму должны быть ограничены ежемесячные расходы ответчика по заявлению об аресте активов. Так, г-н Беджамов и его семья вели роскошный образ жизни, который включал в себя содержание элитных домов на Мейфэр и в Монако, частных самолетов и яхт. В связи с этим у сторон возник спор, какую сумму г-ну Беджамову будет разрешено ежемесячно тратить на проживание. Английский суд пришел к выводу, что разумные расходы на проживание – такие, которые ответчик фактически несет в рамках своего обычного образа жизни (неважно, является он роскошным или нет); суд не вправе оценивать, являются ли такие расходы объективно разумными, а также снижать уровень жизни ответчика только на основании того, что к нему предъявили иск.

Раскрытие документов в рамках отдельного английского спора

Наименее очевидный, но эффективный способ получения информации об активах должника в Великобритании – возбуждение в английском суде отдельного дела против должника (например, о взыскании задолженности или убытков).

Английский судебный процесс содержит обязательную стадию раскрытия сторонами документов, имеющих отношение к судебному разбирательству (disclosure procedure). В рамках указанной стадии каждой стороне необходимо представить все документы, как благоприятные, так и неблагоприятные для их позиции, которые имеют отношение к предмету судебного разбирательства. Именно в это время кредиторы или управляющий могут получить информацию об активах должника, скрытых в иностранных юрисдикциях.

После инициирования судебного процесса и обмена сторонами процессуальными документами начинается стадия раскрытия доказательств, в рамках которой стороны формируют и согласовывают список вопросов для раскрытия. После этого суд проводит конференцию со сторонами и выбирает одну из пяти моделей раскрытия доказательств:

- модель A: наиболее ограниченная модель, в которой раскрываются только известные неблагоприятные документы – те, о которых стороне известно, которые находятся под ее контролем и неблагоприятны для ее позиции;
- модель B: раскрываются документы, на которые опирается сторона, и документы, необходимые для понимания смысла ее аргументации;
- модель C: раскрываются конкретные документы, которые относятся к конкретному аспекту дела, предполагающему такое раскрытие;
- модель D: раскрытие, требующее от стороны произвести поиск документов и предоставить те из них, которые могут положительно или отрицательно отразиться на позициях сторон;
- модель E аналогична модели D, но шире: здесь раскрываются также те документы, которые способны повлечь дополнительные запросы, в результате которых могут быть определены другие документы, требующие раскрытия.

После формирования массива документов согласно выбранной модели стороны обмениваются ими между собой. Когда сторона производит

[4] *Vneshprombank LLC v. Bedzhamov & Ors [2019] EWCA Civ 1992 (19 November 2019).*

раскрытие, она должна включить в состав передаваемых документов подписанное свидетельство о том, что она исполнила свои обязательства по раскрытию. Подписание свидетельства, содержащего заведомо недостоверные сведения, квалифицируется как неуважение к суду и наказывается штрафом и/или лишением свободы.

Заключение

В ситуации, когда должник, признанный банкротом в России, успел вывести свои активы в английскую юрисдикцию, кредиторам непросто найти их и вернуть в конкурсную массу. Зачастую управляющие и кредиторы не хотят обращаться в английские суды за содействием, боясь увеличить текущие издержки и впоследствии получить отказ.

Безусловно, для инициирования процессов в Великобритании необходимо соотнести объем потенциального взыскания и судебных издержек. Однако, если у кредиторов есть веские основания полагать, что российский должник владеет в Англии имуществом, которое может покрыть как судебные издержки, так и часть требований кредиторов, целесообразно использовать максимально доступный инструментарий для поиска и возврата такого имущества в конкурсную массу. При добросовестном и качественном сборе доказательственной базы вполне реально оперативно заморозить английские активы должника и получить обширную информацию о нахождении таких активов не только в Англии, но и за рубежом еще до признания российского банкротства английским судом.

Отметим, что нам в результате активной работы в Англии (даже на начальных стадиях) часто удавалось получить возврат долгов – как правило, с определенной скидкой – после успешно наложенных арестов на активы бенефициаров, а также по результатам проведенного процесса раскрытия доказательств (disclosure procedure). Эта работа может быть весьма эффективной и до завершения всех необходимых стадий взыскания долгов за рубежом или приведения в исполнение решений российских судов.

Кроме того, вернуть активы можно в рамках отдельного процесса в Англии, используя стадию раскрытия документов. Однако стоит помнить: в случае взыскания кредитором денежных средств с должника в английском процессе в обход очередности, установленной российскими нормами о банкротстве, существует высокий риск оспаривания такого взыскания в России.

ОБ ОСОБЕННОСТЯХ ВЗЫСКАНИЯ ЗАДОЛЖЕННОСТИ В КАЗАХСТАНЕ

Бахыт Тукулов
партнер
Tukulov & Kassilgov Litigation

В настоящей статье мы расскажем об основных преимуществах и недостатках системы разрешения споров, действующей в Республике Казахстан (далее – РК), в контексте обращения взыскания на расположенные в стране активы.

Основные трудности, с которыми могут столкнуться взыскатели в РК, сводятся к следующему:

- недостаточная эффективность судов, риски коррупции и воздействия на суд, а также их «инициативность»;
- отсутствие достаточной ясности в законодательстве и судебной практике по широкому кругу простых вопросов;

• высокая государственная пошлина при подаче исков по гражданским делам;

• относительно короткие сроки гражданского судопроизводства.

К числу преимуществ рассмотрения споров в республике Казахстан относятся:

• наличие суда / международного арбитража при Международном финансовом центре «Астана» (МФЦА);

• эффективная система исполнения судебных актов (частные судебные исполнители);

• относительная простота получения обеспечительных мер по гражданским делам;

• большое число признаний и принудительных исполнений решений иностранных арбитражей;

• широкое применение соглашений об урегулировании спора в порядке медиации;

• использование электронных систем в судопроизводстве.

Рассмотрим эти аспекты детальнее.

Основные трудности

Недостаточная эффективность судов, риски коррупции и воздействия на суд, а также их «инициативность»

В РК достаточно много хороших судей и секретарей, встречаются блестящие специалисты. Тем не менее качество судопроизводства может сильно отличаться от судьи к судье даже в одном и том же суде. К примеру, не стоит удивляться неполучению повестки в суд либо ее получению много позже судебного заседания. Даты судебных заседаний придется контролировать самостоятельно, названивая секретарю судьи. Конечно, несвоевременное уведомление о дате заседания служит процессуальным основанием для переноса такой даты, а впоследствии и для отмены судебного акта, однако на практике это вряд ли произойдет. Не следует ожидать, что суд направит вам все документы, приложенные к иску, поэтому необходимо самостоятельно изучить материалы дела. Деятельность секретаря требует отдельного контроля: например, нужно проследить за тем, чтобы он распечатал все документы, направленные в электронном виде, вовремя вручил другой стороне повестку, правильно ее заполнил и т.д.

Риски коррупции и воздействия на суд

Коррупция в судах РК встречается нередко, причем на разных уровнях судебной системы.

Отдельную сложность представляет разрешение гражданских дел, в которых ответчиками выступают государство и/или компании, аффилированные с государством, в частности дела об оспаривании действий органов власти. Большинство судей опасаются выносить решения против государства и аффилированных с ним компаний.

«Инициативность» судов

Изменения в Гражданский процессуальный кодекс РК (ГПК), принятые в июне 2020 года, перенесли фокус судопроизводства с «состязательного процесса» на «полное и объективное исследование обстоятельств дела». Внедрена так называемая активная роль суда, задача которого – разобраться во всех обстоятельствах дела.

Теперь суд, занимая активную позицию, вправе, помимо прочего, уточнять позицию сторон, истребовать и оценивать доказательства по собственной инициативе, в том числе назначать экспертизы, допрашивать свидетелей, совершать иные аналогичные процессуальные действия.

К примеру, суд может поставить под сомнение подлинность договора, даже если ответчик ее не отрицает. Результатом такого подхода может стать возникновение ситуации, когда оппонентом в суде окажется не только другая сторона, но и сам судья.

Отсутствие достаточной ясности в законодательстве и судебной практике по широкому кругу простых вопросов

Основная трудность в толковании и применении норм права в РК заключается в том, что суды РК не всегда следуют сложившейся судебной практике (утверждая, что «у нас не прецедентная система»). При этом в соответствии с ч. 6 ст. 438 ГПК нарушение единообразия в толковании и применении норм служит основанием для пересмотра судебных актов в кассационном порядке.

Верховный суд РК принимает нормативные постановления, которые являются частью действующего права, но многие вопросы процессуального

и материального права они не регулируют. К примеру, в РК нет нормативных постановлений по вопросам исковой давности, судебных экспертиз по гражданским делам, многим другим базовым вопросам.

Суды разных уровней выпускают различные обзоры практики, которые не систематизируются в понятной форме и обязательной силы не имеют. В итоге по одним и тем же достаточно распространенным ситуациям нередко можно найти два прямо противоречащих друг другу судебных акта даже на уровне Верховного суда РК. Подобное положение дел затрудняет возможность прогнозирования позиции суда при принятии бизнес-решений.

В частности, многие вопросы приобщения доказательств урегулированы недостаточно четко: неясно, какими критериями должен руководствоваться суд при приобщении к делу скриншотов переписки, электронных сообщений. Некоторые судьи их приобщают, а некоторые нет. Суды занимают противоречивую позицию и в отношении скрытой записи. Несмотря на то что ограничение существует в отношении записей, содержащих личные сведения, суд может отказать и в приобщении записи делового характера.

Существующие стандарты доказывания[1] практически не применяются, но и по иным стандартам понимания нет. Отдельного внимания заслуживает возмещение судебных расходов. Таких вопросов множество.

Высокая государственная пошлина при подаче исков по гражданским делам

Предъявление в РК имущественных требований (например, иски о взыскании денег, об обращении взыскания на имущество, о признании недействительными сделок при условии одновременного требования приведения сторон в первоначальное положение и др.) затруднено непривычно высокой государственной пошлиной, подлежащей оплате при подаче иска: она составляет 3% от суммы исковых требований для юридических лиц и 1% для физических лиц. При этом верхний предел такой пошлины не установлен. Истцы из некоторых стран СНГ вправе оплачивать государственную пошлину в меньших размерах в соответствии с международным договором[2].

Уплачивается также государственная пошлина в размере 1,5% от оспариваемой суммы при подаче ходатайств в Верховный суд РК о пересмотре судебных актов в кассационном порядке, а также ходатайств председателю Верховного суда РК о внесении представления о пересмотре судебных актов. Причем пошлина не возвращается, если в удовлетворении ходатайства по результатам его рассмотрения отказано.

Достаточно часто практикуется предъявление имущественных требований в части (чтобы получить судебный акт, имеющий преюдициальное значение, либо «протестировать» должника на наличие активов в рамках исполнительного производства).

Относительно короткие сроки гражданского судопроизводства

Суды РК очень строго соблюдают процессуальные сроки рассмотрения гражданских дел – практически день в день. Суд первой инстанции обязан рассмотреть дело в течение трех-четырех месяцев (20 рабочих дней на подготовку с правом продления дополнительно на 30 дней плюс два месяца на рассмотрение по существу). Суд апелляционной инстанции по закону ограничен сроком в два месяца. Указанного времени порой недостаточно для сложных споров, споров с участием большого количества сторон, нерезидентов (суды не всегда приостанавливают дела для вручения повесток за рубежом) и т.д.

Нечасто суд апелляционной инстанции досконально разбирается в обстоятельствах дела в силу сильной перегруженности. Суд кассационной инстанции (Верховный суд РК) пересматривает судебные акты в порядке ходатайств, однако существует мнение, что около 90% всех ходатайств отклоняется, что расслабляет нижестоящие суды. Подобная ситуация не создает условий для качественного судопроизводства.

---

[1] Существующий стандарт доказывания предусмотрен ч. 6 ст. 68 ГПК: «Совокупность доказательств признается достаточной для разрешения гражданского дела, если собраны относящиеся к делу допустимые и достоверные доказательства, неоспоримо подтверждающие обстоятельства, имеющие значение для дела и не опровергнутые другой стороной». Между тем на практике стандарты доказывания очень размыты.

[2] См. Соглашение о размере государственной пошлины и порядке ее взыскания при рассмотрении хозяйственных споров между субъектами хозяйствования разных государств (Ашхабад, 24 декабря 1993 года).

Основные преимущества

Наряду с недостатками в системе разрешения споров РК есть и свои преимущества.

Суд / международный арбитраж при Международном финансовом центре «Астана»

Отдельно от судебной системы РК существует Суд Международного финансового центра «Астана» (МФЦА). Основная особенность Суда МФЦА заключается в следующем:

• суд рассматривает в основном договорные споры;

• дела ведут судьи в отставке из Англии, США, Сингапура и других юрисдикций;

• язык судопроизводства – английский;

• правила судопроизводства Суда МФЦА схожи с правилами судов Англии и Уэльса;

• правила судопроизводства в некоторой степени допускают возможность судебного прецедента;

• решение Суда МФЦА приравнивается к решениям государственных судов РК.

Правила судопроизводства Суда МФЦА отличаются заметной гибкостью в процессуальных моментах – например, при сборе доказательств (ограниченная возможность discovery – запрос на предоставление другой стороной определенной категории доказательств, в том числе тех, которые направлены против интересов такой стороны). В правилах также делается серьезный акцент на допрос свидетелей (предусмотрена процедура перекрестного допроса). Существуют и другие особенности[3].

Суд МФЦА имеет юрисдикцию рассматривать следующие категории споров:

• при наличии соглашения сторон (без привязки сторон к МФЦА);

• при выборе права МФЦА в качестве применимого к договору;

• спор вытекает из сделки, совершенной на территории МФЦА;

• спор между компаниями, зарегистрированными в МФЦА, с участием органов МФЦА, их иностранных работников.

Суд МФЦА не взимает сборы за подачу исков, их администрирование и проведение слушаний до 31 декабря 2021 года. Размер сбора является регрессивным и может быть привлекательным при высокой сумме спора.

Система исполнения судебных актов (частные судебные исполнители)

Система исполнительного производства в РК предусматривает два вида судебных исполнителей (по российской терминологии – судебных приставов): частные (ЧСИ) и государственные (ГСИ).

ЧСИ – лицензированные частные лица, компетентные исполнять судебные акты в отношении юридических и физических лиц за исключением судебных актов, помимо прочего, о взыскании с государства, а также юридических лиц, аффилированных с государством. Упомянутые категории исполнительных производств, исключенных из компетенции ЧСИ, относятся к компетенции ГСИ.

Взыскатель вправе выбрать любого ЧСИ по месту предъявления исполнительного листа к исполнению и заключить с ним договор. Если по каким-либо причинам ЧСИ не устраивает взыскателя, последний может потребовать возвращения исполнительного листа и нанять другого ЧСИ.

---

[3] Более подробно про Суд МФЦА см.: https://forbes.kz//life/observation/o_sude_i_arbitraje_pri_mftsa_chto_oni_dayut_kazahstanskomu_biznesu/.

Прим. ред.: про суд МФЦА также см. публикации в нашем журнале:
Campbell-Holt, C. A Modern Business Climate in Kazakhstan for the Oil & Gas Sector: Dispute Resolution at the AIFC, Arbitration.ru Journal by the Arbitration Association. // Доступно по адресу: https://journal.arbitration.ru/analytics/a-modern-business-climate-in-kazakhstan-for-the-oil-gas-sector-dispute-resolution-at-the-aifc/.
Lord Woolf. "A New Commercial Court for Nur-Sultan", speech at M. Narikbayev KazGUU University on 17 September 2019 in Nur-Sultan, Kazakhstan, Arbitration.ru Journal by the Arbitration Association. // Доступно по адресу: https://journal.arbitration.ru/reviews/a-new-commercial-court-for-nur-sultan.
Artyukhov D. Astana - the new world arbitration centre?, Arbitration.ru Journal by the Arbitration Association. // Доступно по адресу: https://journal.arbitration.ru/reviews/astana-the-new-world-arbitration-centre.

Выбирать ЧСИ следует тщательно, поскольку их уровень квалификации сильно отличается.

Стоимость услуг ЧСИ по имущественным спорам варьируется по регрессивной шкале в размере от 25 до 3% от фактически взысканной суммы, но не более 68 тыс. долл. Гонорар ЧСИ взыскивается с должника пропорционально сумме взыскания. Подобная система обеспечивает достаточно высокую эффективность исполнения судебных актов.

Относительная простота получения обеспечительных мер по гражданским делам

Суды РК часто принимают обеспечительные меры по заявлению сторон. Обеспечительная мера в виде ареста имущества, принадлежащего ответчику, принимается в рамках имущественных требований и считается одной из наиболее эффективных.

Законодательство РК позволяет принимать обеспечительные меры в пользу арбитражных разбирательств, в том числе иностранных. Подобная практика судов РК достаточно распространена.

Принятые судом обеспечительные меры не должны приводить ответчика (юридическое лицо или индивидуального предпринимателя) к банкротству или нарушению нормальной производственной деятельности, нарушению законных прав и интересов других лиц, способствовать рейдерству (незаконному захвату имущества ответчика). Временами суды отказывают в принятии обеспечительных мер на этом основании.

Однако понять, почему в одном случае суд заявление удовлетворил, а в другом – отказал, бывает сложно. Четкой и последовательной практики судов РК в этом вопросе нет.

Если заявление об обеспечении иска подано вместе с иском, суд разрешает такое заявление одновременно с принятием иска в производство, рассматривая его ex parte (без вызова другой стороны). Поэтому подача заявления о принятии обеспечительных мер вместе с иском наиболее эффективна.

Высокая статистика признания и принудительного исполнения решений иностранных арбитражей

Суды РК признают и принудительно исполняют большинство таких заявлений: по приблизительным подсчетам, с 1 января 2016 года было признано и принудительно исполнено около 89% всех заявлений.

Однако среди 11% оставленных без удовлетворения могли быть наиболее значимые по сумме. Причем по мере увеличения суммы, которая заявлена к принудительному исполнению, риск отказа растет (по причинам, указанным выше). Также могут возникать трудности с признанием и принудительным исполнением решений в отношении государства и квазигосударственных компаний.

Одно из главных преимуществ процедуры признания и принудительного исполнения решений в РК заключается в том, что определение суда первой инстанции подлежит немедленному исполнению, несмотря на его дальнейшее обжалование. Это дает серьезные тактические выгоды взыскателям-нерезидентам: можно успеть взыскать активы до того, как суд апелляционной инстанции разрешит частную жалобу должника на определение суда первой инстанции.

Широкое применение соглашений об урегулировании спора в порядке медиации

В силу высокой государственной пошлины в РК популярны соглашения об урегулировании споров в порядке медиации (если соглашение заключается после возбуждения производства по делу, оно утверждается судом).

Основными преимуществами таких соглашений являются:

- полное/частичное возвращение государственной пошлины;
- возможность выходить за пределы исковых требований (учитывая поддержку внесудебных методов урегулирования споров со стороны судов, они всячески поощряют медиацию и минимально контролируют содержание соглашений);
- фактическая невозможность оспаривания соглашений, утвержденных судом (поскольку отсутствует позиция судов в отношении того, можно ли такие соглашения оспаривать, в каких случаях и т.д.).

Широкое использование электронных систем в судопроизводстве

Электронные системы в судах РК применяются достаточно широко. Во время эпидемии COVID-19 суды РК полностью перешли к судопроизводству в формате онлайн.

В РК функционирует электронная система «Су-

дебный кабинет», которая позволяет вести поиск дел по реквизитам сторон, подавать и принимать различные процессуальные документы, в том числе получать у доверителя доверенность с помощью электронной цифровой подписи и т.д.

Тем не менее сами гражданские дела ведутся на бумаге, и для ознакомления с материалами придется явиться в суд. В настоящее время в тестовом режиме запущена система электронного гражданского дела.

Также обсуждается возможность внедрения электронной юрисдикции – перераспределения гражданских дел менее загруженным судам РК. Подобная мера способна снизить риск коррупции, но может и отразиться на качестве судопроизводства.

Заключение

Система разрешения споров РК находится в постоянной динамике. У нас высокие ожидания от инициатив Верховного суда РК по дальнейшей цифровизации судопроизводства. Деятельность Высшего судебного совета РК по отбору судей дает прекрасные результаты. Суд МФЦА нарабатывает практику, увеличивается количество дел. В РК происходит множество позитивных изменений в области гражданского судопроизводства, и вкупе они демонстрируют серьезную положительную динамику. А значит, есть надежда на скорейшее решение проблем, описанных в настоящей статье.

АНАЛИТИЧЕСКИЙ ОБЗОР НЕКОТОРЫХ СУДЕБНЫХ АКТОВ В СФЕРЕ ТРАНСГРАНИЧНОГО БАНКРОТСТВА

Евгений Орлов
юрист, Lidings

На процедуры банкротства, проводимые в России, существенное влияние оказывают судебные процессы, инициированные как в российской, так и в иностранной юрисдикции. Такие процессы могут послужить основанием для отказа во введении процедуры, стать препятствием против оспаривания сделки. В настоящей статье мы рассмотрим несколько примеров из судебной практики, когда в ход российских процессов по делу о банкротстве вмешивались иностранные тяжбы.

Отказ во введении процедуры

В отношении ООО «Прогресс-Студия», которое занималось съемками популярного сериала «Улицы разбитых фонарей», было подано заявление от имени иностранного банка East-West United Bank S.A. (EWUB) о признании банкротом. «Прогресс-Студия» выступала в качестве поручителя по обязательствам основного заемщика EWUB – New Century Distribution LLC, аффилированного с компанией.

Постановлением Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 15 июля 2020 года по делу № А56-110498/2019 EWUB было отказано во введении процедуры наблюдения в отноше-

нии «Прогресс-Студии», дело о банкротстве было прекращено. Арбитражный суд Северо-Западного округа постановлением от 2 ноября 2020 года оставил указанное постановление без изменения.

До подачи заявления о признании «Прогресс-Студии» банкротом EWUB обращался за выдачей исполнительного листа на принудительное исполнение решения Лондонского международного арбитражного суда от 11 декабря 2018 года по делу № 183891, которым с «Прогресс-Студии», а также с иных сопоручителей и основного должника, New Century Distribution LLC, были взысканы денежные средства в размере около 9 млн долл. Несмотря на имеющееся решение Лондонского арбитража, Арбитражный суд г. Москвы определением от 6 декабря 2019 года по делу № А40-30440/2019 отказал в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда. Ключевым доводом для отказа стало то, что основной должник (New Century Distribution LLC), зарегистрированный в Швейцарии, находился в процедуре банкротства. Следствием процедуры банкротства основного должника являлся мораторий на взыскание задолженности как с самого должника, так и с поручителей по его обязательствам, к числу которых относилась «Прогресс-Студия». В связи с этим Арбитражный суд г. Москвы отказал в признании решения Лондонского арбитража как противоречащего публичному порядку.

В свою очередь, Тринадцатый арбитражный апелляционный суд, отказывая EWUB во введении процедуры наблюдения, указал, что решение Лондонского арбитража хоть и не положено в основу заявления о признании банкротом, но не может быть проигнорировано. Тот факт, что в принудительном исполнении решения Лондонского арбитража было отказано, является решающим при установлении возможности введения процедуры. Суд сделал вывод, что *«задолженность, не способная к принудительному взысканию на территории Российской Федерации, не может быть учтена при определении признаков банкротства российской организации»*. По сути, апелляционный суд указал, что подобная задолженность не может быть «излечена» путем включения ее в реестр требований кредиторов.

Однако кассационный суд пришел к неверному выводу о том, что иностранный банк не может обратиться с требованием о признании должника банкротом по той же процедуре, что и российские банки, – без предварительного получения решения о взыскании задолженности. Такая практика уже долгое время признается неверной, и российские суды, напротив, указывают, что при возбуждении дела о банкротстве иностранные банки пользуются теми же процессуальными привилегиями, что и их российские коллеги[1].

Неисключительная банкротная подсудность

В рамках дела о банкротстве Международного банка Санкт-Петербурга (МБСП) № А56-140063/2018 конкурсный управляющий в лице АСВ обратился с заявлением об оспаривании девяти договоров на продажу облигаций, заключенных между МБСП и компанией RiverRock Securities Ltd (RSL). Все указанные договоры содержали арбитражную оговорку о том, что любые споры, возникающие из них, подлежат разрешению в Лондонском международном арбитраже. Вопреки указанной оговорке конкурсный управляющий МБСП подал заявление об оспаривании договоров на продажу облигаций по специальным основаниям Закона о банкротстве в рамках возбужденного в России дела о банкротстве МБСП.

Посчитав, что подача заявления об оспаривании сделок в рамках дела о банкротстве[2] МБСП нарушает арбитражную оговорку, компания RSL обратилась с ходатайством об антиисковом запрете (anti-suit injunction, ASI) в Высокий суд Лондона. Удовлетворяя это ходатайство, Лондонский суд отметил, что поданное конкурсным управляющим заявление является иском

---

[1] *См., например, дело Банка Кипра № А41-15150/2015, Чешского экспортного банка № А40-125301/2015, PNB Banka № А40-263943/2020 и т.д.*

[2] *Федеральный закон от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».*

в рамках дела о банкротстве по логике как российского, так и английского права. Пока в заявлениях конкурсного управляющего содержатся требования, которые Лондонский арбитраж вправе удовлетворить самостоятельно без влияния на права третьих лиц – кредиторов МБСП, успешное разбирательство в арбитраже будет выгодно для кредиторов. Отдельно Высокий суд Лондона отметил, что в настоящем случае отсутствует какой-либо элемент публичного порядка, который бы препятствовал признанию и исполнению решения Лондонского арбитража в России.

В результате принятого антиискового запрета АСВ было вынуждено отказаться от требования о признании девяти договоров на продажу облигаций недействительными в рамках дела о банкротстве МБСП и продолжить этот контрактный спор в Лондонском арбитраже.

Запрет на сепаратное банкротство

Арбитражный суд Свердловской области в рамках дела № А60-14265/2017 решением от 14 ноября 2017 года признал российского предпринимателя, бенефициара крупной свердловской промышленной группы «Генерация» В. В. Лаптева банкротом. Одним из кредиторов должника выступало ПАО «Банк ВТБ». В августе 2018 года ВТБ обратился с заявлением в Высокий суд Лондона об инициировании процедуры банкротства в отношении В. В. Лаптева уже на территории Великобритании. В защиту своей позиции банк ссылался на обратный случай – дело о банкротстве бывшего художественного руководителя Новосибирского театра оперы и балета В. А. Кехмана, связанного с компанией JFC, некогда крупнейшим импортером бананов в Россию, признанной банкротом в 2015 году.
Тогда российские суды не сочли дело о банкротстве в Великобритании причиной для отказа в инициировании соответствующей процедуры в России. По мнению представителей ВТБ, открытие параллельного дела о банкротстве в иной юрисдикции не является нарушением российского Закона о банкротстве, поскольку это делается в целях розыска и обращения взыскания на активы, которые скрываются в рамках российской процедуры банкротства.

В своем решении от 26 февраля 2020 года Высокий суд Лондона, наоборот, указал, что наличие в отношении В. В. Лаптева возбужденного дела о банкротстве на территории Российской Федерации препятствует возбуждению по сути аналогичного дела о банкротстве в Великобритании. В защиту позиции ВТБ приводились доводы о том, что запрет на совершение действий вне рамок уже возбужденного дела о банкротстве касается только случаев, когда кредитор действует исключительно в собственных интересах, а не в интересах всех кредиторов. Английский суд отверг этот довод, указав, что в рамках дела о банкротстве защита интересов всех кредиторов производится утвержденным судом арбитражным управляющим, а не каким-либо отдельным кредитором, хоть и действующим в интересах всех.

МЕХАНИЗМ ПРИВЛЕЧЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ ЛИЦ К СУБСИДИАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ В РОССИИ

Оксана Петерс
партнер,
Eversheds Sutherland

Законодательством России установлено, что контролирующие должника лица (далее – КДЛ) могут быть привлечены к субсидиарной ответственности в банкротстве[1] в порядке главы III.2 Закона о банкротстве по следующим основаниям: за невозможность полного погашения требований кредиторов (ст. 61.11) и за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника (ст. 61.12). Иные виды ответственности, предусмотренные ст. 61.13 (ответственность за нарушение банкротного законодательства) и 61.20 (ответственность за убытки, причиненные должнику) того же закона, не являются субсидиарной ответственностью в банкротстве, поэтому в настоящей статье рассматриваться не будут.

Назначение механизма субсидиарной ответственности в банкротстве удачно, на наш взгляд, охарактеризовал Арбитражный суд Северо-Кавказского округа в одном из своих постановлений: *«Субсидиарная ответственность по делам о банкротстве призвана противодействовать злоупотреблениям корпоративной формой, то есть ситуациям, в которых юридические лица используются для недобросовестных целей, а именно: уклонения от уплаты налогов, избежания необходимости исполнять гражданско-правовые обязательства и т.п. В зарубежных законодательствах для избежания злоупотреблений корпоративной формой применяются юридические конструкции в виде концепции "прокалывания корпоративной вуали" (Англия) или института "пронизывающей ответственности" (Германия)»*[2].

Приведенные выше механизмы привлечения КДЛ к субсидиарной ответственности могут быть реализованы при одновременном наличии следующих обстоятельств[3]:

- ответчик по заявлению о привлечении к субсидиарной ответственности соответствует признакам контролирующего должника лица (ст. 61.10 Закона о банкротстве);
- действия (бездействие) ответчика является противоправным;

---

[1] *Федеральный закон от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».*

[2] *Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24 ноября 2017 года по делу № А22-941/2006.*

[3] *См., например, постановления Арбитражного суда Московского округа от 25 марта 2020 года № Ф05-1597/2016 по делу № А40-161653/2014, Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 2 ноября 2018 года № Ф02-5147/2018 по делу № А33-6226/2017, от 2 ноября 2018 года № Ф02-5147/2018 по делу № А33-6226/2017 и от 2 ноября 2018 года № Ф02-5147/2018 по делу № А33-6226/2017.*

- кредиторы в деле о банкротстве основного должника понесли убытки в связи с противоправными действиями (бездействием) ответчика;
- установлена вина ответчика.

При этом в качестве КДЛ могут выступать как российские физические и/или юридические лица, так и иностранные. Из наиболее известных и актуальных примеров привлечения иностранных юридических лиц в качестве КДЛ к субсидиарной ответственности в банкротстве является дело ООО «Дальняя степь». В начале августа 2017 года Арбитражный суд Калмыкии постановил привлечь к субсидиарной ответственности компании HSBC Management (Guernsey) Limited и ООО «Эйч-эс-би-си Банк (РР)» по долгам калмыцкого ООО «Дальняя степь». Суд «проколол корпоративную вуаль», установив, что иностранные структуры контролировали фирму-должника.

Примером привлечения физических иностранных КДЛ к субсидиарной ответственности является спор о привлечении известного немецкого продюсера Александра ван Дюлмена к субсидиарной ответственности по долгам российского ООО «А-Компани Дистрибуция». Данное дело примечательно, в частности, тем, что судом первой инстанции при разрешении спора были грубо нарушены положения Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 года и российского процессуального законодательства в части извещения иностранных лиц о судебном процессе в России, что было проигнорировано судами вышестоящих инстанций. В результате ответчик узнал о том, что против него вынесено определение о привлечении его к субсидиарной ответственности на сумму более 400 млн руб., за пять дней до истечения срока апелляционного обжалования определения суда первой инстанции.

Многими судами вопросы извещения иностранных лиц о судебном процессе с их участием в России игнорируются, однако мы считаем, что это непосредственно влияет на признание и приведение соответствующего российского судебного акта в исполнение на территории других государств, где, к примеру, может находиться имущество ответчиков.

Общие проблемы привлечения КДЛ к субсидиарной ответственности

Существующие в практике и на уровне закона проблемы привлечения КДЛ к субсидиарной ответственности многочисленны. В основном они сводятся к нарушению баланса интересов между заявителями и КДЛ, выступающими в таких спорах в роли ответчиков. Данные проблемы, безусловно, актуальны и для споров с участием иностранных КДЛ.

Первое, о чем следует сказать, – это объем субсидиарной ответственности КДЛ, который составляет разницу между совокупным объемом требований кредиторов и имущественной массой должника. На практике такая модель приводит к тому, что КДЛ вынужден отвечать в размере, значительно превышающем причиненные его действиями (бездействием) убытки. Более того, КДЛ противопоставляются все требования конкурсных кредиторов, в рассмотрении которых на стадии включения в реестр он не принимал участия. В данной ситуации мы всегда рекомендуем клиентам, помимо прочего, ссылаться на ч. 2 ст. 69 АПК РФ и настаивать на том, что преюдиция в отношении размера и состава требований каждого конкурсного кредитора в деле о банкротстве не распространяется на КДЛ в споре о привлечении его к субсидиарной ответственности и соответствующие факты не могут ему противопоставляться.

Вторая общая проблема заключается в слишком, на наш взгляд, широком спектре презумпций наличия состава ответственности КДЛ (признаков контроля, причинно-следственной связи и противоправности действий/бездействия), что влечет в большинстве случаев автоматический переход бремени доказывания соответствующих обстоятельств на КДЛ. Часто ситуация усугубляется ограниченными процессуальными возможностями КДЛ по доказыванию таких обстоятельств, поскольку сведения о финансовом состоянии должника и спорных сделках, как правило, находятся у должника и/или конкурсного кредитора, но не у КДЛ.

Трансграничные аспекты привлечения КДЛ к субсидиарной ответственности

Можно выделить несколько трансграничных аспектов, которые вытекают из классических для правоотношений с иностранным элементом вопросов:

• применимое право и форум (суд), компетентный рассматривать спор: vis attractiva concursus и lex fori concursus;

• признание и приведение в исполнение актов российских судов за границей;

• обеспечительные меры в отношении иностранных КДЛ и их имущества;

• извещение иностранных лиц о судебном разбирательстве в России.

Данные проблемы являются специфическими и, как правило, актуальны только для случаев привлечения к субсидиарной ответственности иностранных КДЛ. О них пойдет речь далее.

Применимое право и компетенция форума: vis attractiva concursus и lex fori concursus

Российское законодательство не содержит специальных правил определения компетенции судов и применимого права в трансграничном банкротстве, в том числе в отношении споров о привлечении иностранных КДЛ к субсидиарной ответственности.

Вместе с тем в практике Высшего арбитражного суда РФ была выведена категория *«права государства, в котором было возбуждено дело о банкротстве»*. ВАС РФ обязал нижестоящие суды принимать во внимание указанную категорию при определении применимого права к спору, связанному с банкротством на территории РФ[4]. Эта категория также позволяет нижестоящим судам обосновать свою компетенцию на рассмотрение спора с участием иностранных КДЛ.

Такой подход используется во многих развитых правопорядках, что делает его универсальным и позволяет избежать ряда проблем при признании и приведении в исполнение соответствующих судебных актов российских судов в других юрисдикциях. Данный подход также закреплен в качестве общего правила в ст. 7 Регламента Европейского союза о процедурах несостоятельности от 20 мая 2015 года № 2015/848 и в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (принято решением ЮНСИТРАЛ 25 июня 2004 года).

Признание и приведение в исполнение российских судебных актов

Исходя из мировой практики, можно выделить следующие наиболее распространенные основания для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных актов:

• государство, на территории которого вынесено судебное решение, приводимое в исполнение, не следует принципу взаимности (the Supreme Regional Court of Hamburg, 13 July 2016, No. 6 U 152/11);

• решение не является финальным и окончательным, завершающим рассмотрение спора по существу (Societe Eram Shipping Co Ltd v. Compagnie Internationale de Navigation [2003] UKHL 30);

• решение вынесено при нарушении основополагающих принципов процессуального права (Parsons & Whittemore Overseas Co v. Société Générale de l'Industrie du Papier, Yearbook Comm Arb'n I [1976]);

• решение противоречит публичному порядку государства, на территории которого оно приводится в исполнение (Resorts World at Sentosa Pty Ltd v. Kok (2016) WASC 96).

[4] *Постановление Арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24 ноября 2017 года по делу № А22-941/2006.*

При этом мы убеждены в необходимости тщательного анализа того, что понимается под каждой конкретной категорией в государстве, где будет признаваться и приводиться в исполнение соответствующий судебный акт. Допустим, если кредитор привлекает бельгийское КДЛ к субсидиарной ответственности по делу о банкротстве в России, следует учитывать практику бельгийских судов, в соответствии с которой принцип ограниченной ответственности участников юридического лица не рассматривается как часть публичного порядка Бельгии, что, безусловно, является для заявителей в спорах о привлечении иностранных КДЛ к субсидиарной ответственности положительным фактором. Однако категория публичного порядка динамична и со временем ее составляющие могут меняться.

Взаимность при признании и приведении в исполнение судебных актов о применении обеспечительных мер

Особые сложности могут возникать в случае, когда находящимся на территории РФ кредиторам необходимо принять обеспечительные меры в отношении имущества ответчика, находящегося за границей. Российское регулирование не проводит различий в перечне имущества российских и иностранных КДЛ, на которое может быть обращено взыскание. Основные различия возникают на стадии исполнения соответствующих итоговых (о привлечении КДЛ к субсидиарной ответственности) и промежуточных (о принятии обеспечительных мер) судебных актов.

Так, во многих юрисдикциях (в частности, в Англии и Германии) отсутствует возможность признания и приведения в исполнение промежуточных актов иностранных судов, не завершающих рассмотрение спора по существу. Это относится и к актам о принятии обеспечительных мер.

В тех юрисдикциях, где признание и приведение в исполнение иностранных судебных актов о принятии обеспечительных мер допускается (например, в Австрии), проблема иная: Россия редко придерживается принципа взаимности, поскольку российские суды, как правило, не признают иностранные судебные акты о принятии обеспечительных мер. Так, из п. 26 информационного письма президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 года № 78 следует, что в России такое признание невозможно. Вместе с тем постановление пленума ВС РФ от 27 июня 2017 года № 23 допускает принятие таких мер российским судом по иску, который рассматривается по существу за границей.

Извещение иностранных лиц о судебном разбирательстве: особенности регулирования

В большинстве развитых правопорядков серьезным нарушением процессуальных норм, влекущим отказ в признании и приведении в исполнение иностранного судебного акта, является нарушение правил извещения о времени и месте рассмотрения спора. Такое извещение (уведомление) должно производиться в соответствии с Гаагской конвенцией о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 года, участницей которой является Россия и большинство развитых государств.

Суд должен откладывать вынесение итогового судебного акта до тех пор, пока не будет установлено, что повестка была вручена или доставлена своевременно таким образом, чтобы ответчик мог подготовиться к своей защите. Однако Россия сделала заявление по данной конвенции, указав, что суды страны вправе выносить решения по существу спора без учета указанного правила, если выполняются следующие условия:

- документ был передан одним из способов, предусмотренных в данной конвенции;
- период времени со дня направления документа, который судья определяет как достаточный применительно к каждому конкретному делу и который не может составлять меньше шести месяцев, истек;
- никакого свидетельства получено не было, несмотря на принятие всех разумных мер для его получения от компетентных органов запрашиваемого государства.

НАЗНАЧЕНИЕ СУДОМ РЕСИВЕРОВ (RECEIVERS) НА БРИТАНСКИХ ВИРГИНСКИХ ОСТРОВАХ С ЦЕЛЬЮ СОХРАНЕНИЯ АКТИВОВ

Марк Форте
партнер, Conyers

Евгения Федотова
юрист, Conyers

В данной статье авторы расскажут о понятии «ресивер», о том, в каких случаях можно назначить ресиверов, а также об их полномочиях и условиях назначения. В статье также рассматриваются практические аспекты и последствия назначения ресиверов, в том числе на примере дел, в которых принимали участие юристы Conyers.

На Британских Виргинских Островах (БВО) положения о ресиверах включены в Закон БВО о банкротстве 2003 года. Несмотря на это, физическое лицо – ресивер, о котором пойдет речь ниже, ничего общего с банкротством не имеет и не назначается кредиторами должника, как арбитражный управляющий в России. Он назначается судом по ходатайству одной из сторон спора с целью сохранения активов физического или юридического лица. Хотя ресивер обязан действовать в интересах назначившей стороны, он автономен от нее и является независимым офицером суда. В русском языке понятию «ресивер» примерно соответствует «управляющий», но ни в коем случае не «внешний управляющий» в том смысле, в каком этот термин используется в главе VI Закона о банкротстве. Как правило, в роли ресивера выступает квалифицированный специалист по банкротству, внесенный в список БВО Комиссией по финансовым услугам (Financial Services Commission); список таких специалистов доступен на сайте комиссии.

Ресиверов можно назначить для:

- соблюдения исполнения условий приказа о запрете на распоряжение активами;
- сохранения активов;
- выявления активов физического или юридического лица, подпадающего под юрисдикцию суда на БВО.

Суды не назначают ресиверов для проведения расследований об активах или сделках, выявления правонарушений или признания сделок недействительными (тем не менее ресиверы при исполнении своих обязанностей вправе выявлять совершенные правонарушения и сообщать о них).

Ресиверов можно привлечь в поддержку судебного или арбитражного разбирательства на БВО или за рубежом, а также в поддержку исполнительного производства, то есть исполнения судебного или арбитражного решения на территории БВО. Возможно назначение ресиверов с уведомлением ответчика или без него, если практической возможности уведомить ответчика не было или уведомление неуместно. В случае если ходатайство подается без уведомления другой стороны, заявитель должен представить суду все аргументы, которые озвучил бы ответчик, присутствуй он на заседании (duty of full and frank disclosure). Эта обязанность очень обременительна; заявитель должен серьезно взвесить все аргументы за и против подачи заявления без уведомления ответчика, так как нераскрытие какой-либо информации может повлечь за собой отмену приказа о назначении ресивера.

Условия, которые заявитель должен удовлетворить, чтобы суд назначил ресивера, отличаются в зависимости от обстоятельств дела Если оно подается до вынесения окончательного судебного решения, то есть

в поддержку судебного разбирательства, то условия выдвигаются более строгие. В частности, заявитель должен продемонстрировать, что:

- у него есть весомые исковые требования (good arguable case);
- существует реальный риск сокрытия активов, и тому есть доказательства (real risk that the assets may be dissipated and solid evidence of that risk);
- назначение ресиверов справедливо и удобно (just and convenient).

Если же заявитель хочет привлечь ресивера после вынесения судебного решения, то есть в поддержку исполнительного производства, то достаточно убедить суд, что такое назначение справедливо и удобно. В любом случае такое назначение допустимо только при условии, что заявитель пообещает возместить другой стороне обусловленные этим фактом ущерб и убытки, если окажется, что приказ о назначении ресивера был выдан ошибочно.

Суды неоднократно указывали, что условия для назначения ресиверов более строгие, чем, например, в случае запрета на распоряжение активами физического или юридического лица. Так, обязанность продемонстрировать «весомые исковые требования» означает, что надо показать суду, что у заявителя есть шансы (до 50%) выиграть дело. Доказательства при этом должны быть более весомыми, чем при заявлении о запрете на распоряжение активами. То же касается риска сокрытия активов: заявитель должен убедительно подтвердить существование такого риска. Назначение ресиверов считается драконовской мерой: например, при назначении ресиверов над акциями компании собственник, по сути, теряет над своей компанией контроль – она становится подконтрольна ресиверам. Поэтому суд в первую очередь спросит заявителя, почему недостаточно наложить запрет на распоряжение активами должника. Ответ будет во многом зависеть от фактов дела.

Полномочия ресиверов прописаны не в законе, а в приказе о назначении. В зависимости от конкретного дела они могут распространяться на все активы или ограничиваться активами на определенную сумму. Например, такие полномочия могут включать:

- право собирать и владеть активами компании;
- право сменить адрес, директоров, уполномоченных представителей, регистрационных агентов и административных работников компании;
- право вести деятельность от имени компании, включая право подавать судебные иски, назначать юристов и т.д.;
- право открывать и закрывать банковские счета.

Ресивер подотчетен суду и регулярно, раз в год обязан предоставлять отчет о проделанной работе.

Следует учесть и практические аспекты процедуры. В первую очередь это касается гонорара ресиверов. Как правило, они получают вознаграждение из активов ответчика, в отношении которых назначаются, однако зачастую при назначении еще неясно, какими активами ответчик обладает. Поэтому нередко услуги ресиверов приходится оплачивать назначающей стороне – с правом подачи заявления о последующем возмещении своих затрат за счет активов ответчика.

В завершение статьи приведем несколько примеров дел, в которых Conyers представляли одну из сторон. Так, в деле BVIHC (Com) 149 of 2011 Dalemont Limited v. Alexander Gennadievich Senatorov and Riggels Enterprises Limited ресиверы были назначены над бенефициарным интересом ответчика – г-на Сенаторова – в компании с в компании с БВО несмотря на то, что акциями на бумаге владел номинальный держатель. Г-н Сенаторов заявлял, что бенефициарный интерес является правом, а не активом. Суд, однако, постановил, что бенефициарный интерес – актив, над которым может быть назначен ресивер.

В деле BVIHCVAP2007/2008 Norgulf Holdings Limited v. Michael Wilson and Partners приказ о назначении ресиверов был отменен, поскольку заявитель не предоставил достаточных доказательств весомости своих исковых требований и того, что без ресиверов он оказался бы в худшем положении.

В деле BVIHCMAPP2018/0043 and 0050 Koshigi Limited & Svoboda Corporation v. Donna Union Foundation апелляционный суд оставил без изменения решение первой инстанции о назначении ресиверов, потому что ответчики нарушили приказ суда о раскрытии информации об активах их компаний. Назначение ресиверов над компаниями с БВО было необходимо для исполнения приказа суда.

ВЗЫСКАНИЕ ЗАДОЛЖЕННОСТИ С НЕРЕЗИДЕНТОВ РФ В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ

Андрей Бежан
советник практики разрешения споров,
юридическая фирма «Борениус», Санкт-Петербург

Деятельность арбитражных управляющий в делах о банкротстве в РФ в основном направлена на формирование конкурсной массы и расчет с кредиторами должника. Одной из базовых составляющих такой работы является взыскание дебиторской задолженности. К сожалению, по итогам анализа нередко выясняется ее безнадежность, то есть невозможность взыскания.

К категории безнадежной относится дебиторская задолженность с просроченным сроком исковой давности, долги, по которым обязательство прекращено из-за невозможности его исполнения, а также долги, невозможность взыскания которых подтверждена постановлением судебного пристава-исполнителя об окончании исполнительного производства (п. 2 ст. 266 НК РФ).

Дебиторская задолженность, взыскание которой нецелесообразно ввиду значительных затрат, не входит в категорию безнадежной. В делах о банкротстве данная задолженность может выставляться на торги и списывается на основании решения собрания кредиторов только в том случае, если торги не состоятся и задолженность не будет приобретена. Нарушение этой процедуры может привести к признанию незаконности действий по списанию[1].

Интересно, что на практике в категорию нецелесообразной к взысканию зачастую попадает дебиторская задолженность иностранных контрагентов на значительные суммы, если спор предполагает судебное разбирательство в иностранной юрисдикции: арбитражный управляющий обязан обосновать перед собранием кредиторов целесообразность затрат на такое взыскание.

При этом даже получение судебного решения о взыскании задолженности с иностранного контрагента на территории иностранной юрисдикции далеко не всегда означает получение реальных денежных средств. Контрагент может не обладать имуществом, достаточным для погашения задолженности, или находиться в процедуре банкротства. Да и сама процедура исполнения судебного акта на территории другого государства далеко не всегда прозрачна и понятна российским кредиторам. Если с российским должником оценить перспективы взыскания в силах любой компетентный арбитражный управляющий, то с иностранным должником даже процедура оценки перспективы взыскания потребует привлечения специалиста, а значит, определенных затрат. В итоге избавиться от такой задолженности через оценку по минимальной стоимости

---

[1] *См., например, постановление Четвертого арбитражного апелляционного суда от 9 февраля 2017 года по делу № А19-20090/2012.*

и продажу с торгов для арбитражного управляющего значительно менее рискованно, чем пытаться ее взыскать.

В этой связи актуальным представляется вопрос о правильном порядке работы с дебиторской задолженностью иностранных контрагентов в процедуре банкротства.

Если спор был рассмотрен в России и долг установлен, то необходимо оценить действительность решения российского суда о взыскании долга с точки зрения его исполнения на территории иностранной юрисдикции. Наличие такого решения не всегда означает возможность его исполнения за рубежом. Это правило касается как решения третейского суда, действующего на территории России, так и решения государственного суда РФ. На что следует обратить особое внимание?

1. Проверка компетенции российского суда (для приведения в исполнение решений российских судов)

Согласно п. 3 постановления пленума ВС РФ от 27 июня 2017 года № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом» при разрешении вопроса о компетенции арбитражных судов Российской Федерации по таким спорам арбитражным (государственным) судам следует руководствоваться общими правилами, установленными ст. 247 АПК РФ, а также правилами об исключительной и договорной компетенции (ст. 248, 249 АПК РФ). Даже если российский суд счел, что компетенция рассматривать такой спор у него имеется, но при анализе выявилось наличие неисправленной судебной ошибки, рассчитывать на приведение в исполнение такого судебного акта не стоит.

2. Надлежащее уведомление иностранного ответчика о месте и времени судебного разбирательства (для приведения в исполнение решений российских судов)

Согласно общепринятым правилам ненадлежащее уведомление о времени и месте слушания может стать основанием для отказа в приведении в исполнение иностранного судебного акта[2]. Разнообразные манипуляции с адресом регистрации юридического лица – распространенная практика уклонения от погашения задолженности. Проверка правильности адреса извещения иностранного должника является обязательным элементом работы по взысканию.

3. Проверка исполнимости решения российского суда на территории иностранной юрисдикции (для приведения в исполнение решений российских судов)

Если суд все сделал верно, то обращаться за взысканием можно непосредственно в суд по месту нахождения ответчика (должника) для легализации решения суда. Исключение составляет ряд стран, с которыми подписаны двусторонние договоры об отсутствии необходимости легализации документов (в том числе решений судов), а значит, исполнительное производство можно возбудить на основании апостилированного и переведенного решения. В иных случаях легализация решений арбитражей в иностранных судах обязательна.

Существует два основных режима исполнения решений судов иностранного суверена:

- межгосударственный договор;
- международная взаимность и вежливость.

Россия является участницей более чем 30 двусторонних международных договоров о правовой помощи, предметом которых, помимо прочего, является признание и приведение в исполнение судебных решений зарубежных стран. Если между странами заключен такой двусторонний договор, необходимо следовать тем требованиям и процедуре, которые в нем закреплены.

Как правило, в этих соглашениях оказание помощи по подобным вопросам возлагается на определенный государственный орган исполнительной власти. После получения от заявителя российского судебного решения Министерство юстиции РФ передает его в уполномоченный орган государства, где испрашивается исполнение.

---

[2] *Пункт «b» Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год), п. «г» ст. 9 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 1992 год).*

Далее документы направляются уполномоченным органом принимающего государства в местный суд, который и осуществляет исполнение.

Если специальное международное соглашение отсутствует, российские судебные решения признаются в некоторых государствах на основании так называемого требования взаимности и вежливости. Принцип международной вежливости предписывает государствам «относиться к иностранному правопорядку вежливо и обходительно», в то время как принцип взаимности предполагает «взаимное уважение судами различных государств результатов деятельности каждого». Относительно принципа взаимности российские суды указывают, что в отсутствие международного договора между Российской Федерацией и иностранным государством решение суда подлежит исполнению на основании принципов взаимности и международной вежливости.

Например, в определении от 1 февраля 2016 года № 305-ЭС15-18289 по делу № А40-34719/14-69-300 Верховный суд РФ указал, что даже в отсутствие международного договора между Российской Федерацией и государством, о признании и исполнении решения суда которого заявляется в российском суде, такое иностранное решение подлежит исполнению на основании принципов взаимности и международной вежливости. Интересно, что в указанном деле суд сделал вывод о соблюдении принципа взаимности при приведении в исполнение решения Высокого суда Лондона на основании заключения королевского советника Великобритании, который указал на примеры приведения в исполнение на территории Великобритании решений российских судов.

4. Проверка контрагента

Как уже было отмечено, наличие решения о взыскании как российского суда, так и иностранного суда на территории юрисдикции иностранного контрагента далеко не всегда означает перспективность взыскания.

При проверке способности контрагента оплатить задолженность принимаются во внимание следующие основные обстоятельства:

– *текущий статус должника – юридического лица: действующее, ликвидированное, находящееся в процедуре банкротства*. Данный этап можно пройти самостоятельно, запросив соответствующую информацию в компетентных органах иностранного государства или обратившись к публичным информационным ресурсам иностранного государства;

– *наличие у должника имущества на территории РФ*. До вынесения вопроса о привлечении иностранных специалистов следует убедиться в отсутствии у дебитора имущества на территории РФ. В противном случае даже при согласии собрания кредиторов на такое привлечение данные действия арбитражного управляющего могут быть признаны необоснованными[3];

– *наличие у должника имущества на территории, где будет осуществляться взыскание*. Зачастую такая информация есть в публичных базах соответствующего государства, но даже знание о таких базах предполагает наличие определенной компетенции, которой обычный арбитражный управляющий не обладает. Следовательно, уже на данном этапе требуется привлечение финансирования для поиска активов должника.

5. Вынесение вопроса о взыскании на собрание кредиторов

Если рассматривается вопрос об инициировании мероприятий по приведению в исполнение решения российского суда на территории иностранной юрисдикции, арбитражному управляющему необходимо сначала пройти все перечисленные этапы. Если же вопрос касается инициирования судебного разбирательства на территории иностранной юрисдикции при отсутствии соответствующей компетенции у российского суда, то данный этап является вторым после проверки контрагента.

Привлечение специалистов для сопровождения дела о банкротстве относится к компетенции арбитражного управляющего. Для этого

---

[3] *См., например, постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 января 2021 года № Ф06-44356/2019 по делу № А49-6629/2012.*

в законе установлены лимиты, которые зависят от стоимости активов должника-банкрота (ст. 20.7 Закона о банкротстве[4]). Тем не менее суд может признать такие расходы необоснованными, если, например, стоимость таких услуг явно несоразмерна ожидаемому результату (п. 5 ст. 20.7 Закона о банкротстве). Некоторой страховкой в этом случае является вынесение данного вопроса на рассмотрение собрания кредиторов. Если собрание посчитает затраты целесообразными, это защитит арбитражного управляющего в случае претензий к его действиям со стороны несогласных кредиторов. Рекомендуется согласовывать не только сам факт привлечения специалиста, но и его кандидатуру и размер вознаграждения. В противном случае может появиться основание для признания таких расходов необоснованными[5].

В рамках банкротства физического лица финансовый управляющий вправе привлекать других лиц для обеспечения своей деятельности только на основании определения суда, рассматривающего дело о банкротстве[6]. Нарушение такой процедуры влечет за собой однозначный отказ в возмещении арбитражному управляющему подобных расходов[7].

Приведенный порядок действий позволяет предотвратить совершение арбитражным управляющим ряда ошибок, которые могут стать причиной признания его действий незаконными.

---

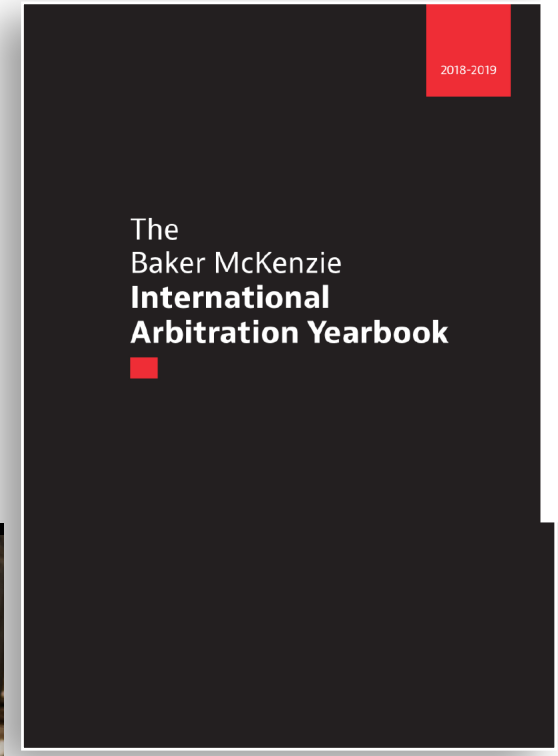
[4] *Федеральный закон от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».*

[5] *См., например, постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 января 2021 года № Ф06-44356/2019 по делу № А49-6629/2012.*

[6] *Пункт 21 постановления пленума Верховного суда Российской Федерации от 13 октября 2015 года № 45 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан».*

[7] *См., например, постановление Арбитражного суда Поволжского округа от 27 января 2021 года № Ф06-44356/2019 по делу № А49-6629/2012.*

Baker McKenzie.



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.

MANSORS

Инфопартнеры

Arbitration.ru

RUSSIAN ARBITRATION ASSOCIATION

CIS Arbitration Forum

Russia- and CIS-related International Dispute Resolution

LAWFIRM.RU