

The Validity of Arbitration Clauses in Concession Agreements

August 2016

Authors: [Pavel Boulatov](#), [Ekaterina Logvinova](#), [Irina Degtyar](#)

This alert provides an overview of the recent position of Russian courts in relation to validity of the arbitration clause in the concession agreement.

In particular, the Commercial Court of the North-West Circuit in its Resolution in case No. A56-9227/2015 dated 17 February 2016 (the Orlovsky tunnel case) held that disputes arising out of concession agreements may not be submitted to ad hoc arbitration under the UNCITRAL Rules with a foreign authority appointing arbitrators even if the arbitration is conducted in the Russian Federation. The Supreme Court of the Russian Federation confirmed this position and refused to transfer the case to the Judicial Chamber on Economic Disputes for review.¹

Below we discuss the reasoning of the courts and possible implications of this case for the future practice, including taking into account recent changes to the Russian legislation on arbitration.

Background of the Case

On 19 June 2010, the City of Saint Petersburg (the "Grantor") and a company with foreign participation LLC "Nevskaya Concession Company" (the "Concessionaire") entered into a concession agreement to design, build and operate the Orlovsky tunnel under the Neva River in the city of Saint Petersburg.

As follows from the published court decisions in relation to this case, an arbitration clause included in the concession agreement provided that disputes were to be settled by an ad hoc arbitration tribunal in Moscow composed of three arbitrators appointed by the International Chamber of Commerce (in Paris), in accordance with the UNCITRAL Rules. The award of the arbitration tribunal was to be final.

Due to the Grantor's early termination of the concession agreement, the Concessionaire filed an application to the arbitration tribunal for the recovery of compensation and interest under the agreement. After receiving an arbitration award in its favor, the Concessionaire applied to the Commercial Court of the City of Saint Petersburg and Leningrad Region to obtain a writ of execution to enforce the arbitration award. The Grantor challenged this award in the Commercial Court of the City of Moscow (at the seat of arbitration).²

¹ Ruling of the Supreme Court of the Russian Federation No. 307-ЭС16-3267 dated 4 May 2016 on refusal to submit cassation appeal to the Judicial Chamber on Economic Disputes for review.

² See Ruling of the Commercial Court of the City of Moscow in case No. A40-66296/15 dated 18 September 2015; Resolution of the Commercial Court of the Moscow Circuit in case No. A40-66296/15 dated 24 November 2015.

As a result, the proceedings on annulment of the arbitration award were dismissed on the grounds that under the arbitration agreement the arbitration award was final.³ The courts refused to issue a writ of execution since they supported the Grantor's arguments that the arbitration clause in the concession agreement was invalid.

The Position of Russian Courts on the Invalidity of an Arbitration Clause

The Grantor challenged the validity of the arbitration clause. Pursuant to Article 17 of Federal Law No. 115-FZ "On Concession Agreements" dated 21 July 2005 (the "**Concession Law**"), disputes arising out of concession agreements may be settled by "*arbitration tribunals of the Russian Federation*". The Grantor stated that such concept was not identical to the concept of an "arbitration tribunal on the territory of the Russian Federation" used in the Law on International Commercial Arbitration, which refers to arbitration tribunals seated in Russia.

The Grantor argues that the Concession Law is a special law and thus should prevail over the provisions of the Law on International Commercial Arbitration. Therefore, disputes arising out of concession agreements may be submitted to an arbitration tribunal for resolution provided that there is an "*institutional connection between an arbitration tribunal and the Russian Federation, which is understood as:*

- *application of the procedural rules approved by the operative arbitration institutions of the Russian Federation, or Russian legal entities and Russian authorities;*
- *conducting the proceedings by a permanent arbitration institution of the Russian Federation or having arbitrators appointed by a legal entity or an individual of the Russian Federation;*
- *formation of an arbitration tribunal and conducting arbitration proceedings in the Russian Federation".*

Therefore, as inferred from the court decisions in the Orlovsky tunnel case, ad hoc arbitration proceedings must be governed by the rules approved by a Russian body, the arbitration must take place in the Russian Federation and arbitrators must be appointed by a Russian body. However, such position is ambiguous regarding the requirement to apply rules approved by a Russian body for the consideration of a dispute by an ad hoc arbitration tribunal. The parties themselves agree on and approve the arbitration rules for ad hoc arbitration proceedings. They can agree either to apply any of the existing rules (e.g., the UNCITRAL Rules) or develop their own rules subject to compliance with the fundamental principles of Russian law, such as equality of the parties and the right to present their own position. Generally, arbitration rules do not differ significantly and provide an opportunity for parties to determine the arbitration procedure. In this regard, it is not clear how the provisions of the Concession Law and the rights of the public entity may be violated when applying rules approved by a foreign body.

Practical Implications for Future Projects in Light of the Arbitration Reform

As part of the arbitration reform, it is possible that foreign arbitration institutions that receive approval from the Russian Government to carry out activities in the Russian Federation will meet the required criteria for an institutional arbitration or an appointing authority for ad hoc arbitration. In particular, in accordance with Article 44 (4) of Federal Law No. 382-FZ "On Arbitration (Arbitration Tribunals) in the Russian Federation" dated 29 December 2015 (in effect as of 1 September 2016) foreign arbitration institutions that have received such governmental approval "are recognized as permanent arbitration institutions", i.e., such institutions may be treated as Russian arbitration institutions. However, it is not yet clear whether such provision will apply in order to determine what is "the arbitration tribunal of the Russian Federation" for the purposes of the Concession Law or whether courts, following this court case, will proceed based on the assumption that the Concession Law establishes special requirements for arbitration institutions.

³ The issues on parallel proceedings resolved in this case related to the annulment of a domestic arbitration award and its enforcement, as well as the possibility of setting aside an international arbitration award if an arbitration agreement specified its finality have appeared in practice many times and have been settled by amendments to the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation and Law of the Russian Federation № 5338-1 "On International Commercial Arbitration" dated 7 July 1993 by the adoption of Federal Law № 409-FZ dated 29 December 2015 (the "**Law on International Commercial Arbitration**"). Therefore, those issues are not discussed in this client alert.

Consequently, when drafting concession agreements and, in particular, their dispute resolution clauses, it is important to take into consideration the current court practice as well as future court practice, including after the entry into force of the Federal Law "On Arbitration (Arbitration Tribunals) in the Russian Federation". Therefore, taking into account the position of courts on this issue and, until further development of the court practice in view of changing legislation on arbitration, the safest option in terms of the risk of an arbitration agreement being deemed invalid is to refer disputes arising under a concession agreement to an arbitration tribunal in the Russian Federation administered by a permanent Russian arbitration institution that has received approval from the Russian Government or for which such approval is not required by law (e.g., the ICAC at the RF CCI).

White & Case LLC
4 Romanov Pereulok
125009 Moscow
Russia
T +7 495 787 3000

In this publication, White & Case means the international legal practice comprising White & Case LLP, a New York State registered limited liability partnership, White & Case LLP, a limited liability partnership incorporated under English law and all other affiliated partnerships, companies and entities.

This publication is prepared for the general information of our clients and other interested persons. It is not, and does not attempt to be, comprehensive in nature. Due to the general nature of its content, it should not be regarded as legal advice.

Действительность арбитражных оговорок в концессионных соглашениях

Август 2016

Авторы: Павел Булатов, Екатерина Логвинова, Ирина Дегтярь

В настоящем обзоре рассматривается недавняя позиция российских судов в отношении действительности арбитражной оговорки в концессионном соглашении.

В частности, Арбитражный суд Северо-Западного округа ("АС СЗО") в Постановлении по делу № А56-9227/2015 от 17 февраля 2016 г. (дело Орловского тоннеля) пришел к выводу, что споры из концессионных соглашений не могут передаваться в арбитраж ad hoc по регламенту ЮНСИТРАЛ с иностранным органом, назначающим арбитров, даже если место арбитража находится в Российской Федерации. Верховный Суд РФ поддержал указанную позицию, отказав в передаче дела для рассмотрения в Судебную коллегию по экономическим спорам.¹

Ниже мы рассматриваем доводы, которыми руководствовались суды, а также возможные последствия данного дела для будущей практики, в том числе с учетом последних изменений российского законодательства о третейских судах.

История рассмотрения дела

19 июня 2010 г. между городом Санкт-Петербургом ("Концедент") и компанией с иностранным участием, ООО "Невская концессионная компания" ("Концессионер"), было заключено концессионное соглашение о проектировании, строительстве и эксплуатации Орловского тоннеля под рекой Невой в Санкт-Петербурге.

Как следует из опубликованных по данному делу судебных актов, арбитражная оговорка, включенная в концессионное соглашение, предусматривала разрешение споров третейским судом ad hoc в составе трех арбитров, назначаемых Международной торговой палатой (г. Париж), в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ, с местом арбитража в Москве. При этом указывалось, что решение третейского суда является окончательным.

В связи с досрочным прекращением концессионного соглашения по инициативе Концедента Концессионер обратился в третейский суд с иском о взыскании предусмотренной соглашением

¹ Определение ВС РФ № 307-ЭС16-3267 от 4 мая 2016 г. об отказе в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в Судебную коллегию по экономическим спорам Верховного Суда РФ.

компенсации и процентов. Получив решение третейского суда в свою пользу, Концессионер обратился в Арбитражный суд Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда. Концедент, в свою очередь, стал оспаривать данное третейское решение в Арбитражном суде г. Москвы (по месту арбитража).²

По итогам рассмотрения производство по делу об отмене третейского решения было прекращено на том основании, что арбитражное соглашение содержало указание на окончательность третейского решения.³ В выдаче исполнительного листа было отказано, поскольку суды посчитали обоснованными доводы Концедента о том, что арбитражная оговорка в концессионном соглашении являлась недействительной.

Позиция российских судов по вопросу недействительности арбитражной оговорки

Концедент оспаривал действительность арбитражного соглашения. Согласно статье 17 Федерального закона № 115-ФЗ от 21 июля 2005 г. "О концессионных соглашениях" ("**Закон о концессиях**"), споры из концессионных соглашений могут быть рассмотрены в *"третейских судах Российской Федерации"*. Концедент утверждал, что данное понятие не тождественно понятию "третейский суд на территории Российской Федерации", используемому в Законе о международном коммерческом арбитраже, под которым понимается третейский суд с местом арбитража в России.

В соответствии с утверждениями Концедента, Закон о концессиях является специальным и имеет приоритет над нормами Закона о международном коммерческом арбитраже. Соответственно, споры из концессионных соглашений могут быть переданы на рассмотрение в третейский суд при наличии *"институциональной связи третейского суда с Российской Федерацией, которая выражается в:*

- *применении правил разбирательства, утвержденных действующими третейскими судами Российской Федерации, либо российскими юридическими лицами и органами власти Российской Федерации,*
- *осуществлении разбирательства постоянно действующим третейским судом Российской Федерации либо назначении арбитров организацией или лицом Российской Федерации,*
- *образовании третейского суда и проведении третейского разбирательства в Российской Федерации"*.

Следуя логике Концедента, третейский суд, выбранный сторонами в данном деле, не соответствовал вышеуказанным критериям, поскольку:

- применялся регламент ЮНСИТРАЛ, утвержденный Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли;
- в качестве органа, назначающего состав третейского суда, была определена Международная торговая палата, т.е. иностранное лицо;
- третейский суд был образован в г. Париж.

Таким образом, как следует из судебных актов по делу Орловского тоннеля, в отношении арбитража *ad hoc* требуется, чтобы применялся регламент, утвержденный российским лицом, место арбитража было в Российской Федерации, и лицо, уполномоченное назначать арбитров, также было российским.

² См. Определение Арбитражного суда города Москвы по делу № А40-66296/15 от 18 сентября 2015; Постановление Арбитражного суда Московского округа по делу № А40-66296/15 от 24 ноября 2015 г.

³ Разрешенные в данном деле вопросы о параллельных разбирательствах об отмене решения третейского суда и его приведении в исполнение, а также о возможности отмены решения международного арбитража в случае если арбитражное соглашение предусматривает его окончательность ранее неоднократно возникали в практике и были урегулированы изменениями в АПК РФ и Закон РФ № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" от 7 июля 1993 г. внесенными Федеральным законом № 409-ФЗ от 29 декабря 2015 г., ("**Закон о международном коммерческом арбитраже**") в связи с чем в настоящем обзоре не обсуждаются.

Однако позиция, в частности, о необходимости применения при рассмотрении спора арбитражем ad hoc регламента, утвержденного каким-либо российским лицом, представляется не совсем однозначной. Правила арбитража при арбитраже ad hoc согласовывают и утверждают сами стороны. Они могут договориться о применении какого-либо из существующих регламентов (например, регламента ЮНСИТРАЛ) или разработать свои правила при условии соблюдения основополагающих принципов российского права, таких как равенство сторон и предоставление им права представить свою позицию. По существу арбитражные регламенты значительно не отличаются и предоставляют сторонам широкие возможности для определения процедуры третейского разбирательства. В связи с этим неясно, каким образом нарушаются положения Закона о концессиях и права публичного образования при применении регламента, утвержденного иностранным лицом.

Применимость к будущим проектам в свете арбитражной реформы

В рамках арбитражной реформы, возможно, что иностранные арбитражные учреждения, получившие разрешение Правительства РФ на осуществление деятельности в Российской Федерации, будут отвечать критериям, указанным в описанных выше судебных актах как необходимые для арбитражного учреждения при институциональном арбитраже, либо для лица, уполномоченного назначать арбитров лица при арбитраже ad hoc. Так, согласно ч. 4 ст. 44 Федерального закона от 29 декабря 2015 г. № 382-ФЗ "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации" (вступает в силу с 1 сентября 2016 г.), для целей данного федерального закона иностранные арбитражные учреждения, получившие соответствующее разрешение, "признаются постоянно действующими арбитражными учреждениями", т.е. их статус может быть приравнен к российским арбитражным учреждениям. Между тем, пока неясно, будет ли данная норма применяться для определения того, что же является "третейским судом Российской Федерации" для целей Закона о концессиях, либо же суды, следуя рассматриваемому в настоящем обзоре делу, будут исходить из того, что Закон о концессиях устанавливает специальные требования к арбитражным учреждениям.

Исходя из этого, при подготовке концессионных соглашений, и в частности их положений о порядке рассмотрения споров, будет важно принимать во внимание выводы, высказанные в судебной практике на данный момент, а также дальнейшее развитие судебной практики, в том числе после вступления в силу Федерального закона "Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации". Таким образом, с учетом позиции судов по рассматриваемому делу и до установления судебной практики с учетом изменений законодательства о третейских судах, наиболее безопасным вариантом с точки зрения риска признания арбитражного соглашения недействительным является передача споров из концессионных соглашений в арбитраж с местом арбитража в Российской Федерации и администрируемый российским постоянно действующим арбитражным учреждением, получившим разрешение Правительства РФ, либо которому такое разрешение не требуется в силу закона (например, МКАС при ТПП РФ).

Уайт энд Кейс ЛЛК
Романов пер., д. 4
125009 Москва
Россия

Т +7 495 787 3000

Настоящий обзор представляет собой краткое изложение последних изменений в российском законодательстве и не является юридической консультацией. За консультацией по конкретному вопросу следует обращаться непосредственно к юристу.

В настоящем обзоре Уайт энд Кейс означает международную юридическую фирму, состоящую из Уайт энд Кейс ЛЛП, товарищества с ограниченной ответственностью, зарегистрированного в штате Нью-Йорк, Уайт энд Кейс ЛЛП, товарищества с ограниченной ответственностью, учрежденного согласно праву Англии, и всех прочих аффилированных товариществ, компаний и структур.