



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Сорок третья сессия
Вена, 5–16 сентября 2022 года**

**Возможная работа по реформированию системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами (УСИГ)**

Проект положений о процессуальной реформе

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Проект положений о процессуальной реформе	4
A. Раннее отклонение исковых требований	4
B. Обеспечение покрытия издержек	6
C. Распределение издержек	9
D. Встречные иски	12
E. Финансирование третьей стороной	14
Приложение	
Арбитражный регламент МЦУИС 2022 года	26



I. Введение

1. В ходе первого и второго этапов своей работы Рабочая группа определила касающиеся УСИГ проблемы, для решения которых будет целесообразно провести реформы. Эти проблемы в целом были подразделены на проблемы, связанные с отсутствием последовательности, согласованности, предсказуемости и правильности арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ, проблемы, касающиеся арбитров и лиц, принимающих решения, и проблемы, касающиеся стоимости и сроков рассмотрения дел в рамках УСИГ, включая проблемы, связанные со сторонним финансированием (A/CN.9/964 и A/CN.9/970). По поводу последней группы проблем было выражено общее мнение о целесообразности усовершенствования процессуально-правовых основ и о существовании различных способов их решения, примером которых служат заключенные в последнее время инвестиционные договоры.
2. На своей тридцать девятой сессии в октябре 2020 года Рабочая группа рассмотрела вопросы, касающиеся неосновательных исков, обеспечения покрытия издержек и встречных исков, на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.III/WP.192 и A/CN.9/WG.III/WP.193). Что касается неосновательных исков, общую поддержку получило предложение о создании более предсказуемой правовой основы, позволяющей отказывать в удовлетворении таких исков на ранних стадиях разбирательства и рассматривать их в ускоренном порядке (A/CN.9/1044, пп. 78, 84–89)¹.
3. Рабочая группа также подтвердила необходимость создания более предсказуемой и четкой правовой основы обеспечения покрытия издержек, которая защитит государства в случае неспособности или нежелания истца оплатить издержки и будет препятствовать предъявлению неосновательных исков. Кроме того, была подчеркнута необходимость сбалансированного подхода, поскольку обеспечение покрытия издержек может ограничить доступ к правосудию для некоторых категорий инвесторов, в первую очередь малых и средних предприятий (МСП) (A/CN.9/1044, пп. 64, 74–77).
4. Что касается встречных исков, были выделены два различных аспекта, один из которых носит процессуальный характер и касается допустимости встречных исков и юрисдикции судов для их рассмотрения, а другой связан с материально-правовыми обязательствами инвесторов, нарушение которых будет служить основанием для предъявления встречных исков (A/CN.9/1044, п. 57). Рабочая группа просила Секретариат продолжить работу над темой встречных исков, сосредоточив внимание на процессуальных аспектах данного вопроса, и подготовить варианты формулировок для уточнения условий, при которых допускается предъявление встречных исков (A/CN.9/1044, пп. 61–62).
5. В октябре 2018 года Рабочая группа на своей тридцать шестой сессии пришла к выводу о целесообразности разработки реформ для решения проблем, связанных с распределением издержек третейскими судами в системе УСИГ (A/CN.9/964, пп. 124–127). Рабочая группа рассмотрела вопросы, касающиеся влияния на распределение издержек поведения сторон, а также стороннего финансирования. Кроме того, были упомянуты трудности, связанные с распределением издержек в пропорциональном соответствии с исходом разбирательства для сторон спора.
6. Второго и третьего сентября 2021 года Республика Корея принимала у себя четвертое межсессионное совещание Рабочей группы по вопросам

¹ На дату представления настоящего документа предполагается, что в последнюю неделю своей пятьдесят пятой сессии в рамках пункта повестки дня «Программа работы» Комиссия рассмотрит различные законодательные подходы к раннему отклонению исковых требований и предварительному определению в контексте Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ на основе записки Секретариата (см. документ A/CN.9/1114).

реформирования процессуальных норм². На первых трех заседаниях был рассмотрен подготовленный Секретариатом проект документа о раннем отклонении исковых требований, обеспечении покрытия издержек и встречных исках. Четвертое заседание состояло из серии выступлений делегатов и представителей учреждений-наблюдателей по сквозным вопросам процессуальной реформы, включая оценку ущерба, исчерпание внутренних средств правовой защиты, «нормативный застой», право осуществлять регулирование, участие третьих сторон, иммунитет от исполнительных действий и участие национальных судов.

7. На своих тридцать седьмой и тридцать восьмой сессиях, состоявшихся соответственно в апреле и октябре 2019 года, Рабочая группа рассмотрела тему финансирования третьей стороной на основе записок, подготовленных Секретариатом (A/CN.9/WG.III/WP.157 и A/CN.9/WG.III/WP.172). Рабочая группа пришла к выводу о целесообразности рассмотрения правовых основ, касающихся стороннего финансирования в рамках УСИГ, в свете его влияния на соответствующие разбирательства, а также режима в целом. Были обсуждены возможные варианты реформирования, и Секретариату было предложено подготовить проект положений о финансировании третьей стороной (A/CN.9/970, пп. 17–25; A/CN.9/1004, пп. 80–94 и 97). Секретариат подготовил первоначальный проект положений о финансировании третьей стороной, опубликованный 6 мая 2021 года для получения отзывов от делегаций и различных заинтересованных сторон³.

8. В настоящей записке вышеупомянутые варианты реформ объединены в свод процессуальных норм. В ней содержатся проекты положений о раннем отклонении исковых требований (проект положения А), обеспечении покрытия издержек (проект положения В), распределении издержек (проект положения С), встречных исках (проект положения D) и финансировании третьей стороной (проект положения E) — по этим темам Рабочая группа имела возможность дать Секретариату конкретные указания. Для составления полного свода процессуальных правил необходимо будет разработать дополнительные нормы, касающиеся других проблем и так называемых сквозных вопросов (например, множественные производства и исчисление размера ущерба). Возможно, Рабочая группа пожелает дать указания относительно дополнительного пакета положений, которые необходимо подготовить.

9. Проекты положений, приведенные в настоящей записке, подготовлены для возможного включения в инвестиционные договоры или многосторонний документ о реформировании системы УСИГ, чтобы обеспечить согласованный набор процессуальных норм, которые могут быть применимы к разбирательствам в рамках существующих инвестиционных договоров. В случае включения их в арбитражный регламент или национальное законодательство потребуется их корректировка. Кроме того, термин «третейский суд» используется во всех проектах положений и в настоящей записке исключительно для удобства. Этот термин необходимо будет корректировать в зависимости от способа разрешения спора и того, какой орган будет наделен соответствующими полномочиями.

10. Настоящая записка подготовлена с учетом широкого спектра опубликованных материалов по данной теме и не выражает какого-либо мнения относительно возможных вариантов реформ; рассмотрение этого вопроса относится к компетенции Рабочей группы. Особое внимание уделено поправкам к регламентам МЦУИС, которые вступили в силу 1 июля 2022 года⁴. Соответствующие положения приводятся в Приложении к настоящей записке.

² Дополнительная информация доступна на сайте Комиссии (<https://uncitral.un.org/en/content/uncitral-working-group-iii-isd-reform-intersessional-meeting-procedural-rules-reform>). Резюме совещания содержится в документе A/CN.9/WG.III/WP.214.

³ Первоначальный проект и подборка замечаний размещены на сайте Комиссии (<https://uncitral.un.org/en/thirdpartyfunding>).

⁴ <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-amendments>.

II. Проект положений о процессуальной реформе

A. Раннее отклонение исковых требований, явно лишенных юридического основания

11. Возможность раннего отклонения неосновательных и явно необоснованных исковых требований рассматривается как важный инструмент предотвращения злоупотребления системой УСИГ и обеспечения эффективного доступа к правосудию по другим искам. Механизмы решения проблемы необоснованных исков предусмотрены в ряде институциональных арбитражных регламентов⁵, а также в некоторых последних международных инвестиционных договорах⁶.

12. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий проект положения о раннем отклонении исковых требований:

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ А

1. Третейский суд по ходатайству одной из сторон спора или по собственной инициативе может вынести постановление о том, что иск, встречный иск или требование в целях зачета (далее — иск) явно лишен юридических оснований.

2. Сторона спора подает ходатайство, указанное в пункте 1, в кратчайшие возможные сроки и не позднее чем через [...] дней после предъявления иска. Третейский суд может принять ходатайство, поданное позднее, если сочтет отсрочку оправданной.

3. Сторона спора как можно точнее излагает факты и юридические основания ходатайства. Сторона спора также представляет доказательства того, что вынесение третейским судом постановления ускорит разбирательство и окажет существенное влияние на его исход.

4. В течение [...] дней с даты подачи ходатайства стороной спора и после того, как сторонам будет предложено изложить свои позиции,

⁵ См., например, Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правило 41; Правила инвестиционного арбитража Сингапурского международного арбитражного центра (2016), правило 29; Арбитражный регламент Торговой палаты г. Стокгольма (2017), статья 39; Арбитражный регламент Гонконгского международного арбитражного центра (2018), статья 43; Арбитражные правила Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (2017), статья 26. Дополнительную информацию о практике МЦУИС можно найти на сайте Центра (<https://icsid.worldbank.org/rules-regulations/convention/arbitration/manifest-lack-of-legal-merit/2022>).

⁶ Например, Всеобъемлющее и прогрессивное соглашение о транстихоокеанском партнерстве (ВПТПП), статья 9.23 (пункты 4–6) (Проведение арбитража); Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и Европейским союзом (СЕТА), статьи 8.32 (Явно необоснованные иски) и 8.33 (Иски, лишенные правового основания); Соглашение между Соединенными Штатами Америки, Мексиканскими Соединенными Штатами и Канадой (USMCA), статья 14.D.7; Соглашение между Индонезией и Австралией о всеобъемлющем экономическом партнерстве (Индонезия — Австралия) (2019), статьи 14.21 и 14.30; ДИД между Колумбией и Соединенным Королевством (2010), статья IX; Соглашение о свободной торговле между Центральной Америкой, Доминиканской Республикой и Соединенными Штатами Америки (1998), статья 10.20; ДИД между Словакией и Ираном (2016), статья 20; Договор между Республикой Беларусь и Республикой Индия об инвестициях (2018), статья 21. Основные изменения, содержащиеся в принципиальном соглашении о модернизации Договора к Энергетической хартии, утвержденном 24 июня 2022 года (Модернизация Договора к Энергетической хартии), предусматривают механизмы для i) отказа в исках, явно не имеющих юридических оснований с точки зрения существа или юрисдикции, в начале разбирательства и ii) ускоренного отказа в удовлетворении необоснованных исков с точки зрения закона по существу. Предусмотрена специальная норма для отказа в исках, предъявленных в результате реструктуризации инвестиций, с единственной целью предъявления иска по Договору.

третейский суд определяет, будет ли он выносить постановление по этому ходатайству.

5. Если третейский суд определяет, что будет вынесено постановление по ходатайству, он указывает срок, в течение которого будет принято решение, и предлагает сторонам изложить свои позиции.

6. Постановление третейского суда может быть вынесено в форме приказа или арбитражного решения.

7. Вынесение третейским судом решения, в том числе определения о нерассмотрении ходатайства стороны спора, не умаляет право этой стороны доказывать, что иск не имеет юридического основания, в ходе разбирательства.

13. В пункте 1 содержится общее правило, согласно которому третейский суд может отказать в удовлетворении иска, признанного явно необоснованным. Суд может сделать это по ходатайству одной из сторон спора или по собственной инициативе. Этот пункт касается отказа в удовлетворении различных видов исков (включая встречные иски государств-ответчиков), но он не применяется к «возражениям» (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 10).

14. В пункте 1 не делается попытка охватить другие виды заявлений или возражений, которые одна из сторон может сделать в ходе разбирательства (например, по поводу того, что: i) вопросы факта или права, подтверждающие иск, явно необоснованны; ii) определенные доказательства являются недопустимыми⁷; и iii) арбитражное решение не может быть вынесено в пользу стороны спора, даже если иск предположительно является справедливым) (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 11). Однако Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в пункт 1 заявлений об отсутствии у третейского суда юрисдикции или о том, что его юрисдикция явно не распространяется на данный иск (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 20)⁸.

15. В пунктах 2–6 описывается процедура, которой надлежит следовать. Сторона спора, желающая подать ходатайство о раннем отклонении искового требования, должна сделать это в установленный срок, который начинается с момента предъявления иска. Эта сторона должна будет обосновать свое ходатайство и доказать, что решение третейского суда будет иметь существенное значение для разбирательства. Предусматривается, что третейский суд будет использовать двухэтапный подход: сначала он, до истечения определенного срока после заявления ходатайства, определит, будет ли он выносить постановление по этому ходатайству, а затем примет постановление относительно отказа в удовлетворении конкретного иска. При этом ожидается, что третейский суд издаст приказ или вынесет арбитражное решение. Рабочая группа, возможно, пожелает дать рекомендации относительно достаточности процедуры и степени подробности предложенных положений (например, сроки, последствия непредставления другой стороной спора возражений на ходатайство, см. A/CN.9/1044, п. 86).

16. В пункте 7 разъясняется, что сторона, заявившая ходатайство, может продолжать доказывать, что иск является лишенным юридического основания, на более позднем этапе разбирательства, даже если ее ходатайство, заявленное в соответствии с проектом положения А, отклонено третейским судом.

17. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы: i) должен ли третейский суд учитывать наличие финансирования третьей стороной, в частности видов финансирования, запрещенных в соответствии с моделями регулирования (см. раздел Е ниже), при определении того, является ли иск

⁷ См. Правила Международной ассоциации юристов (МАЮ) по получению доказательств в международном арбитраже, статья 9.

⁸ См. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 23.

явно необоснованным с юридической точки зрения, и ii) если да, то следует ли отразить это в проекте положения А и каким образом.

18. В связи с проектом положения С ниже Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли предусмотреть возможность для третейского суда в случае отклонения ходатайства, заявленного в соответствии с проектом положения А, взыскивать любые издержки, вытекающие из ходатайства, с той стороны спора, которая его заявила (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 20)⁹. Это может стать мерой защиты от злоупотреблений сторон спора процессуальными правами.

В. Обеспечение покрытия издержек

19. Учитывая необходимость создания более предсказуемой и четкой правовой основы обеспечения покрытия издержек, Рабочая группа просила Секретариат подготовить проект положения, которое: i) будет отделено от положения о временных или обеспечительных мерах; ii) будет прежде всего направлено на предоставление ответчикам возможности требовать обеспечения покрытия издержек за счет истца; iii) будет содержать разъяснение о том, что покрытие издержек может быть обеспечено только по заявлению одной из сторон; iv) не будет применимо в отношении сторон, не участвующих в споре; v) будет оговаривать условия и пороговый уровень; и vi) предусматривать возможные последствия в случае невыполнения (A/CN.9/1044, пп. 64, 65 и 74).

20. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий проект положения В об обеспечении покрытия издержек:

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ В

1. *По заявлению одной из сторон спора третейский суд может обязать другую сторону спора, предъявившую иск, предоставить обеспечение покрытия издержек.*
2. *Сторона спора, подающая заявление, упомянутое в пункте 1, как можно точнее излагает обстоятельства, обосновывающие обеспечение покрытия издержек.*
3. *В течение [...] дней с даты подачи стороной спора заявления третейский суд, после того как он предложил сторонам спора изложить свои позиции, выносит определение относительно обеспечения покрытия издержек.*
4. *При определении того, следует ли обязать одну из сторон спора предоставить обеспечение покрытия издержек, третейский суд рассматривает все имеющие отношение к делу обстоятельства, включая:*
 - a) *способность данной стороны выполнить решение о взыскании издержек;*
 - b) *готовность данной стороны выполнить решение о взыскании издержек;*
 - c) *возможные последствия предоставления обеспечения покрытия издержек для способности данной стороны продолжать добиваться удовлетворения своего иска;*
 - d) *поведение сторон спора; и*
 - e) *наличие финансирования третьей стороной.*

⁹ См. правило 52 (пункт 2) Арбитражного регламента МЦУИС (2022), которое гласит: «В случае вынесения Судом арбитражного решения в соответствии с правилом 41 (пункт 3), Суд присуждает выигравшей стороне возмещение разумных судебных расходов, если только он не определит, что имеются особые обстоятельства, оправдывающие иное распределение расходов».

5. Третейский суд указывает в своем постановлении условия обеспечения покрытия издержек, включая сроки выполнения этого постановления стороной спора. В случае невыполнения стороной спора этого постановления, третейский суд может приостановить производство на фиксированный срок, по истечении которого он может вынести постановление о прекращении производства.

6. Сторона спора незамедлительно сообщает о любых существенных изменениях в обстоятельствах, на основании которых третейский суд принял определение относительно обеспечения покрытия издержек.

7. Третейский суд может по заявлению одной из сторон спора или по собственной инициативе изменить свое определение об обеспечении покрытия издержек или прекратить его исполнение.

21. Пунктом 1 предусматривается, что постановление об обеспечении покрытия издержек выносится только по заявлению одной из сторон спора, а не по инициативе третейского суда. Постановление об обеспечении покрытия издержек может быть вынесено в отношении стороны, предъявившей иск (включая встречный иск или требование в целях зачета; см. проект положения А (пункт 1)), что создает равный режим в отношении инвесторов-истцов и государств-ответчиков (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 25).

22. В пункте 2 рассматривается вопрос о том, как сторона спора подает заявление об обеспечении покрытия издержек. В отличие от проекта положения А, здесь не устанавливается срок, в течение которого сторона спора должна подать такое заявление.

23. В пункте 3 рассматривается порядок действий третейского суда при вынесении определения об обеспечении покрытия издержек. Здесь предусматривается короткий срок, в течение которого третейский суд должен принять решение относительно обеспечения покрытия издержек (например, 30 дней с даты подачи заявления), принимая во внимание позиции, изложенные сторонами спора. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в проекте положения предусмотреть ситуацию, в которой заявление об обеспечении покрытия издержек подается до того, как будет образован третейский суд, и если да, то в какой орган должно подаваться такое заявление и как скорректировать начало отсчета срока, указанного в пункте 3.

24. В пункте 4 содержится исчерпывающий перечень обстоятельств, подлежащих учету третейским судом при принятии решения об обеспечении покрытия издержек. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли приводить такой перечень или предоставить третейскому суду полную свободу усмотрения при вынесении определения с учетом обстоятельств дела (A/CN.9/WG.III/WP.214, пп. 24 и 27).

25. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть уместность элементов, приведенных в подпунктах, включая вопрос о том, обеспечивают ли они i) баланс между реальным осуществлением прав государства-ответчика, с одной стороны, и доступом к правосудию — с другой, и ii) отсутствие необходимости для третейского суда предрешать исход спора (A/CN.9/1044, п. 75).

26. Например, подпункты (а) и (b) касаются ситуации, когда имеются разумные основания полагать, что существует риск того, что данная сторона может оказаться не в состоянии выполнить возможное постановление о взыскании издержек¹⁰. Если отсутствие денежных средств и, следовательно, неспособность

¹⁰ См. Соглашение между ЕС и Вьетнамом о защите капиталовложений (ЕС — Вьетнам) (2019), статья 3.48, и канадское Типовое соглашение о поощрении и защите иностранных инвестиций (2021), статья 39. В рамках модернизации Договора к Энергетической хартии предусмотрено новое положение об обеспечении покрытия судебных издержек в определенных случаях, таких как риски неисполнения неблагоприятного решения в отношении распределения издержек.

выполнить решение о распределении судебных издержек были вызваны действиями другой стороны, это также будет принято во внимание. Что касается подпунктов (d) и (e), то Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли содержащиеся в них элементы скорее «доказательствами», подлежащими рассмотрению третейским судом в связи с «обстоятельствами», упомянутыми в подпунктах (a)–(c)¹¹. Это касается того, как третейскому суду следует взвешивать различные факторы, а также того, на ком лежит бремя доказывания.

27. В подпункте (e) рассматривается вынесение постановления об обеспечении покрытия издержек в ситуации, когда одна из сторон спора получает финансирование от третьей стороны. Этот подпункт необходимо будет скорректировать в соответствии со способом регулирования финансирования третьей стороной (см. раздел E ниже). Одной из целей является устранение проблем, связанных с невозможностью для государств-ответчиков взыскать понесенные издержки, особенно если неплатежеспособный истец предъявил иск с использованием финансирования третьей стороной (A/CN.9/1004, п. 94).

28. Обеспечение покрытия издержек упоминается в проекте положения E-3 в качестве одного из средств регламентации финансирования третьей стороной. Что касается ситуации, когда финансирование третьей стороной запрещено, то вынесение постановления об обеспечении покрытия издержек может быть рассмотрено в дополнение к другим санкциям. С другой стороны, что касается разрешенных видов финансирования третьей стороной, Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, что само по себе наличие стороннего финансирования не является основанием для вынесения постановления об обеспечении покрытия издержек, как это описано в пункте 4 (A/CN.9/1004, п. 94; A/CN.9/WG.III/ WP.214, п. 28). Это особенно справедливо в свете того, что могут возникать случаи, в которых вынесение постановления об обеспечении покрытия издержек может быть нецелесообразным, например, когда: i) финансируемая сторона не в состоянии добиваться удовлетворения иска в отсутствие стороннего финансирования; ii) финансирующая третья сторона выражает свою способность и готовность выполнить постановление о взыскании издержек с финансируемой стороны; или iii) государство-ответчик несет ответственность за отсутствие у финансируемой стороны денежных средств.

29. В пункте 5 описывается порядок вынесения третейским судом постановления об обеспечении покрытия издержек (включая фиксированный срок его исполнения), а также меры, которые должны быть приняты в случае неисполнения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о предоставлении дополнительных рекомендаций относительно условий обеспечения покрытия издержек (например, размер, способ и срок действия) и о возможном включении в проект положения фиксированного срока (например, 90 дней), на который приостанавливается производство.

30. Согласно пункту 6, стороны спора должны раскрывать информацию о любых изменениях в обстоятельствах, которые послужили основой для вынесения третейским судом определения об обеспечении покрытия издержек. Это означает, что третейский суд должен будет указать причины, на основании которых он вынес свое определение. Формулировка «определение» третейского суда, а не «постановление об обеспечении покрытия издержек» использовано здесь с целью учета ситуации, в которой третейский суд не вынес постановления относительно обеспечения покрытия издержек, но обстоятельства изменились¹². Такая ситуация может возникнуть, например, когда сторона больше не в состоянии

¹¹ См. правило 53 (пункт 4) Арбитражного регламента МЦУИС (2022), который гласит: «Суд рассматривает все доказательства, представленные в отношении обстоятельств, указанных в пункте 3, включая наличие финансирования третьей стороной».

¹² См. правило 53 (пункт 7) Арбитражного регламента МЦУИС (2022), которое гласит: «Сторона незамедлительно сообщает о любых существенных изменениях в обстоятельствах, на основании которых Суд принял решение об обеспечении покрытия издержек».

выполнить решение о взыскании издержек или когда стороннее финансирование было запрошено после вынесения третейским судом определения о неназначении обеспечения покрытия издержек.

31. Пункт 7 предоставляет третейскому суду свободу усмотрения в отношении изменения или прекращения исполнения своего постановления об обеспечении покрытия издержек. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли это быть сделано только по заявлению одной из сторон спора или без такого заявления (для сравнения, в пункте 1 требуется подача одной из сторон спора заявления об обеспечении покрытия издержек). Это позволит учесть любые изменения, информация о которых может быть раскрыта в соответствии с пунктом 6.

C. Распределение издержек

32. Было выражено мнение о том, что четкое положение о распределении издержек может способствовать снижению общих судебных расходов и недопущению непоследовательности (A/CN.9/964, пп. 125–126).

33. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий проект положения о распределении издержек:

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ С

1. Возмещение судебных издержек, как правило, возлагается на сторону или стороны, проигравшие дело. Однако третейский суд может распределить издержки между сторонами спора, если он считает такое распределение разумным с учетом обстоятельств дела.

2. Судебные издержки включают юридические и иные расходы, понесенные сторонами спора, в той мере, в какой третейский суд признает размер таких расходов разумным.

3. При распределении судебных издержек третейский суд рассматривает все имеющие отношение к делу обстоятельства, включая:

- a) исход разбирательства или любой его части;
- b) поведение сторон в ходе разбирательства;
- c) «разумность» издержек; и
- d) наличие финансирования третьей стороной.

4. Судебные издержки не включают понесенные стороной спора расходы, связанные или возникающие в связи с финансированием третьей стороной, если иное не определено третейским судом.

5. Положения пункта 1 распространяются на любые судебные издержки, возникающие в связи с ходатайством стороны спора о признании иска явно лишеным юридических оснований в соответствии с проектом положения А.

6. Третейский суд в своем окончательном арбитражном решении или, если он сочтет это целесообразным, в любом другом решении определяет сумму, которую одна из сторон спора обязана выплатить другой стороне в результате принятия им постановления (постановлений) о распределении издержек.

34. В пункте 1 изложено общее правило, согласно которому проигравшая сторона должна полностью или частично нести судебные издержки

(«распределение издержек с учетом результатов»)¹³. Альтернативное правило может гласить, что каждая сторона спора несет свои юридические расходы и свою долю судебных издержек. Пунктом 1 также предусматривается, что третейский суд может распределить судебные издержки, если сочтет это разумным. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности ограничения такого распределения исключительными ситуациями и предоставления дополнительных рекомендаций относительно того, когда следует отступить от общего правила (A/CN.9/964, п. 126)¹⁴.

35. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли включить в проект положения такое общее правило или положиться на применимые правила¹⁵. Конвенция МЦУИС и Арбитражный регламент МЦУИС (2022) предоставляют третейскому суду возможность проявлять гибкость в отношении распределения издержек, не устанавливая общего правила¹⁶.

36. В пункте 2 разъясняется, что «судебные издержки» включают расходы на юридическое сопровождение и иные расходы, понесенные сторонами спора в связи с разбирательством¹⁷. Кроме того, здесь такие расходы ограничиваются суммой, которую третейский суд сочтет разумной. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в проект положения С отдельного пункта о содержании и пределах понятия «судебные издержки» (см. пункт 4 о расходах, возникающих в связи с финансированием третьей стороной)¹⁸.

37. В пункте 3 перечислены факторы, подлежащие принятию во внимание третейским судом при распределении судебных издержек¹⁹. Подпункт (а) призван учесть ситуацию, когда требования были удовлетворены лишь частично. Подпункт (b) позволит третейскому суду принять во внимание соблюдение сторонами спора применимых правил, постановлений и решений суда, а также их образ действий с точки зрения своевременности и экономической эффективности (A/CN.9/964, п. 125). Это также может позволить третейскому суду учесть усилия, предпринятые сторонами в целях полюбовного разрешения спора. Подпунктом (c) предусматривается, что третейский суд должен рассмотреть вопрос о том, являются ли расходы, заявленные сторонами спора, разумными, и

¹³ См. Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение, статья 8.39 (пункт 5), и Соглашение между ЕС и Сингапуром о защите инвестиций (ЕС — Сингапур) (2018), статья 3.21 (пункт 1), которые гласят: «Суд выносит постановление о том, что судебные издержки несет проигравшая сторона спора».

¹⁴ Там же: «В исключительных обстоятельствах Суд может распределять расходы между сторонами спора, если он сочтет, что распределение является уместным в свете обстоятельств дела» (*курсив наш*).

¹⁵ См. Соглашение между Соединенными Штатами Америки, Мексиканскими Соединенными Штатами и Канадой, Приложение 14-D, статья 14.D.13 (пункт 4); Инвестиционное соглашение между Австралией и Гонконгом (2019), статья 35 (пункт 3). Что касается применимых правил, см. статью 42 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

¹⁶ См. Конвенцию МЦУИС, статья 61 (пункт 2) и Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правила 50 и 52.

¹⁷ См. статью 40 (пункт 2) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, которая гласит: «Термин “издержки” включает в себя только... е) юридические и иные издержки, понесенные сторонами в связи с арбитражем, в той мере, в какой арбитражный суд признает сумму таких издержек разумной». См. также правило 50 Арбитражного регламента МЦУИС (2022), которое гласит: «Судебные издержки — это все издержки, понесенные сторонами в связи с разбирательством, включая: а) юридические издержки и расходы сторон...».

¹⁸ Например, статья 40 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ; правило 50 Арбитражного регламента МЦУИС (2022).

¹⁹ См. пункт 48 Комментариев ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства, который гласит: «При распределении издержек третейский суд может также учесть определенные действия сторон. Такие действия могут включать: а) невыполнение стороной процессуальных постановлений третейского суда; или б) просьбы стороны по процессуальным вопросам (например, запросы документов, ходатайства по процессуальным вопросам и просьбы о проведении перекрестных опросов), которые являются неразумными, в той степени, в какой любое такое невыполнение действительно имеет прямое отношение к арбитражным издержкам и/или, как это было установлено третейским судом, привело к неоправданным задержкам или нарушению хода арбитражного разбирательства».

ограничить их этими пределами. Рабочая группа, возможно, пожелает поразмышлять над тем, следует ли упомянуть в пункте 3 другие факторы (например, чрезмерность заявленной суммы и сложный характер вопросов)²⁰.

38. Подпунктом (d) предусматривается, что третейский суд при распределении издержек должен учитывать наличие финансирования третьей стороной²¹. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие вопросы, вытекающие из финансирования третьей стороной, в связи с распределением издержек²².

39. Первый из них касается того, можно ли возложить возникающие в связи с финансированием третьей стороной расходы, которые несет финансируемая сторона (включая любые выплаты третьей стороне, осуществляющей финансирование)²³, на другую сторону спора. В пункте 4 отражена позиция, согласно которой расходы, связанные с финансированием третьей стороной, не распределяются и, следовательно, не подлежат возмещению (A/CN.9/1004, п. 93). Однако третейский суд наделяется свободой усмотрения по вынесению иного определения.

40. Вторым вопросом является то, может ли третейский суд возложить издержки на третью сторону, осуществляющую финансирование, особенно в ситуации, когда взыскать издержки с финансируемой стороны невозможно (A/CN.9/1004, п. 93). Принцип, лежащий в основе взыскания издержек с третьей стороны, осуществляющей финансирование, заключается в том, что финансирующая сторона, получающая финансовую выгоду в результате тяжбы, не должна иметь возможность не нести никакой ответственности в случае принятия неблагоприятных решений по издержкам в отношении финансируемой стороны²⁴. Однако в отсутствие явно выраженного положения или согласия третьей стороны, осуществляющей финансирование, третейский суд, как правило, не имеет полномочий взыскивать издержки с третьей стороны, осуществляющей финансирование, поскольку она не является стороной арбитражного соглашения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть этот вопрос совместно с проектом положения E-3, в котором предусматривается, что финансируемая сторона должна раскрывать информацию о согласии третьей стороны, осуществляющей финансирование, покрыть издержки в соответствии с постановлением о взыскании судебных издержек. Возможным вариантом было бы требование о том, чтобы условием привлечения стороннего финансирования было согласие третьей

²⁰ Правило 52 (пункт 1(c)) Арбитражного регламента МЦУИС (2022). Неясно, однако, каким образом сложный характер вопросов может быть учтен при распределении издержек между выигравшей и проигравшей сторонами.

²¹ См. Правила инвестиционного арбитража Сингапурского международного арбитражного центра (2017).

²² См. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration (August 2018) (Доклад совместной Целевой группы Международного совета по торговому арбитражу и Лондонского университета королевы Марии, далее — Доклад МСТА (2018)), Appendix, Principle C:

«С.3. Решение вопроса о том, подлежат ли возмещению в качестве издержек любые расходы, связанные с финансированием, включая выплаты третьей стороне, осуществляющей финансирование, будет зависеть от определения возмещаемых расходов в применимом национальном законодательстве и/или процедурном регламенте, но, как правило, подразумевает прохождение проверки на разумность и раскрытие подробной информации о таких расходах, связанных с финансированием, в самом начале или в ходе арбитражного разбирательства, с тем чтобы другая сторона могла оценить свои риски.

С.4. В отсутствие в применимом национальном законодательстве или процедурном регламенте явно выраженных полномочий суд не будет обладать компетенцией для вынесения постановления о взыскании издержек с третьей стороны, осуществляющей финансирование».

²³ В случае выигранной тяжбы финансируемая сторона, в соответствии с соглашением о предоставлении финансирования, как правило, обязана выплатить некоторую сумму финансирующей стороне и может попытаться добиться возмещения этих расходов на финансирование за счет проигравшей стороны. Вопрос о возмещаемости возникает, когда суды определяют объем понесенных одной из сторон расходов, которые должны быть отнесены на другую сторону.

²⁴ См. Доклад МСТА (2018), с. 161.

стороны, осуществляющей финансирование, на оплату издержек, взыскиваемых с финансируемой стороны.

41. В связи с проектом положения А выше, в пункте 5 поясняется, что общее правило в пункте 1 применяется к процедуре определения того, является ли иск явно лишенным юридических оснований. Это означает, что если поданное стороной ходатайство не было удовлетворено, то возникающие в связи с этим издержки должна нести эта сторона. В то же время, если иск будет признан явно необоснованным или если третейский суд вынесет арбитражное решение о том, что все требования являются юридически необоснованными, судебные издержки будут возложены на сторону спора, выдвинувшую такой иск (такие требования) (см. п. 18 выше).

42. В пункте 6 предусматривается, что третейский суд не обязан откладывать до принятия окончательного арбитражного решения вынесение постановления относительно судебных издержек, которое может быть вынесено по заявлению стороны спора или по его собственной инициативе.

43. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности отражения в проекте положения каких-либо других аспектов (например, любое обязательное соглашение о распределении расходов между сторонами) и предоставления третейскому суду и сторонам спора дополнительных рекомендаций (например, о том, как вести точный и полный учет временных и иных затрат, понесенных в связи с разбирательством).

D. Встречные иски

44. Правовая основа, разрешающая предъявление встречных исков государствами-ответчиками, уменьшила бы неопределенность, способствовала бы справедливости и в конечном счете обеспечивала бы равновесие между сторонами спора. Такая правовая основа разрешила бы проблемы, вытекающие из того, что в инвестиционных договорах налагаются обязательства на принимающие государства, а обязательства инвесторов либо вовсе отсутствуют, либо носят весьма ограниченный характер. Разрешив рассмотрение встречных исков вместе с первоначальным иском, можно было бы также повысить процессуальную эффективность и, вероятно, избежать множественных производств на различных площадках с участием одних и тех же сторон.

45. Применимые процессуальные нормы, как правило, предусматривают возможность предъявления ответчиком встречных исков при соблюдении определенных условий²⁵. В заключенных в последнее время инвестиционных договорах также содержатся положения, разрешающие встречные иски²⁶.

46. Рабочая группа просила Секретариат продолжить работу над темой встречных исков, сосредоточив внимание на процессуальных аспектах данного вопроса, и подготовить варианты формулировок для уточнения условий, при которых допускается предъявление встречных исков (A/CN.9/1044, пп. 61–62).

47. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующий проект положения о встречных исках.

²⁵ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, статья 21 (пункт 3); Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правило 48; Арбитражный регламент ТПС, статья 9 (пункт 1(iii)); Арбитражный регламент МТП, статья 5.

²⁶ Например, ВПТТП, статья 9.19 (пункт 2); ДИД Словакия — Иран, статья 14 (пункт 3); ДИД Аргентина — Объединенные Арабские Эмираты (Аргентина — ОАЭ) (2018), статья 28 (пункт 4).

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ D

1. Ответчик может подать встречный иск:
 - a) возникающий непосредственно из существа спора;
 - b) в связи с фактическим и правовым основанием иска; или
 - c) о нарушении истцом своих обязательств по [настоящему или любому другому применимому договору, международному праву, национальному законодательству или инвестиционным контрактам].
2. Во избежание сомнений согласие ответчика на предъявление иска истцом обусловлено согласием истца на предъявление встречных исков, указанных в пункте 1.

48. В пункте 1 подтверждается, что государство-ответчик может предъявлять встречные иски, и перечисляются потенциальные условия или основания выдвижения встречных исков. В подпунктах (a) и (b) содержится требование о том, чтобы встречный иск был связан с предметом спора²⁷ или с фактическим или правовым основанием иска²⁸. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности сохранения обеих формулировок.

49. Подпункт (c), в свою очередь, расширяет рамки возможностей благодаря предоставлению государству-ответчику права предъявлять встречные иски на основании любого нарушения инвестором-истцом обязательств, которое не должно быть связано с предметом спора или фактическим или правовым основанием иска²⁹. В квадратных скобках в подпункте (c) приводится перечень документов, которые могут содержать такие обязательства³⁰.

50. Как отмечалось выше (см. п. 46), проект положения D не ставит целью конкретизацию обязательств инвесторов (A/CN.9/1044, п. 59). Тем не менее, чтобы предъявлять встречные иски в инвестиционных спорах на основе договоров, в соответствующем договоре должны быть предусмотрены материально-правовые обязательства, нарушение которых будет служить основанием для встречных исков. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание заключенные в последнее время инвестиционные договоры, в которых налагаются такие обязательства³¹, и рассмотреть вопрос о необходимости подготовки аналогичных положений.

51. В пункте 2 отражено стремление уточнить, что встречные иски, предъявляемые ответчиками в соответствии с пунктом 1, подпадают под юрисдикцию третейского суда (A/CN.9/1044, п. 61). Это связано с тем, что, согласно процедурным регламентам, встречные иски, как правило, ограничиваются исками,

²⁷ См., например, Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правило 48.

²⁸ См. например, ВПТТП, статья 9.19.

²⁹ На это указывает союз «или». Иными словами, изложенные в подпунктах условия не являются кумулятивными (A/CN.9/WG.III/WP.214, п. 41).

³⁰ См., например, марокканский Типовой ДИД (2019), статья 28.4; см. также Панафриканский инвестиционный кодекс (ПАИК), статья 43.

³¹ См. ПАИК, статьи 21–24; ДИД Аргентина — Катар (2016), статьи 11 и 12; ДИД Марокко — Нигерия (2016), статьи 18 и 24; индийский Типовой двусторонний инвестиционный договор, статьи 9–12; Пересмотренное инвестиционное соглашение для Общей инвестиционной зоны Общего рынка Востока и Юга Африки (КОМЕСА) (2017), часть 4; образец Типового двустороннего инвестиционного договора Сообщества по вопросам развития стран юга Африки (САДК) (2012), часть 3; марокканский Типовой ДИД, статьи 18 и 28.

подпадающими под юрисдикцию³², и третейские суды часто не принимают к рассмотрению встречные иски на основании отсутствия юрисдикции³³.

Е. Финансирование третьей стороной

1. Определения

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ Е-1 (Определения)

1. «Третья сторона, осуществляющая финансирование» означает любое физическое или юридическое лицо, которое не является стороной разбирательства в рамках МИС, но заключает соглашение о предоставлении финансирования или иным образом осуществляет финансирование разбирательства.

2. «Финансируемая сторона» означает сторону разбирательства в рамках МИС, которая пользуется финансированием, предоставляемым третьей стороной.

3. «Финансирование третьей стороной» означает любое предоставление прямого или косвенного финансирования или эквивалентной поддержки стороне разбирательства в рамках МИС («финансируемая сторона») физическим или юридическим лицом, не являющимся стороной разбирательства («третья сторона, осуществляющая финансирование»), в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода разбирательства.

52. В проекте положения Е-1 содержатся определения основных терминов, поскольку эффективность любого регулирования финансирования третьей стороной будет зависеть от четкого определения последнего (A/CN.9/1004, п. 86). Определения необходимо будет скорректировать в соответствии с моделью и охватом регулирования³⁴.

53. В пунктах 1 и 2 определяются два основных участника финансирования третьей стороной: финансирующая сторона и финансируемая сторона. Пункт 1 призван охватить смысл, вкладываемый в понятие «третья сторона» (любое физическое или юридическое лицо, не являющееся стороной разбирательства), а также ситуации, когда финансирование еще не предоставлено («заключает соглашение о предоставлении»)³⁵. Слово «пользуется» в пункте 2 призвано охватить «косвенное» финансирование, предоставляемое не напрямую стороне спора, а через ее зависимую компанию или представителя (само соглашение о предоставлении финансирования может быть заключено зависимой компанией или представителем в интересах стороны спора). Именно «финансируемая сторона» несет обязанность по раскрытию информации в соответствии с проектом положения Е-2.

³² См., например, статью 21 (пункт 3) Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, которая гласит: «...при условии, что арбитражный суд обладает компетенцией на их рассмотрение», и правило 48 Арбитражного регламента МЦУИС (2022), которое гласит: «...при условии, что такой дополнительный иск охватывается согласием сторон и подпадает под юрисдикцию Центра».

³³ Например, *Spyridon Roussalis v. Romania*, ICSID Case No. ARB/06/1 (7 December 2011), Award, paras. 859–877; *Oxus Gold plc v. Republic of Uzbekistan* (17 December 2015), Award, paras. 906–959; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/15 (22 August 2016), Award, paras. 618–629.

³⁴ Например, в совместном представлении КЦУИ/МИОР/МИУР дается широкое определение, на основании которого требования в отношении раскрытия информации применяются ко всем видам финансирования третьей стороной. В этом случае запретительная оговорка относится только к безрегрессному, зависящему от исхода разбирательства финансированию третьей стороной.

³⁵ См. Доклад МСТА (2018), с. 50. См. также Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение, статья 8.1; и Канадско-чилийское соглашение о свободе торговли (“CCFTA”) (2017), статья G-23-бис (пункт 3).

54. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не будет ли целесообразно вывести государства-ответчики за рамки понятия «финансируемая сторона», установив тем самым применение данного положения только к инвесторам-истцам. Если будет принят такой подход, то потребуются, возможно, последующие редакционные изменения, поскольку текущая версия была подготовлена исходя из ее применимости к любой финансируемой стороне.

55. В пункте 3 рассматриваются основные элементы финансирования третьей стороной. Слово «косвенный» имеет целью охватить ситуацию, в которой сторона спора не является ни стороной соглашения о предоставлении финансирования, ни непосредственным получателем финансирования, но при этом пользуется этим финансированием (см. п. 53 выше). Слово «финансирование» относится к финансовой поддержке³⁶, а выражение «эквивалентная поддержка» имеет целью охват нефинансовой поддержки³⁷. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в пункт 3 прямого указания на то, что финансирование или эквивалентная поддержка предоставляется «для покрытия части или всех судебных издержек», подразумевающегося в словах «поддержка стороне разбирательства в рамках МИС». В пункте 3 дано широкое определение финансирования третьей стороной, чтобы гарантировать, что любые попытки, имеющие целью или следствием обход регулирования финансирования третьей стороной, не будут допущены.

56. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать, является ли такое широкое определение уместным, ведь оно может невольно привести к тому, что под регулирование подпадут и другие виды поддержки (например, независимые экспертные заключения *amicus curiae* в поддержку определенной позиции, безвозмездные юридические услуги, предоставляемые юридической фирмой, и юридические консультации, предоставляемые консультационным центром). В последней части пункта 3 поясняется, что основная цель финансирования заключается в получении вознаграждения в виде доли или права на часть суммы, присужденной по итогам разбирательства одной из сторон спора (такое финансирование принято называть «коммерческим»)³⁸.

Разбирательство

57. В проекте положения E-1 использована формулировка «международный инвестиционный спор (МИС)», рассматриваемая Рабочей группой в контексте подготовки проекта Кодекса поведения, в котором перечислены правовые основания таких споров³⁹. Слово «разбирательство» означает любую процедуру урегулирования МИС (арбитраж, медиация и любой другой механизм АУС)⁴⁰.

³⁶ См. правило 14 Арбитражного регламента МЦУИС (2022); ЕС — Сингапур, статья 3.1 (пункт 2(f)), и Руководящие принципы МАЮ относительно конфликта интересов («Руководящие принципы МАЮ»), Пояснение к общему стандарту 6(b): «...предоставляет средства... для целей преследования или защиты по делу».

³⁷ См. например, Доклад МСТА (2018), с. 50. В качестве альтернативы можно добавить, например, выражение «и другие эквивалентные механизмы финансирования» в качестве всеобъемлющей формулировки, чтобы не допустить нарушения определения и гарантировать эффективную имплементацию любого регулирования; в Руководящих принципах МАЮ финансирование определяется как «предоставление средств или другой материальной поддержки».

³⁸ ЕС — Сингапур, статья 3.1: «в обмен на долю или часть прибыли или потенциальной прибыли от производства, право на которую может получить сторона спора, либо в форме дотации или субсидии»; Канадско-чилийское соглашение о свободе торговли, статья G-23-бис: «в форме дотации или субсидии, либо в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода спора»; Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правило 14: «в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода разбирательства».

³⁹ См. A/CN.9/WG.III/WP.216: «Международный инвестиционный спор» (МИС) — спор между инвестором и государством или организацией региональной экономической интеграции (ОРЭИ)... представленный для урегулирования в соответствии с: i) договором, предусматривающим защиту инвестиций или инвесторов; ii) законодательством, регулирующим иностранные инвестиции; или iii) инвестиционным контрактом».

⁴⁰ См., например, правило 12 Согласительного регламента МЦУИС (2022).

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли ограничить сферу применения данного положения определенными механизмами разрешения споров.

Некоммерческое финансирование

58. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, должно ли определение финансирования третьей стороной также включать финансирование или равнозначную поддержку, предоставляемую в некоммерческих целях, обычно в форме дотации или субсидии (A/CN.9/1004, п. 87)⁴¹. Дело в том, что некоммерческое финансирование и финансирование по линии организаций по вопросам развития⁴² не вызывает тех же опасений, что и коммерческое финансирование.

Другие схемы финансирования

59. Финансирование может осуществляться по целому ряду других схем, например:

финансирование может предоставить законный или иной представитель стороны спора⁴³;

финансирование может предоставляться в обмен на акции (например, когда сторона, осуществляющая финансирование, покупает акции стороны спора или создает вместе с ней специальный целевой механизм);

стороной, осуществляющей финансирование, может быть владелец или инвестор юридической фирмы, которая представляет одну из сторон спора⁴⁴.

60. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать, нужно ли регламентировать применение таких схем финансирования, и если да, то является ли определение, данное в пункте 3, достаточно широким, чтобы охватить их все.

61. В зависимости от выбранной модели и объема регулирования Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о разработке исключений из данного определения.

2. Модели регулирования

62. В нижеследующих пунктах рассматриваются различные модели регулирования финансирования третьей стороной. Рабочая группа, возможно, пожелает дать указания насчет того, какая из моделей заслуживает дальнейшей проработки, принимая во внимание такие факторы, как необходимость обеспечить добросовестный характер разбирательства путем предупреждения злоупотреблений, преимущества финансирования третьей стороной для истцов, особенно малых и средних предприятий, не располагающих достаточными финансовыми ресурсами, и др. (A/CN.9/1004, п. 85).

⁴¹ Широкое определение см. в совместном представлении КЦУИ/МИОР/МИУР. Пример некоммерческого финансирования можно найти в деле *Philip Morris v. Uruguay*, в рамках которого правительству Уругвая было предоставлено финансирование по линии Фонда Блумберга и его кампании «За детство без табака». См. также Доклад МСТА (2018), с. 96.

⁴² Например, Механизм оказания правовой помощи африканским странам (МОППАС), Международная организация по праву развития (МОПР) и консультационный центр, возможность создания которого рассматривается Рабочей группой.

⁴³ См. Доклад МСТА (2018), с. 50; и проект положения 3(b) совместного проекта КЦУИ/МИОР/МИУР.

⁴⁴ См. Доклад МСТА (2018), сс. 35 и 36.

1) Запретительная модель

63. Одним из вариантов может быть полный запрет на финансирование третьей стороной (A/CN.9/1004, п. 81)⁴⁵. Таким образом можно снять опасения, что финансирование третьей стороной усугубляет структурный дисбаланс в режиме УСИГ и ведет к росту количества дел по УСИГ и числа неосновательных исков и завышению исковых требований.

64. Имплементировать запретительную модель в законодательство можно с помощью разных вариантов формулировок. Один из возможных вариантов — добавить общее положение о запрете финансирования третьей стороной (вариант W)⁴⁶. Другой вариант — установить требование об отсутствии стороннего финансирования в качестве условия предъявления иска (вариант X)⁴⁷. Еще один вариант может состоять в том, чтобы обусловить согласие государства-ответчика на участие в разбирательстве по МИС отсутствием стороннего финансирования (вариант Y)⁴⁸. В случае с вариантами Y и Z факт предоставления финансирования третьей стороной, скорее всего, приведет к отказу в иске или вынесению третейским судом решения об отсутствии у него компетенции. Еще один вариант может заключаться в лишении истца, получившего финансирование от третьей стороны, предусмотренных договором льгот (вариант Z)⁴⁹.

Запретительная модель

Вариант W. Истец не заключает соглашения о предоставлении финансирования третьей стороной и не получает финансирования от третьей стороны.

Вариант X. Предъявление иска возможно лишь в том случае, если истец не заключил соглашения о предоставлении финансирования третьей стороной, не получал финансирования от третьей стороны и будет воздерживаться от таких действий.

Вариант Y. Для получения согласия со стороны ответчика необходимо, чтобы истец не заключал соглашения о предоставлении финансирования третьей стороной, не получал финансирования от третьей стороны и воздерживался от обращения за финансированием к третьей стороне.

Вариант Z. Сторона может отказать в предоставлении льгот согласно настоящему договору инвестору другой стороны, предъявившей иск, если инвестор заключил соглашение о предоставлении финансирования третьей стороной или получил финансирование от третьей стороны.

⁴⁵ См. представления правительств Южной Африки (A/CN.9/WG.III/WP.176) и Марокко (A/CN.9/WG.III/WP.161). См. также A/CN.9/WG.III/WP.172, Финансирование третьими сторонами, пп. 15–19.

⁴⁶ См. Аргентина — ОАЭ, статья 24: «Финансирование третьей стороной не допускается».

⁴⁷ См. ЕС — Вьетнам, статья 3.35, Инвестиционное соглашение между Австралией и Гонконгом (Австралия — Гонконг) (2019), статьи 26–27.

⁴⁸ См. ЕС — Вьетнам, статья 3.36; Австралия — Гонконг, статья 24.

⁴⁹ На основании оговорки о лишении льгот государства отказывают в льготах по инвестиционным договорам определенным категориям инвесторов, для защиты которых договоры не предназначены, например истцам, которые «контролируются гражданами третьего государства» и/или «не имеют реальной экономической связи с государством регистрации». См. Denial of Benefits' Clause in Investment Treaty Arbitration by Loukas Mistelis and Crina Baltag, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 293/2018, pp. 1–2. Оговорка о лишении льгот используется государствами для «противодействия стратегиям, состоящим в приобретении выгодного гражданства для получения возможности пользоваться защитой, предоставляемой определенными договорами», иными словами, для предотвращения практики поиска удобного суда и неправомерного пользования льготами, предусмотренными инвестиционным договором». См. Rudolf Dolzer, Ursula Kreibbaum and Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law (3rd edition, 2022), p. 74.

65. В случае применения запретительной модели из определения финансирования третьей стороной, данного в пункте 3 проекта положения E-1, может потребоваться исключить определенные виды финансирования (например, коммерческое финансирование, бесплатную юридическую помощь, экстренную финансовую помощь и финансирование, предоставляемое аффилированным лицом стороны спора, см. п. 58 выше)⁵⁰. Это позволит снять опасения, что запретительная модель может ограничить возможность предъявления исков для МСП и неплатежеспособных истцов.

2) Ограничительная модель

66. Другая модель регулирования может заключаться в том, чтобы установить запрет на финансирование третьей стороной, за исключением определенных случаев.

Исключение в интересах обеспечения доступа к правосудию

Финансирование третьей стороной запрещено, если только истец не докажет, что он не в состоянии добиваться удовлетворения иска без получения финансирования от третьей стороны.

Исключение в интересах устойчивого развития

Финансирование третьей стороной запрещено, если только истец не докажет, что его инвестиционный проект соответствует [применимым положениям об устойчивом развитии].

67. В модели, предусматривающей исключение в интересах обеспечения доступа к правосудию, истцу будет разрешено обращаться за финансированием к третьей стороне, если оно необходимо для подачи иска. Это исключение рассчитано в первую очередь на МСП или других истцов, испытывающих финансовые затруднения (A/CN.9/1004, пп. 82 и 83). При таком подходе получать финансирование от третьих сторон на цели обычной хозяйственной деятельности (например, для управления рисками или вычета расходов на разбирательство из баланса предприятия) будет нельзя. Вместе с тем истцу может быть трудно доказать нехватку денежных средств (A/CN.9/1004, п. 83)⁵¹ или необходимость в привлечении финансирования для отстаивания иска.

68. В модели, предусматривающей исключение в интересах устойчивого развития, истцу будет разрешено привлекать стороннее финансирование лишь при условии, что его инвестиционный проект отвечает заранее определенным требованиям устойчивого развития или соответствующим законам или нормативным актам государства-ответчика. Такой порядок отражает стремление государств, особенно с развивающейся экономикой, обеспечить в своих инвестиционных договорах оптимальный баланс между защитой инвесторов и реализацией собственной повестки в области устойчивого развития. Разрешая получать финансирование от третьих сторон только тем инвесторам, которые вносят вклад в устойчивое развитие, эта модель может помочь государствам придать приоритетный статус и оказать поддержку тем инвестиционным проектам, которые нацелены, например, на смягчение последствий изменения климата. С другой стороны, такая модель может привести к дифференцированному отношению к инвестиционным проектам, которые бы иначе в одинаковой степени подлежали защите согласно инвестиционному договору.

69. В обеих моделях обязанность обосновать предоставление финансирования третьей стороной ложится на истца. Помимо этого, на истца могут быть возложены и другие обязанности. Например, от истца может потребоваться доказать: i) что он предъявляет иск с честными намерениями; ii) что у него есть шанс

⁵⁰ Пример формулировки соответствующего положения см. в совместном представлении КЦУИ/МИОР/МИУР.

⁵¹ См. Доклад МСТА (2018), с. 20.

выиграть дело; или iii) что привлекаемое финансирование не создаст неоправданных помех для хода разбирательства.

70. Для имплементации этих исключений потребуется разработать дополнительные процессуальные нормы, в которых должно быть определено, в частности: i) каким образом, в какой момент и к кому истец должен обращаться за разрешением, ii) какие сведения должны быть указаны в заявлении (в свете проекта положения E-2), iii) какой орган будет уполномочен давать разрешение (например, третейский суд), iv) какие последствия будет иметь отказ в разрешении и v) какие санкции могут быть применены, если истец все же получит финансирование от третьей стороны (см. проект положения E-3).

3) Разрешительная модель

71. В рамках разрешительной модели финансирование третьей стороной в принципе разрешается, за исключением его некоторых видов. Неразрешенные виды финансирования третьей стороной можно перечислить в списке. По сравнению с ограничительной моделью эта модель дает истцу больше свободы в привлечении финансирования от третьих сторон на разные цели.

Разрешительная модель

Финансирование третьей стороной разрешено, если только:

a) финансирование не предоставляется без права регресса в обмен на вознаграждение за успех и другие формы денежного вознаграждения или компенсации, полностью или частично зависящие от результатов разбирательства или портфеля разбирательств;

b) ожидаемая сумма, подлежащая выплате третьей стороне, осуществляющей финансирование, не превышает разумного размера;

c) количество дел по искам к государству-ответчику, финансируемым третьей стороной и касающимся одной и той же меры, не превышает разумного числа; или

d) ...

72. Примеры некоторых видов финансирования, которые будет нельзя использовать в рамках разрешительной модели, приведены выше. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, насколько удачны эти примеры и не нужно ли добавить в список другие виды финансирования, например финансирование неосновательных или лишенных юридического основания исков, предъявляемых в недобросовестных или политических целях (A/CN.9/1004, п. 82).

73. Подпункт (a) имеет целью установить запрет на спекулятивное финансирование (A/CN.9/1004, п. 82). Однако такой запрет может ограничить возможность использования большинства видов коммерческого финансирования. Подпункт (b) имеет целью охватить ситуации, когда размер суммы, подлежащей выплате третьей стороне, предоставившей финансирование, является чрезмерным или превышает определенный предел. В качестве варианта можно ограничить размер подлежащей выплате суммы определенной величиной или процентом⁵². В подпункте (c) идет речь о ситуациях, когда третья сторона уже предоставила финансирование на подачу нескольких исков к одному и тому же государству-ответчику в связи с одной и той же мерой. Это положение позволит ограничить число разбирательств по искам к государству-ответчику, которые может финансировать одна третья сторона. Было выражено мнение, что такая ситуация усугубляет существующий дисбаланс в ущерб государству, поскольку третья

⁵² Представление правительства Турции (A/CN.9/WG.III/WP.174), с. 3: «... сумма возмещения, причитающаяся финансирующей стороне, должна быть ограничена разумной частью компенсации».

сторона, осуществляющая финансирование, может оказать значительное влияние на исход дела.

74. Как и в случае с ограничительной моделью, для имплементации разрешительной модели потребуется разработать соответствующие процессуальные нормы (см. п. 70 выше). Определить, относится ли финансирование третьей стороной к одной из запрещенных категорий, можно на основе информации, подлежащей раскрытию согласно проекту положения E-2. Тем не менее в процессуальных нормах необходимо указать, в частности: i) какой орган будет выносить определение или давать разрешение на финансирование третьей стороной, ii) будет ли определение выноситься по ходатайству одной из сторон спора или по собственной инициативе органа, iii) если только по ходатайству стороны спора, то каких сроков нужно придерживаться, iv) какие последствия будет иметь вынесение органом определения о недопустимости финансирования третьей стороной и v) какие санкции будут применены в случае, если истец все же воспользуется финансированием (проект положения E-3).

3. Раскрытие информации

75. Раскрытие информации — один из способов предотвратить конфликт интересов и повысить прозрачность. Положения о раскрытии информации о финансировании третьей стороной предусмотрены рядом действующих инвестиционных договоров и арбитражных регламентов⁵³.

76. Требование о раскрытии информации может представлять собой самостоятельную модель регулирования. Однако реализация других моделей регулирования, упомянутых в разделе 2, также требует раскрытия определенной информации для определения допустимости финансирования третьей стороной.

77. В проекте положения E-2 отражена позиция Рабочей группы, что информация о финансировании третьей стороной и идентификационные данные этой стороны подлежат раскрытию на ранней стадии разбирательства или сразу после заключения соглашения о финансировании и что это требование должно действовать в течение всего разбирательства (A/CN.9/1004, п. 89).

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ E-2 (Раскрытие информации)

1. Финансируемая сторона раскрывает третьей стороне и другим сторонам спора следующую информацию:

- a) наименование и адрес третьей стороны, осуществляющей финансирование;*
- b) наименование и адрес бенефициарного владельца третьей стороны, осуществляющей финансирование, и любого физического или юридического лица, правомочного принимать решения относительно данного разбирательства в интересах или от имени третьей стороны, осуществляющей финансирование; и*
- c) содержание соглашения о финансировании или его условия.*

⁵³ Правило 14 Арбитражного регламента МЦУИС (2022) и правило 12 Согласительного регламента МЦУИС (2022). См. также Арбитражный регламент МТП, статья 11 (пункт 7): «в целях оказания содействия предполагаемым арбитрам и арбитрам в исполнении их обязанностей, предусмотренных статьями 11 (пункт 2) и 11 (пункт 3), каждая сторона обязана оперативно проинформировать Секретариат, состав арбитража и другие стороны о существовании и идентификационных характеристиках какого-либо лица, не являющегося стороной, которое заключило соглашение о финансировании предъявления требований или заявления возражений и по которому оно имеет экономический интерес в исходе арбитражного производства». Кроме того, в проекте модернизации ДЭХ предусмотрено новое положение, согласно которому обе стороны спора обязаны раскрывать информацию о финансировании своих судебных расходов третьей стороной.

2. Помимо этого, третейский суд может обязать финансируемую сторону раскрыть следующую информацию:

a) согласна ли третья сторона, осуществляющая финансирование, покрыть издержки в соответствии с постановлением о взыскании судебных издержек;

b) ожидаемый размер суммы, подлежащей выплате третьей стороне, осуществляющей финансирование;

c) наличие у третьей стороны, осуществляющей финансирование, права контролировать или влиять на процесс подготовки иска или ход разбирательства и права прекратить финансирование;

d) количество дел по искам против государства-ответчика, финансирование которых осуществляет третья сторона;

e) наличие соглашения между третьей стороной, осуществляющей финансирование, и адвокатом или фирмой, представляющей финансируемую сторону; и

f) любую прочую информацию, которую сочтет необходимой третейский суд.

3. Финансируемая сторона раскрывает информацию, указанную в пункте 1, при подаче искового заявления или, если соглашение о финансировании заключено после подачи искового заявления, в кратчайший срок с момента заключения соглашения. Финансируемая сторона раскрывает информацию, затребованную третейским судом в соответствии с пунктом 2, в кратчайший срок с момента требования.

4. При появлении новой информации или изменении информации, раскрытой в соответствии с пунктами 1 и 2, финансируемая сторона в кратчайший срок раскрывает такую информацию третейскому суду и другим сторонам спора.

5. В случае невыполнения финансируемой стороной обязательств, предусмотренных настоящим положением, третейский суд принимает надлежащие и необходимые меры, предусмотренные проектом положения E-3.

Обязанность финансируемой стороны раскрывать информацию

78. Пункт 1 устанавливает требование о раскрытии определенной информации финансируемой стороной. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о том, не нужно ли распространить то же требование на государство-ответчик (см. п. 54 выше), поскольку в национальном законодательстве могут быть установлены иные требования в отношении раскрытия информации государствами (A/CN.9/1004, п. 84).

79. В пункте 1 также учтено мнение, что информация должна раскрываться как третейскому суду, так и другим сторонам спора (A/CN.9/1004, п. 91)⁵⁴.

Объем раскрываемой информации

80. В пункте 1 отражена позиция Рабочей группы, что раскрытию подлежит факт осуществления финансирования третьей стороной и идентификационные данные третьей стороны, осуществляющей финансирование (A/CN.9/1004, п. 89). В соответствии с этим в подпункте (a) предусмотрено требование о

⁵⁴ В докладе МСТА (2018) предлагается раскрывать информацию только суду, арбитражному учреждению и компетентному органу (при наличии такового). См. доклад МСТА (2018), с. 14. Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение, статья 8.26; ЕС — Вьетнам, статья 3.37; ЕС — Сингапур, статья 3.8.

раскрытия наименования и адреса третьей стороны, осуществляющей финансирование⁵⁵.

81. В подпункте (b) установлено требование о раскрытии наименования и адреса бенефициарного владельца третьей стороны, осуществляющей финансирование, а также имени и адреса любого лица (например, инвестиционного менеджера или консультанта), правомочного принимать решения в интересах или от имени третьей стороны, осуществляющей финансирование. Это требование имеет целью облегчить выявление потенциального конфликта интересов, особенно когда финансирование осуществляется через специальный целевой механизм (A/CN.9/1004, п. 89)⁵⁶. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, насколько такая информация будет доступна финансируемой стороне и в каком объеме она должна подлежать раскрытию.

82. В подпункте (c) предусмотрено требование о раскрытии содержания соглашения о финансировании или его условий.

83. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о том, не нужно ли ограничить круг обстоятельств, при которых требуется раскрывать информацию согласно пункту 1 (например, вероятность конфликта интересов). С другой стороны, финансируемой стороне будет трудно установить наличие конфликта интересов, пока соответствующая информация не будет раскрыта третейскому суду и другим сторонам спора.

84. Рабочая группа, возможно, также пожелает изучить вопрос о том, не нужно ли предусмотреть какие-либо исключения из требования о раскрытии информации, например, на случай предоставления безвозмездной помощи, экстренного финансирования, заключения соглашения о межкорпоративном финансировании (A/CN.9/1004, п. 87) или применения других схем стороннего финансирования, к которым могут применяться другие требования о раскрытии информации⁵⁷.

85. В пункте 2 учтена точка зрения, что в зависимости от обстоятельств дела третейский суд должен быть вправе требовать раскрытия большего объема информации, чем предусмотрено требованиями пункта 1 (A/CN.9/1004, п. 90)⁵⁸. В нем также отражено то обстоятельство, что в зависимости от модели регулирования третейскому суду будет требоваться разная информация для вынесения определения. Например, при некоторых моделях регулирования финансируемая сторона может быть заинтересована в предоставлении третейскому суду большего объема информации, чтобы добиться разрешения на использование стороннего финансирования.

⁵⁵ См. Арбитражный регламент МЦУИС (2022), правило 14 (пункт 4): «(4) Суд может потребовать раскрытия дополнительной информации относительно соглашения о финансировании и не участвующей в споре стороны, осуществляющей финансирование в соответствии с пунктом 3 правила 36».

⁵⁶ См. Victoria Shannon Sahani, *Judging Third-Party Funding*, 63 UCLA L. Rev. 388 (2016).

⁵⁷ См. Доклад МСТА (2018) (с. 96), где в качестве примера приведены положения пункта (a) общего стандарта 7 Руководящих принципов МАЮ, в котором предусмотрено, что требование о раскрытии информации с целью выявления конфликта интересов относится не только к стороне спора, но и к «другой компании в составе той же группы компаний [что и сторона спора] или физическому лицу, имеющему контролирующее влияние на сторону арбитражного разбирательства»; см. также пункт (c) проекта положения 3 в совместном представлении КЦУИ/МИОР/МИУР.

⁵⁸ См. ЕС — Сингапур, статья 3.8; Канадско-чилийское соглашение о свободе торговли, статья G-23-бис; Соглашение о свободной торговле между Аргентиной и Чили (Аргентина — Чили) (2017), статья 8.27; Индонезия — Австралия, статья 14.32; Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение, статья 8.26; ЕС — Вьетнам, статья 3.37. В правиле 14 Арбитражного регламента МЦУИС (2022) предусмотрено требование о раскрытии «наименования и адреса третьей стороны, осуществляющей финансирование».

Сроки и способ раскрытия информации

86. В пункте 3 отражено мнение, что информация должна раскрываться на ранней стадии разбирательства или сразу после заключения соглашения о финансировании (A/CN.9/1004, п. 89). Положения недавно заключенных инвестиционных договоров обычно содержат требование о раскрытии информации в момент подачи иска или сразу после получения финансирования либо заключения соглашения о финансировании⁵⁹.

87. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о том, не нужно ли подготовить правила о раскрытии информации до образования третейского суда, например, в уведомлении об арбитраже, направляемом другой стороне, или уведомлении, направляемом управляющему учреждению, компетентному или иному органу. В этом случае организация, получившая информацию, будет должна передать ее потенциальным кандидатам и третейскому суду, как только он будет образован.

88. В пункте 4 отражено мнение, что требование о раскрытии информации должно оставаться в силе на протяжении всего разбирательства (A/CN.9/1004, п. 89). В нем также предусмотрено требование о том, чтобы финансируемая сторона уведомляла третейский суд и остальные стороны спора о любом изменении ранее раскрытой или появлении новой информации.

89. В пункте 5 предусмотрена возможность принятия мер в случае невыполнения обязательства по раскрытию информации.

Связь с требованиями о раскрытии информации третейским судом

90. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть проект положения E-2 в свете положений проекта статьи 10 Кодекса поведения, представленного в документе A/CN.9/WG.III/WP.216, согласно которому арбитры и кандидаты в арбитры обязаны раскрывать сведения о любых финансовых, деловых, профессиональных или личных отношениях за последние пять лет с организацией, указанной стороной в споре (подп. (i) подп. (a) п. 2), и любой организацией, которая указана стороной в споре в качестве стороны, имеющей прямую или косвенную заинтересованность в исходе разбирательства по МИС, включая третьи стороны, осуществляющие финансирование. Согласно пункту 5 статьи 10, такая информация подлежит раскрытию до или после принятия назначения. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть взаимосвязь между этими положениями с точки зрения сроков раскрытия информации, предусмотренных проектом положения E-2, с учетом того, что кандидату, скорее всего, не будет известно о личности третьей стороны, осуществляющей финансирование.

Публичное раскрытие информации

91. В Правилах ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров вопрос о публикации информации или документов о финансировании третьей стороной не затрагивается. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о том, не нужно ли разработать механизм, аналогичный предусмотренному Правилами прозрачности, для обеспечения публичного доступа к информации, раскрываемой в соответствии с проектом положения E-2⁶⁰.

4. Правовые последствия и санкции в случае невыполнения обязательства

92. В зависимости от конкретной модели регулирования набор вариантов финансирования третьей стороной и его запрещенные виды будут различаться. В любом случае необходимо предусмотреть, какие последствия для стороны

⁵⁹ Например, ЕС — Вьетнам, статья 3.37; ЕС — Сингапур, статья 3.8; Индонезия — Австралия, статья 14.32 (пункт 2).

⁶⁰ См. совместное представление КЦУИ/МИОР/МИУР, с. 5.

спора будет иметь заключение соглашения о предоставлении финансирования третьей стороной или получение такого финансирования.

93. С учетом выраженного мнения, что для обеспечения эффективного выполнения требования о раскрытии информации необходимо предусмотреть и неукоснительно применять конкретные санкции за его нарушение (A/CN.9/1004, п. 92), можно предусмотреть те же последствия на случай невыполнения сторонами спора требования о раскрытии информации, предусмотренного в проекте положения E-2⁶¹. В недавно заключенных инвестиционных договорах предусматривается, что третейский суд может приостановить или прекратить разбирательство⁶², учесть факт несоблюдения требования при вынесении решения об издержках⁶³ или принять любые меры по своему усмотрению⁶⁴.

94. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть нижеследующее положение о мерах, которые могут быть приняты третейским судом.

ПРОЕКТ ПОЛОЖЕНИЯ E-3 (Санкции)

Если одна из сторон заключает соглашение о предоставлении финансирования третьей стороной или получает финансирование от третьей стороны [, не разрешенное настоящими положениями,] или если финансируемая сторона не раскрывает информацию в соответствии с [проектом положения E-2], то третейский суд может:

- a) потребовать, чтобы сторона расторгла соглашение и вернула любое полученное финансирование;
- b) приостановить или прекратить разбирательство;
- c) потребовать предоставления обеспечения покрытия издержек в соответствии с [проектом положения B];
- d) принять этот факт во внимание при распределении издержек в соответствии с [проектом положения C].

95. В зависимости от модели регулирования меры, принимаемые третейским судом, будут различаться. Согласно вариантам X и Y запретительной модели, третейский суд может отказать в рассмотрении иска или вынести постановление об отсутствии компетенции для рассмотрения иска.

96. Третейский суд должен быть вправе принять сразу несколько мер, предусмотренных проектом положения E-3. Такие меры может потребоваться скорректировать в зависимости от того, каким образом и в какой момент будет вынесено определение о недопустимости финансирования третьей стороной. Надо также продумать, какие меры могут быть приняты в том случае, если сторона все же получит финансирование от третьей стороны, несмотря на противоположное определение.

97. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить, насколько адекватными являются вышеперечисленные меры и не нужно ли предусмотреть дополнительные меры, например в виде требования о том, чтобы третья сторона, осуществляющая финансирование, безоговорочно обязалась взять на себя ответственность за выполнение решения о взыскании издержек.

⁶¹ См., например, Индонезия — Австралия, статья 14.32 (пункт 3): «В случае нераскрытия участвующим в споре инвестором информации о финансировании третьей стороной в соответствии с требованиями настоящей статьи третейский суд может вынести определение о приостановлении или прекращении разбирательства».

⁶² См. Индонезия — Австралия, статья 14.32 (пункт 3).

⁶³ См. ЕС — Вьетнам, статья 3.37 (пункт 3); Правила международного инвестиционного арбитража КМЭТАК (2017), статья 27 (пункт 3).

⁶⁴ См. Аргентина — Чили, статья 8.27 (пункт 2).

98. Как и в случае с другими положениями о финансировании третьей стороной, будет нужно разработать процессуальные нормы относительно того, требуется ли для принятия мер третейским судом ходатайство одной из сторон и какие факторы необходимо учитывать при выборе той или иной меры (например, причинение ущерба другой стороне).

99. Хотя в проекте положения E-3 идет речь о мерах, которые могут быть приняты третейским судом, несоблюдение положений о финансировании третьей стороной может также привести к отмене или аннулированию арбитражного или промежуточного решения.

5. Финансирование третьими сторонами как инвестиция

100. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать, не нужно ли подготовить проект положения, в котором бы разъяснялось, что финансирование третьей стороной не является инвестицией, подпадающей под защиту инвестиционных договоров, а третья сторона, осуществляющая финансирование, не считается инвестором в соответствии с такими договорами. Такое положение позволило бы исключить вероятность предъявления сторонами, осуществляющими финансирование, исков к государству на том основании, что они понесли убытки или ущерб в результате предоставления финансирования другому истцу.

6. Кодекс поведения третьих сторон, осуществляющих финансирование

101. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать, не нужно ли разработать кодекс поведения третьих сторон, осуществляющих финансирование, на основе существующих инициатив в этой области⁶⁵. В таком кодексе можно было бы коснуться, в частности, следующих вопросов: i) раскрытие информации, особенно о любом конфликте интересов; ii) требования о прозрачности осуществляемой деятельности; iii) ограничение размера суммы, подлежащей выплате стороне, осуществляющей финансирование (например, максимальный процент от присужденной суммы или суммы исковых требований); iv) ограничение контроля стороны, осуществляющей финансирование, над ходом разбирательства; v) ограничение числа исков к одному государству, финансирование которых может осуществлять одна сторона; и vi) надлежащая проверка исковых заявлений во избежание финансирования неосновательных исков.

⁶⁵ См. Гонконгский кодекс добросовестной практики финансирования арбитража третьей стороной (7 декабря 2018 года) (https://gia.info.gov.hk/general/201812/07/P2018120700601_299064_1_1544169372716.pdf); Кодекс поведения лиц, финансирующих судебные процессы, подготовленный Советом по гражданскому судопроизводству Министерства юстиции Соединенного Королевства (<https://associationoflitigationfunders.com/code-of-conduct/>).

Приложение

АРБИТРАЖНЫЙ РЕГЛАМЕНТ МЦУИС 2022 ГОДА

Двадцать первого марта 2022 года государства — члены МЦУИС утвердили обновленную редакцию регламента, которая вступила в силу 1 июля 2022 года. Ниже приводятся выдержки из Арбитражного регламента МЦУИС 2022 года, имеющие отношение к рассматриваемой теме.

Правило 14

Уведомление о финансировании третьей стороной

- 1) Сторона подает письменное уведомление с указанием наименования и адреса любой стороны, не являющейся стороной спора, от которой эта сторона прямо или косвенно получила финансовые средства на предъявление иска или возражений по иску в рамках разбирательства, в форме дотации или субсидии, либо в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода разбирательства («финансирование третьей стороной»). Если стороной, осуществляющей финансирование, является юридическое лицо, в уведомлении указываются имена и названия физических и юридических лиц, которые владеют юридическим лицом или осуществляют над ним контроль.
- 2) Сторона подает уведомление, предусмотренное в пункте 1, Генеральному секретарю при регистрации заявления об арбитраже либо сразу по заключении соглашения о предоставлении финансирования третьей стороной после регистрации. Сторона незамедлительно уведомляет Генерального секретаря о любых изменениях в информации, содержащейся в уведомлении.
- 3) Генеральный секретарь препровождает уведомление о финансировании третьей стороной и любое уведомление об изменениях в информации, содержащейся в таком уведомлении, сторонам и любому арбитру, кандидатура которого предложена или утверждена для участия в разбирательстве, с целью заполнения декларации арбитра в соответствии с требованиями подпункта (b) пункта 3 правила 19.
- 4) Суд может потребовать раскрытия дополнительной информации относительно соглашения о финансировании и стороны, осуществляющей финансирование в соответствии с пунктом 3 правила 36.

Правило 41

Явное отсутствие юридического основания

- 1) Сторона может заявить возражение о явном отсутствии юридического основания иска. Возражение может касаться существа иска, юрисдикции Центра или компетенции Суда.
- 2) В этом случае применяется следующая процедура:
 - a) в течение 45 дней с момента образования Суда сторона подает письменное заявление;
 - b) в письменном заявлении указываются основания возражения и излагаются соответствующие факты, нормы права и доводы;
 - c) Суд устанавливает срок представления отзывов на возражение;
 - d) если сторона подает возражение до образования Суда, то срок представления письменных отзывов на возражение устанавливается Генеральным секретарем, чтобы Суд мог рассмотреть возражение сразу после своего образования;
 - e) Суд выносит промежуточное или арбитражное решение по возражению в течение 60 дней с момента своего образования или с момента

представления последнего отзыва на возражение в зависимости от того, что происходит позднее.

3) Если Суд придет к заключению, что все исковые требования явно лишены юридического основания, он выносит соответствующее арбитражное решение. В противном случае Суд выносит промежуточное решение по возражению и устанавливает любой срок, необходимый для дальнейшего проведения разбирательства.

4) Вынесение решения о том, что иск не лишен юридического основания, не ограничивает права любой из сторон подать предварительное возражение в соответствии с правилом 43 или заявить об отсутствии юридического основания иска на более поздней стадии разбирательства.

Правило 43

Предварительные возражения

1) Одна из сторон может заявить предварительное возражение о том, что спор или любое акцессорное требование не подпадает под юрисдикцию Центра или по иным причинам находится вне компетенции Суда («предварительное возражение»).

2) Сторона уведомляет Суд и другую сторону о намерении подать предварительное возражение в кратчайший срок.

3) Суд может в любой момент по собственной инициативе рассмотреть вопрос о том, относится ли спор или акцессорное требование к юрисдикции Центра или его собственной компетенции.

4) Суд может рассмотреть предварительное возражение на отдельном этапе разбирательства или объединить с рассмотрением дела по существу. Он может принять такое решение по ходатайству одной из сторон в соответствии с правилом 44 или в любой момент по собственной инициативе в порядке, предусмотренном пунктами 2–4 правила 44.

* См. также правила 44 (Предварительные возражения с просьбой о разделении дела) и 45 (Предварительные возражения без просьбы о разделении дела)

Правило 48

Акцессорные требования

1) За исключением случаев, когда стороны договорились иначе, одна из сторон может заявить попутное, дополнительное или встречное требование («акцессорное требование»), вытекающее непосредственно из предмета спора, при условии, что такое акцессорное требование охватывается согласием сторон и подпадает под юрисдикцию Центра.

2) Попутное или дополнительное требование может быть заявлено не позднее чем в ответе на иск, а встречное требование — не позднее чем в контрмеморандуме, если Суд не распорядится иначе.

3) Срок представления отзывов на акцессорное требование устанавливается Судом.

Правило 50

Издержки на разбирательство

Издержки на разбирательство включают в себя все расходы, понесенные сторонами в связи с разбирательством, в том числе:

- a) гонорары юристов и расходы сторон;
- b) гонорары и расходы членов Суда, их помощников, утвержденных сторонами, и назначенных Судом экспертов;

- c) административные сборы и прямые расходы Центра.

Правило 52

Решения об издержках

- 1) При распределении издержек, связанных с разбирательством, Суд принимает во внимания все соответствующие обстоятельства, в частности:
 - a) исход разбирательства или любой его части;
 - b) поведение сторон в ходе разбирательства, в частности быстрота и эффективность действий сторон с точки зрения затрат и их соответствие требованиям настоящего Регламента и предписаниям и решениям Суда;
 - c) сложность спорных вопросов; и
 - d) обоснованность заявленных затрат.
- 2) В случае вынесения Судом арбитражного решения в соответствии с пунктом 3 правила 41, Суд присуждает возмещение разумных судебных издержек выигравшей стороне, если только он не признает наличие особых обстоятельств, оправдывающих иное распределение издержек.
- 3) Суд может в любой момент вынести промежуточное решение об издержках по собственной инициативе или по ходатайству одной из сторон.
- 4) Суд обеспечивает, чтобы все решения об издержках были должным образом мотивированы и были включены в арбитражное решение.

Правило 53

Обеспечение покрытия издержек

- 1) По ходатайству одной из сторон Суд может обязать любую сторону, заявляющую иск или встречный иск, предоставить обеспечение покрытия издержек.
- 2) В этом случае применяется следующая процедура:
 - a) в ходатайстве излагаются соответствующие обстоятельства и приводятся подтверждающие документы;
 - b) Суд устанавливает срок представления отзывов на ходатайство;
 - c) если одна из сторон подает ходатайство о предоставлении обеспечения покрытия издержек до образования Суда, то срок представления письменных отзывов на ходатайство устанавливается Генеральным секретарем, чтобы Суд мог рассмотреть ходатайство сразу после своего образования;
 - d) Суд выносит решение по ходатайству в течение 30 дней с момента своего образования или момента представления последнего отзыва на ходатайство в зависимости от того, что происходит позднее.
- 3) При определении того, следует ли обязать одну из сторон предоставить обеспечение покрытия издержек, Суд рассматривает все имеющие отношение к делу обстоятельства, включая:
 - a) способность данной стороны выполнить решение о взыскании издержек;
 - b) готовность данной стороны выполнить решение о взыскании издержек;
 - c) возможные последствия предоставления обеспечения покрытия издержек для способности данной стороны предъявить иск или встречный иск; и
 - d) поведение сторон.

- 4) Суд рассматривает все доказательства, представленные в отношении обстоятельств, указанных в пункте 3, включая наличие финансирования третьей стороной.
 - 5) Суд указывает любые соответствующие условия в решении о предоставлении обеспечения покрытия издержек и устанавливает срок для выполнения этого решения.
 - 6) В случае невыполнения стороной решения о предоставлении обеспечения покрытия издержек Суд может приостановить разбирательство. Если разбирательство приостанавливается более чем на 90 дней, Суд может после консультации со сторонами принять решение о прекращении разбирательства.
 - 7) Сторона незамедлительно сообщает о любых существенных изменениях обстоятельств, на основании которых Суд принял решение об обеспечении покрытия издержек.
 - 8) Суд может в любой момент изменить или отменить свое решение об обеспечении покрытия издержек по собственной инициативе или по ходатайству одной из сторон.
-