



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 August 2018
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы
урегулирования споров между инвесторами
и государствами)
Тридцать шестая сессия
Вена, 29 октября — 2 ноября 2018 года**

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

Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение.	2
II. Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ	2
A. Оценка выявленных проблем	2
1. Общий обзор выявленных проблем	2
2. Правовые основы независимости и беспристрастности	3
a) Требования независимости и беспристрастности	3
b) Решение проблемы потенциального отсутствия независимости и беспристрастности: обязанность арбитров раскрывать информацию	13
c) Общие черты механизма отвода арбитров	15
3. Целесообразность реформ	20



I. Введение

1. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа предложила Секретариату i) подготовить перечень проблем, связанных с урегулированием споров между инвесторами и государствами (УСИГ), которые были затронуты на ее тридцать четвертой и тридцать пятой сессиях; ii) изложить возможные основы для ее будущих обсуждений; и iii) рассмотреть вопрос о том, какую дополнительную информацию можно представить государствам в отношении охвата некоторых проблем (A/CN.9/935, пункт 99).
2. В документе A/CN.9/WG.III/WP.149 пункты (i) и (ii) затрагиваются на уровне общего обзора. В документах A/CN.9/WG.III/WP.151 (настоящая записка) и A/CN.9/WG.III/WP.152 рассматриваются просьбы Рабочей группы, касающиеся темы арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ.
3. Как и в случае с другими документами, представленными Рабочей группе, настоящая записка была подготовлена на основании целого ряда опубликованных источников информации по этой теме¹.
4. Хотя в настоящей записке содержится информация, которая помогает Рабочей группе при рассмотрении некоторых проблем в рамках УСИГ и целесообразности проведения реформ, она не преследует цель выразить мнение по затронутым вопросам, которые являются предметом рассмотрения Рабочей группы.

II. Обеспечение независимости и беспристрастности арбитров и лиц, принимающих решения, в рамках УСИГ

A. Оценка выявленных проблем

1. Общий обзор выявленных проблем

5. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа рассмотрела вопрос об арбитрах и лицах, принимающих решения, в рамках УСИГ, включая этические требования к арбитрам, основными аспектами которых являются независимость и беспристрастность арбитров (A/CN.9/935, пункты 47–68 и 78–81), воздействие механизмов назначения (A/CN.9/935, пункты 54 и 69–77) и квалификации и полномочия арбитров (A/CN.9/935, пункты 82–88).
6. В частности, Рабочая группа рассмотрела причины критики в адрес нынешнего режима УСИГ в том, что касается арбитров, с тем чтобы способствовать рассмотрению в надлежащем порядке возможных решений (A/CN.9/935, пункт 55). В этом контексте были затронуты следующие проблемы:
 - i) отсутствие четкого определения соответствующих этических требований и их сферы охвата на практике (A/CN.9/935, пункт 56), а также коллизия интересов, так называемое «совмещение должностей» и/или коллизия проблем, обусловленная тем, что арбитры также могут выступать в качестве адвокатов в разных разбирательствах в рамках УСИГ (A/CN.9/935, пункты 78–81);
 - ii) механизмы и процесс назначения, влияние роли арбитров в делах по линии УСИГ (включая вопрос демократической подотчетности арбитров, A/CN.9/935, пункт 58), потребуется ли обеспечение большей прозрачности в процессе назначения, в частности в тех случаях, когда назначения

¹ См. библиографические ссылки, опубликованные Научным форумом, которые можно найти в разделе «Дополнительные ресурсы» на сайте http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html). При подготовке настоящей записки были также использованы материалы, которые предоставили следующие эксперты: Сьюзан Фрэнк, Жан Калицки, Йост Паувелин, Серхио Пуиг и Макси Шерер.

производятся компетентными органами (A/CN.9/935, пункты 76–77), и влияние механизмов назначения на обеспечение разнообразия (A/CN.9/935, пункты 69–75);

iii) метод вознаграждения арбитров, который часто считается основным элементом независимости, хотя Рабочая группа отметила, что этому вопросу было уделено меньше внимания, чем другим вопросам, поднятым в отношении арбитров (A/CN.9/935, пункт 57);

iv) квалификация, необходимая для вынесения решений по делам УСИГ, а также полномочия и обязанности арбитров (A/CN.9/935, пункты 82–88); и

v) влияние на независимость и беспристрастность практики финансирования третьими сторонами (A/CN.9/935, пункты 82–88).

7. В настоящей записке затронуты проблемы, рассмотренные Рабочей группой и касающиеся эффективности существующих правовых основ обеспечения независимости и беспристрастности арбитров, включая требования в отношении раскрытия информации и механизмы отвода арбитров. Процесс и механизмы назначения и их влияние и вопрос о квалификации и полномочиях арбитров рассматриваются в документе A/CN.9/WG.III/WP.152. В рабочем документе, который готовится к выпуску, будет рассмотрен вопрос финансирования третьими сторонами.

8. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа предложила представить ей информацию о других правовых основах обеспечения независимости и беспристрастности, включая международный коммерческий арбитраж и международные суды и трибуналы (A/CN.9/935, пункт 46). В настоящей записке содержится информация об этих «сопоставимых факторах» и при необходимости приводятся комментарии относительно полезности и надежности информации и данных по отдельным делам.

2. Правовые основы независимости и беспристрастности

а) Требования независимости и беспристрастности

i) Понятия независимости и беспристрастности²

9. Независимость и беспристрастность третейских судей являются ключевыми элементами любой системы правосудия, призванными обеспечить справедливое судебное разбирательство и соблюдение требований надлежащей правовой процедуры. Рабочая группа подчеркнула, что важнейшее значение в системе УСИГ имеют достаточные гарантии независимости и беспристрастности арбитров (A/CN.9/935, пункт 47).

10. Широко распространенная в Рабочей группе точка зрения заключалась в том, что правовые основы УСИГ, для того чтобы считаться эффективными, должны на деле обеспечивать не только беспристрастность и независимость арбитров и лиц, принимающих решения, но и наглядное проявление этих качеств. В этой связи было высказано мнение, что эти усилия должны включать оба элемента (A/CN.9/935, пункт 53).

² Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что основное внимание в настоящей записке, как и в ходе обсуждений в Рабочей группе, уделяется вопросам независимости и беспристрастности арбитров. В то же время в национальном законодательстве и арбитражных регламентах можно найти и другие требования к арбитрам, включая нейтралитет, справедливость по отношению к сторонам, усердие и конфиденциальность. По существу эти правила требуют от арбитра: i) выполнять свои обязанности добросовестно и тщательно, старательно и оперативно в течение всего хода разбирательства; и ii) сохранять конфиденциальность не подлежащей публичной огласке информации и не использовать никакую информацию для получения личной выгоды и ущемления интересов других. В качестве примера можно привести правило 6 Конвенции МЦУИС и статью 17 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ.

11. Наиболее распространенная концепция независимости и беспристрастности заключается в том, что они представляют собой отдельные, но тесно взаимосвязанные понятия. В то время как независимость обычно связана с отсутствием деловых, финансовых или личных отношений между арбитром и стороной в арбитражном разбирательстве, беспристрастность означает отсутствие предвзятости или предрасположенности арбитра или лица, принимающего решения, по отношению к одной из сторон. Причиной отсутствия независимости обычно являются проблемные отношения между арбитром и стороной или ее адвокатом, а предвзятое отношение, например, возникает в тех случаях, когда арбитр, судя по всему, уже predetermined решение некоторых вопросов.

12. Требования независимости и беспристрастности применяются к любому судебному или сходному с судебным процессу урегулирования споров³.

13. Процесс назначения арбитров и лиц, принимающих решения, может привести к установлению отношений между назначающей стороной и арбитром или лицом, принимающим решения. Контекст и воздействие процесса назначения в

³ Эти требования применимы к национальным судам, международному коммерческому арбитражу, инвестиционному арбитражу, межгосударственному арбитражу и международной судебной системе. Они отражают основополагающие принципы; см., например, Всеобщую декларацию прав человека, 10 декабря 1948 года, документ A/810 Организации Объединенных Наций в 71 (1948), статья 10 («Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право, на основе полного равенства, на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом»); Международный пакт о гражданских и политических правах, 16 декабря 1966 года, 999 UNTS 171, статья 14(1) («Все лица равны перед судами и трибуналами. Каждый имеет право при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, или при определении его прав и обязанностей в каком-либо гражданском процессе, на справедливое и публичное разбирательство дела компетентным, независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. [...]»); Европейскую конвенцию по правам человека, статья 6(1) («Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона»); требования независимости и беспристрастности отражены в уставных документах различных международных судебных органов; см. Бангалорские принципы поведения судей (2002 год), размещены на сайте <http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial-group/Bangaloreprinciples.pdf>. Эти стандартные требования включены в клятву, которую судьи дают при вступлении в должность; Статут Международного трибунала по морскому праву (МТП), в котором эта клятва изложена следующим образом: «Я торжественно заявляю, что буду выполнять свои обязанности и осуществлять свои полномочия в качестве судьи честно, неукоснительно, беспристрастно и добросовестно». Кроме того, в принятых Организацией Объединенных Наций Основных принципах независимости судебных органов и «Принципах, касающихся независимости международных судебных органов» («Принципы Берг-Хаус»), которые являются не имеющими обязательной юридической силы принципами, предназначенными в первую очередь для постоянного международного суда, общие руководящие принципы, касающиеся независимости и беспристрастности, излагаются следующим образом: «Для обеспечения независимости судебных органов необходимо гарантировать независимость судей от сторон в находящемся на их рассмотрении деле, их собственных государств гражданства или постоянного места жительства, принимающих стран, в которых они работают, и международных организаций, под эгидой которых создан суд или трибунал; судьи должны быть свободны от неправомерного воздействия из любого источника; судьи выносят решения по делам беспристрастно на основании фактов дела и применимого права; судьи избегают любой коллизии интересов, а также возникновения ситуации, которая может разумно восприниматься как способствующая коллизии интересов; и судьи воздерживаются от злоупотреблений в своей судебной и смежной деятельности». (Размещено на сайте https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/burgh_final_21204.pdf.)

различных арбитражных и судебных системах обсуждаются в документе [A/CN.9/WG.III/WP.152](#).

14. При рассмотрении концепции независимости обычно проводится различие между индивидуальной независимостью, которая означает отсутствие связей между стороной и лицом, принимающим решения, (которую иногда также называют функциональной независимостью, поскольку она имеет отношение к функции лица, принимающего решения); и институциональной независимостью, которая означает отсутствие внешнего влияния на орган, занимающийся урегулированием спора.

15. Арбитры обычно занимаются и другой профессиональной деятельностью, которая может привести к установлению связей со сторонами в споре и самим спором и может оказывать влияние на индивидуальную независимость, и этому уделяется основное внимание в контексте специальной процедуры УСИГ⁴. Тем не менее институциональная независимость по-прежнему актуальна. Например, в случае институционального арбитража институциональная система должна гарантировать структурную независимость (т.е. что учреждения не будут вмешиваться в вынесение решения по спору). Хотя арбитражные учреждения в системах специального арбитража обычно полагаются главным образом на индивидуальную независимость судей от сторон в споре и предмета спора, здесь применяется тот же принцип институциональной независимости.

ii) Существующие стандарты

16. В сфере УСИГ в регламентах МЦУИС и ЮНСИТРАЛ⁵, а также в институциональных правилах других соответствующих органов⁶ основное внимание уделяется i) определению принципа, согласно которому арбитры должны быть независимыми и беспристрастными; ii) разработке правил предупреждения зависимости и предвзятости посредством требования к арбитрам раскрывать определенные сведения по некоторым аспектам, которые могут вызывать вопросы относительно их независимости или беспристрастности; и iii) определению процедур для отвода сторонами кандидатур арбитров на основе реального или видимого отсутствия независимости или беспристрастности, чему в настоящем разделе уделяется основное внимание.

17. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что независимость и беспристрастность в соответствии с вышеупомянутыми арбитражными регламентами определяются как обязанности арбитров, которые должны принимать решения без внешнего вмешательства и предвзятости. Независимость также является одним из прав арбитра, поскольку никакая организация или лицо не могут препятствовать работе арбитра или оказывать на него воздействие.

⁴ В отличие от этого статуты международных судов и трибуналов основаны большей частью на том допущении, что судьи задействованы на постоянной основе. Соответственно, их подход к несудебной деятельности и отношениям основывается на обстоятельствах, которые отличаются от УСИГ.

⁵ Статья 14 (1) Конвенции МЦУИС; правило 6(2), Арбитражный регламент МЦУИС; статья 11 Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ. Учитываются также различия в формулировке требований к независимости и беспристрастности в вышеупомянутых арбитражных регламентах, для того чтобы не приводить разные стандарты. Существует общее согласие по поводу того, что эти правила охватывают требования как независимости, так и беспристрастности (например, способность выносить независимое решение может рассматриваться как альтернативный способ определения беспристрастности).

⁶ См. также Постоянная палата третейского суда, арбитражные правила 11–13, Арбитражный регламент Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты, действующий с 1 января 2017 года, статья 18; Арбитражный регламент Международной торговой палаты, действующий с 1 марта 2017 года, статья 11; Каирский региональный центр по международному торговому арбитражу, Арбитражный регламент, действующий с 1 марта 2011 года, статья 11.

18. В дополнение к применимым стандартам разработаны правовые нормы, не носящие обязательного характера. Например, Руководящие принципы Международной ассоциации юристов, касающиеся коллизии интересов в международном арбитраже («Руководящие принципы МАЮ»), устанавливают общий принцип независимости и беспристрастности⁷. Они также предусматривают, что каждый потенциальный арбитр несет ответственность за оценку потенциальной коллизии интересов или возможную предвзятость и раскрытие информации по этим вопросам⁸.

19. Некоторые заключенные в последнее время инвестиционные договоры содержат кодекс поведения для арбитров, задействованных в процессе урегулирования споров между инвесторами и государствами, которые возникли в рамках этих договоров, и это дополняет положения применимых арбитражных регламентов⁹. В этих кодексах обычно затрагиваются нормы поведения арбитров (и других лиц), их обязанности при ведении арбитражного разбирательства, обязательства раскрывать информацию и обязательства соблюдать конфиденциальность. Обычно они не предусматривают никаких санкций помимо права обеих сторон требовать замены арбитра.

20. Понимание в отношении правил и процедур разрешения споров Всемирной торговой организации (ПРС ВТО) и Правила поведения ВТО требуют от членов ПРС ВТО (а также других соответствующих лиц) проявлять «независимость и беспристрастность, избегать прямых или косвенных конфликтов интересов ..., с тем чтобы путем соблюдения таких норм поведения обеспечивать целостность и объективность этого механизма»¹⁰.

iii) Дополнительные/конкретные вопросы или проблемы

21. В контексте УСИГ был выявлен ряд проблем, которые таят в себе особый риск подрыва независимости и беспристрастности или вызывают озабоченность в этом плане. К ним относятся повторные назначения и ситуации, связанные с возможностью возникновения коллизии интересов и/или так называемой коллизии проблем.

Повторные назначения

22. Вопрос о повторных назначениях был рассмотрен Рабочей группой на ее тридцать пятой сессии. Было сказано, что некоторые арбитры часто характеризуются как оказывающие предпочтение государствам или инвесторам в свете полномочий, предоставляемых им в ходе повторных назначений той или иной стороной (A/CN.9/935, пункт 54). Еще один аспект повторных назначений возникает, когда один и тот же арбитр назначается в схожих обстоятельствах (например, разными государствами, но в спорах, связанных со схожими юридическими вопросами). Однако трудно определить, какое воздействие оказывают на деле повторные назначения на независимость и предвзятость со стороны арбитров и действительно ли они отражают субъективные или принципиальные предпочтения, особенно в том что касается какого-либо воздействия на результаты дела.

⁷ Они предусматривают, что «каждый арбитр должен быть беспристрастным и независимым во время назначения и должен оставаться таковым до вынесения окончательного арбитражного решения или прекращения разбирательства иным образом». Руководящие принципы МАЮ размещены на сайте https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx.

⁸ Руководящий принцип 7.d размещен на вышеуказанном сайте.

⁹ См., например, Соглашение о свободной торговле между Европейским союзом и Сингапуром (Приложение 15-B, Кодекс поведения для арбитров и посредников, версия по состоянию на май 2015 года); и Всеобъемлющее торгово-экономическое соглашение между Европейским союзом и Канадой (ВТЭС), (Приложение 29-B, Кодекс поведения для арбитров и посредников).

¹⁰ «Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes, 1996», размещено на сайте https://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm.

23. В одном деле МЦУИС повторные назначения сами по себе не были сочтены свидетельством отсутствия независимости, даже когда возникали схожие вопросы права и вопросы факта¹¹. Однако в другом деле было принято решение о том, что «неоднократные назначения арбитра стороной или ее адвокатом представляют собой фактор, который должен тщательно изучаться в контексте отвода арбитра»¹². Необходимо к тому же принимать во внимание экономическую значимость назначений для соответствующих арбитров, а также уточнять, свидетельствуют ли они о зависимости арбитра от соответствующей стороны, являются ли повторные назначения таковыми, что заранее возникают определенные отношения, и возникают ли дублирующие друг друга вопросы права и факта.

24. В Руководящих принципах МАЮ повторные назначения арбитров сторонами и адвокатами включены в «Оранжевый список»¹³. Согласно Руководящим принципам, обоснованные сомнения возникают только в том случае, если «[а]рбитр в течение последних трех лет два или более раз назначался арбитром одной из сторон или аффилированной компанией одной из сторон» или «[а]рбитр в течение последних трех лет получил более трех назначений от одного и того же адвоката или от одной и той же юридической фирмы». Однако в Руководящих принципах приводится исключение из этих условий в случае повторных назначений в специализированных областях арбитража, где практика сторон заключается в неоднократных назначениях одного и того же арбитра в разных делах¹⁴.

Проблема «совмещения должностей» или смешения ролей

25. Одним из вопросов, которые становятся предметом серьезных разногласий, когда речь заходит о проблеме независимости и беспристрастности арбитров, является смена ролей у лиц, выступающих в качестве арбитра, адвоката и эксперта в различных разбирательствах по линии УСИГ, и здесь может возникнуть коллизия интересов и/или так называемая коллизия проблем¹⁵. Эти

¹¹ Дела МЦУИС *Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ARB/10/5, решение по предложению истца дисквалифицировать арбитра профессора Брижит Стерн, 23 декабря 2010 года.

¹² *Opic Karimum Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, решение по предложению дисквалифицировать профессора Филиппе Сандса, дело № ARB/10/14 МЦУИС (5 мая 2011 года).

¹³ В Руководящих принципах изложены четыре категории перечней ходатайств с классификацией потенциальных коллизий интересов, информация по которым должна раскрываться, и первый — это «Красный список». В «Красном списке» есть две подкатегории: во-первых, «Красный список ходатайств, от которых нельзя отказаться»; в нем приводятся наиболее серьезные случаи коллизии интересов, которые, как показывает название этой подкатегории, не могут быть проигнорированы в результате отказа сторон от своих требований. Во-вторых, «Красный список ходатайств, от которых можно отказаться»; в нем перечислены ситуации, которые вызывают обоснованные сомнения в отношении независимости и беспристрастности арбитра, но в которых стороны могут отказаться от своих требований (с оговорками, что отказ является явно выраженным и основан на соответствующей осведомленности). В «Оранжевом списке» содержится неисчерпывающий перечень ситуаций, информация по которым обычно не подлежит раскрытию, но арбитр должен в каждом конкретном случае оценивать, может ли данная ситуация (независимо от того, указана ли она конкретно в Оранжевом списке или нет) все-таки породить обоснованные сомнения в его или ее беспристрастности. Наконец, в «Зеленом списке» излагаются ситуации, когда, как полагают, никакой коллизии интересов (реальной или предполагаемой) нет, и, следовательно, в этих ситуациях никакого требования о раскрытии информации не выдвигается.

¹⁴ С другой стороны, в международном коммерческом арбитраже в качестве одного из показателей принимается фактор экономической значимости назначения для арбитра, а не количество назначений за определенный период времени. См., например, *LCIA Reference No. 81160* (August 28, 2009).

¹⁵ Примером смешения ролей являются взаимосвязи в делах *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, дело № ARB/01/12 МЦУИС (решения о дисквалификации нет в открытом доступе); *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, дело № ARB/02/8 МЦУИС (решения о дисквалификации нет в открытом доступе); и *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*, дело № ARB/04/19 МЦУИС.

ситуации вызывают беспокойство в связи с тем, что арбитры могут принять решение — или может возникнуть видимость, что они принимают решение — по тому или иному вопросу таким образом, чтобы оно благоприятствовало стороне, которую они представляют в другом споре. Кроме того, адвокат может согласиться на назначение конкретного арбитра в одном деле, и этот арбитр, выступая в качестве адвоката в другом деле, соглашается назначить назначившего его адвоката в качестве арбитра в этом втором деле.

26. На тридцать пятую сессию Рабочей группы было достигнуто общее согласие с тем, что эта практика, которую часто именуют «совмещением должностей» или «смешением ролей», вызывает озабоченность в той мере, в какой она создает потенциальную или фактическую коллизию интересов. Рабочая группа услышала на этой сессии, что такая коллизия или даже подозрение в том, что решение по делу стало результатом такого влияния, оказывают негативное воздействие на восприятие законного характера УСИГ ([A/CN.9/935](#), пункты 78 и 81). Как было заявлено, озабоченность по поводу совмещения должностей особенно ощутима в УСИГ в связи с тем, что здесь регулярно возникает вопрос о толковании и применении одних и тех же или аналогичных правовых инструментов.

27. С другой стороны, среди аргументов, выдвинутых в Рабочей группе в пользу допущения этой практики, было, например, то, что ввиду относительно небольшого численного состава арбитров по делам, связанным с УСИГ, запрещение совмещения должностей может подорвать качество процесса и решимость лиц, принимающих решения, в нынешней системе¹⁶. Другим аргументом стало то, что, как услышала Рабочая группа на тридцать пятую сессию, адвокат, стремящийся стать постоянным штатным арбитром, не может по экономическим причинам прекратить свою адвокатскую практику, если нет никаких гарантий его назначения арбитром, и что работа в качестве адвоката может дать потенциальному арбитру возможность приобрести опыт и репутацию, необходимые для последующего назначения в качестве арбитра ([A/CN.9/935](#), пункт 81).

28. Отметив на тридцать пятую сессию, что государства пытались решить этот вопрос в более поздних инвестиционных договорах, Рабочая группа запросила дополнительную информацию о распространенности этой практики, с тем чтобы ясно определить масштабы этой проблемы и понять ее характер ([A/CN.9/935](#), пункт 81).

29. Внутреннее законодательство, как правило, не запрещает практику совмещения должностей, равно как не запрещают ее и регламенты МЦУИС и ЮНСИТРАЛ. Не затрагивается этот вопрос и в Руководящих принципах МАЮ. Соответственно, вопрос о том, приводит ли совмещение должностей к коллизии интересов на практике, решается при рассмотрении ходатайств об отводе арбитров посредством ссылки на общие нормы, касающиеся отводов: есть ли обоснованные сомнения или существуют ли какие-то другие применимые критерии, позволяющие судить об отсутствии независимости и беспристрастности в свете фактов рассматриваемого дела?

30. Кроме того, в очень немногих этических нормах — если таковые вообще имеются — прямо обсуждается допустимость или недопустимость выполнения нескольких подобных функций. В то же время в некоторых кодексах есть ряд косвенных ссылок, которые, как можно считать, допускают или ограничивают возможность выполнения нескольких функций в различных международных судах и организациях¹⁷.

¹⁶ Однако было высказано мнение, что с тех пор, как впервые были выдвинуты эти аргументы, состав арбитров расширился. См. также исследование «Pluricourts», которое обсуждается ниже в пунктах 32 и далее.

¹⁷ См., например, раздел 18 Арбитражного кодекса Спортивного арбитражного суда (САС), где говорится: «Лица, которые включены в список арбитров, могут быть приглашены для работы в третейских группах, создаваемых одним из подразделений САС». Арбитры и

31. В контексте международных судов и трибуналов принцип 8.1 Принципов Берг-Хаус гласит, что «[с]удьи не должны заниматься какой-либо внесудебной деятельностью, которая несовместима с их функцией судьи или эффективным и оперативным функционированием суда, членами которого они являются, или которая может повлиять или, как может разумно показаться, влияет на их независимость или беспристрастность»¹⁸. Статья 16 Статута Международного Суда запрещает членам Суда принимать и выполнять определенные обязанности¹⁹. В Статуте Международного уголовного суда предусматривается, что «[с]удьи не занимаются никакой деятельностью, которая может препятствовать выполнению ими своих судебных функций или может заставить усомниться в их независимости»²⁰, и, действительно, что «[с]удьи, от которых требуется выполнять свои функции на постоянной основе в месте пребывания Суда, не должны посвящать себя никакому другому занятию профессионального характера». Точно так же судьи Европейского суда по правам человека (ЕСПЧ) «не должны осуществлять никакой деятельности, несовместимой с их независимостью, беспристрастностью или с требованиями, вытекающими из характера их работы в течение полного рабочего дня»²¹.

посредники САС при их назначении подписывают заявление с обязательством выполнять свои функции в личном качестве, проявляя при этом абсолютную объективность и независимость, и в соответствии с положениями данного кодекса. Арбитры и посредники САС не могут выступать в качестве адвоката той или иной стороны в САС.

¹⁸ Информацию о Принципах Берг-Хаус см. в сноске 3 выше.

¹⁹ Статут Международного Суда, статья 16.1, 26 июня 1945 года, 59 Stat. 1055 (где провозглашается, что «[Ч]лены Суда не могут исполнять никаких политических или административных обязанностей и не могут посвящать себя никакому другому занятию профессионального характера. 2. Сомнения по настоящему вопросу разрешаются определением Суда»). Международный Суд рассмотрел вопрос о совмещении должностей в двух практических директивах, выпущенных в 2002 году: практическая директива VII: «Суд считает, что ситуация, когда лицо, заседающее в качестве судьи *ad hoc* по одному делу, при этом действует или недавно действовало в Суде в качестве представителя, поверенного или адвоката по другому делу, не отвечает интересам должного отправления правосудия. Поэтому при отборе судьи *ad hoc* в соответствии со статьей 31 Статута и статьей 35 Регламента Суда сторонам следует воздерживаться от выдвижения кандидатур лиц, которые действуют в качестве представителя, поверенного или адвоката по другому делу, находящемуся в производстве Суда, или действовали в этом качестве в трехлетний период, предшествующий дате выдвижения. Сторонам следует равным образом воздерживаться и от того, чтобы назначать представителем, поверенным или адвокатом по делу, находящемуся в производстве Суда, лицо, которое заседает в качестве судьи *ad hoc* по другому такому делу»; и практическая директива VIII: «Суд считает, что ситуация, когда лицо, являвшееся до недавнего времени членом Суда, судьей *ad hoc*, Секретарем, заместителем Секретаря или одним из высших должностных лиц Суда (главный секретарь по правовым вопросам, первый секретарь или секретарь), выступает в качестве представителя, поверенного или адвоката по делу, находящемуся в производстве Суда, не отвечает интересам должного отправления правосудия. Поэтому сторонам следует воздерживаться от того, чтобы назначать представителем, поверенным или адвокатом по делу, находящемуся в производстве Суда, лицо, которое в трехлетний период, предшествующий дате назначения, являлось членом Суда, судьей *ad hoc*, Секретарем, заместителем Секретаря Суда [и т.д.] ... ». Воздействие этих практических директив заключалось не в том, чтобы полностью исключить выполнение судьями Международного Суда функций арбитров в рамках УСИГ. В ходе исследования было установлено, что по состоянию на 2017 год семь из 15 членов Международного Суда работали в качестве арбитров во время их пребывания в должности как минимум по 90 делам; что трое из этих судей работали в качестве арбитров по девяти делам каждый, а остальные четыре судьи были определены в качестве арбитров только в одном или двух делах; и что несколько нынешних судей также работали в комитетах по отмене решений. Наконец, исследование показало, что заседающие в Международном Суде судьи заседали или заседают в качестве арбитров почти в 10 процентах из 817 известных дел, связанных с инвестиционными договорами (см. <http://www.iisd.org/media/sitting-international-court-justice-judges-worked-arbitrators-least-90-investor-state-cases>).

²⁰ Статья 40(2).

²¹ Правило 4, Регламент Европейского суда по правам человека (2018 год), размещено на сайте https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

32. У Всемирной торговой организации (ВТО) есть положение, в котором прослеживается несколько иной подход, нежели в статутах и кодексах других международных судов и организаций. В статье 8 Понимания в отношении правил и процедур разрешения споров Всемирной торговой организации (ПРС ВТО) предпочтение отдается потенциальному участнику третейской группы, который ранее выступал в одной из третейских групп ВТО в качестве адвоката²². Это самый яркий пример допущения и даже поощрения выполнения нескольких функций. Однако содержащаяся в самом статуте формулировка не уточняет, может ли впоследствии член третейской группы продолжать работать в качестве адвоката в третейских группах ВТО или нет.

33. В одном обоснованном решении об отводе кандидатуры на основании совмещения должностей в рамках УСИГ был сделан вывод о том, что видимости предвзятости или коллизии в контексте совмещения должностей достаточно для дисквалификации²³. Фактически дело было урегулировано благодаря уходу соответствующего лица с поста адвоката в одном из рассматриваемых дел, и поэтому оно не может служить руководством относительно масштабов коллизии, которые могли бы привести к дисквалификации.

34. В исследовании 2017 года, основанном на 1 039 делах, которые хранятся в базах данных «Pluricourts» и МЦУИС²⁴, были проанализированы взаимоотношения между 3 910 лицами. Ниже приводятся краткие выводы в отношении совмещения должностей. Во-первых, практика совмещения должностей распространена среди небольшой, но весьма влиятельной группы арбитров (25 человек и особенно в подгруппе из 5 человек в рамках этой группы), но она не получила широкого распространения во всем диапазоне дел УСИГ (и распространена не так широко, как это можно было бы представить). Во-вторых, практика совмещения должностей среди «25 ведущих» специалистов с 2005 года носила относительно стабильный характер, хотя среди других лиц она резко возросла в 2014 году, а затем сократилась. В-третьих, те, кто прекратили практику совмещения должностей в последние четыре года, похоже, сделали это по той причине, что достигли пенсионного возраста. Среди других причин, которые приводятся в связи с сокращением этого явления после 2014 года, — достаточно большой объем работы в качестве арбитра, что исключает возможность выступать в качестве адвоката или препятствует назначению судьей в Международном Суде. Соответственно, можно предположить, что критика этой практики не являлась мотивирующим фактором для ее сокращения в последнее время, и такие сокращения не могут служить надежными показателями на будущее. Четвертый вывод заключается в том, что некоторые видные арбитры прямо заявили, что они не будут придерживаться такой практики. Данные, использованные для исследования 2017 года, также показали, что с 1990-х годов численный состав потенциальных арбитров по инвестиционным спорам значительно расширился. Похоже, что никакого сопоставимого общедоступного исследования масштабов и степени распространенности явления «вращающейся двери» (поочередные

²² Понимание в отношении правил и процедур разрешения споров, статья 8 (Всемирная торговая организация) («Члены принимают на себя обязательство, как правило, разрешать своим должностным лицам входить в состав третейских групп»). Статья 8 предусматривает, что «Третейские группы формируются из высококвалифицированных правительственных и/или неправительственных специалистов, включая лиц, которые входили в состав третейской группы или представляли дело перед ней, были представителями члена или договаривающейся стороны ГАТТ 1947, представителями в Совете или Комитете любого охваченного соглашения или предшествующего ему соглашения ... »).

²³ Telekom Malaysia Berhad v. The Republic of Ghana, дело № 2003-03 ППТС.

²⁴ База данных по арбитражным разбирательствам на основе международных инвестиционных договоров «PluriCourts» (PITAD) по состоянию на 1 января 2017 года и производства по отмене решений МЦУИС, соответственно. См. Malcolm Langford, Daniel Behn, Runar Hilleren Lie; The Revolving Door in International Investment Arbitration, Journal of International Economic Law, Volume 20, Issue 2, 1 June 2017, Pages 301–332, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>. Исследование показало, что из 2 699 адвокатов, представлявших истцов и ответчиков, только 1 процент (25 ведущих специалистов) участвовали в более чем 13 делах.

назначения в качестве арбитров и адвокатов) или других коллизий проблем не проводилось.

Предопределенное решение вопросов

35. Другой вид коллизии проблем может возникнуть, когда арбитр, как утверждается, «заранее решил» вопросы, исходя из предыдущих арбитражных или судебных решений, публикаций и заявлений, которые проливают свет на соответствующие мнения по конкретным юридическим вопросам или использованию режима УСИГ. В исследовании, проведенном Международным советом по торговому арбитражу (МСТА) и другими организациями, включая консультации с арбитрами, адвокатами, членами арбитражных учреждений и учеными, среди прочих, было особо отмечено различие между взглядами на вопросы права и вопросы факта²⁵. В докладе был сделан вывод о том, что прежние решения по юридическим вопросам сами по себе вряд ли могли привести к дисквалификации (в соответствии с подходом, который проводится в Руководящих принципах МАЮ). С другой стороны, было сказано, что мнения по вопросам факта — особенно тем, которые возникают непосредственно в данном споре — вызывают беспокойство. В то же время степень предопределенности, которая, как считается, вызывает обеспокоенность в связи с рассматриваемыми фактами, возникающими за рамками данного спора, в решениях МЦУИС по ходатайствам об отводе кандидатур была неодинаковой²⁶.

36. Суды также считали, что только сделанное ранее толкование соответствующей юридической клаузулы, рассматриваемой в рамках данного дела, не должно свидетельствовать об отсутствии беспристрастности, поскольку это не связано с существом дела, и что представления конкретного аргумента в рамках юридического представительства недостаточно для того, чтобы помешать беспристрастному рассмотрению соответствующего вопроса арбитром. Аналогичные выводы были сделаны в отношении опубликованных научных заключений, которые не считались свидетельством вынесения предопределенного решения²⁷.

37. В Руководящих принципах МАЮ предварительные юридические заключения включены в Зеленый список²⁸ как примеры «конкретных ситуаций, когда с объективной точки зрения нет никакой видимости и никакой фактической коллизии интересов» и когда «арбитр не обязан раскрывать информацию».

38. Суд МЦУИС заявил, что, если только высказанные мнения не будут «конкретными и достаточно ясными для того, чтобы разумно мыслящая и информированная третья сторона могла сделать вывод о том, что арбитр будет полагаться на такие мнения без надлежащего учета фактов, обстоятельств и аргументов,

²⁵ См. Report of the Joint Task Force on Issue Conflicts in Investor-State Arbitration established in November 2013 between ICCA and the American Society of International Law's Howard M. Holtzmann Center, размещено на сайте http://www.arbitration-icca.org/publications/ASIL-ICCA_Report.html.

²⁶ Caratube v. Kazakhstan (дело № ARB/13/13 МЦУИС), сравни İçkale v. Turkmenistan (дело № ARB/10/24 МЦУИС).

²⁷ См., например, дела МЦУИС Tidewater Inc. and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/10/5, решение по предложению истца дисквалифицировать арбитра профессора Брижит Стерн, 23 декабря 2010 года, Universal Compression International Holdings, S.L.U. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/10/9, решение по предложению истца дисквалифицировать арбитров профессора Брижит Стерн и профессора Гвидо Тавиль, 20 мая 2011 года; Saint Gobain Performance Plastics Europe v. Bolivarian Republic of Venezuela, дело № ARB/12/13 МЦУИС, решение, 54–56 (27 февраля 2013 года); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. v. Argentina; Participaciones Inversiones Portuarias (PIP) SARL v. Gabon, дело № ARB/08/17 МЦУИС, решение, (12 ноября 2009 года).

²⁸ В отношении краткого изложения различных перечней ходатайств в соответствии с Руководящими принципами МАЮ см. сноску 13 выше.

представленных [с]торонами в ходе судебного разбирательства», говорить об отсутствии независимости и беспристрастности будет нельзя²⁹.

39. Следующие предварительные заключения или решения были сочтены недостаточными в МЦУИС для утверждения о наличии соответствующей предвзятости: предварительное решение или процессуальное постановление в отношении какой-либо стороны; предварительное отклонение ходатайства стороны о пересмотре; высказанные мнения по юридическим вопросам, не затронутым в рамках рассматриваемого дела; разногласия между членами суда относительно толкования факта или права; тот факт, что предварительно вынесенное решение арбитра может стать объектом ходатайства об отмене³⁰.

iv) Другие вопросы или проблемы

40. На тридцать пятую сессию Рабочая группа услышала мнения, что стороны или их адвокаты могут назначить в рамках УСИГ арбитров, которые поддержат их позиции по делу (A/CN.9/935, пункт 56), и что решение вопросов вознаграждения сторон, особое мнение и повторные назначения некоторых арбитров могут свидетельствовать о предвзятом отношении арбитра. Было также указано, что неофициальный контроль, такой как давление со стороны сообщества арбитров, и заинтересованность арбитра в поддержании его или ее репутации как лица, принимающего справедливые решения, может смягчить эти проблемы. Кроме того, было также отмечено, что назначение председательствующего арбитра также может обеспечить определенный уровень нейтральности, независимости и беспристрастности в суде, но что поляризации в составе арбитражных судов, где конечную ответственность за вынесение решения по делу несет председательствующий арбитр, может подорвать понятие арбитражного суда в составе трех членов, стремящегося вынести единодушное решение (A/CN.9/935, пункты 54 и 60).

41. Вознаграждение арбитров сторонами расценивалось как причина формирования представления о том, что арбитры могут поддержать назначившую их сторону³¹ или что это может дать им экономический стимул для широкого толкования юрисдикции, что увеличило бы рынок для будущих дел³². С другой стороны, было сказано, что относительное влияние этого экономического стимула может быть достаточно низким, и поэтому данная проблема не имеет особого значения. Исследования не выявили причинно-следственной связи между этими вопросами, а исследования национальных судов и международных судов показывают, что судьи могут ошибаться и завышать оценки при решении вопросов юрисдикции.

42. Рабочая группа также услышала на своей тридцать пятую сессию, что особое мнение в большинстве случаев высказывается арбитром, назначенным проигравшей стороной, что также способствует общему представлению о наличии возможной предвзятости (A/CN.9/935, пункт 58). Среди возможных объяснений, которые дают комментаторы, — тот факт, что арбитры считают себя обязанными

²⁹ Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, дело № ARB/07/26 МЦУИС.

³⁰ Помимо дел, указанных в сносках 26 и 29 выше, см. Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, дело № ARB/08/6 МЦУИС, решение по отводу арбитра (8 декабря 2009 года); Abaclat and others v. Argentine Republic, дело № ARB/07/5 МЦУИС, решение (21 декабря 2011 года). Repsol, S.A. & Repsol Butano S.A. v. Republica Argentina, дело № ARB/12/38 МЦУИС, решение Sobre la Propuesta de Recusacion a la Mayoría del Tribunal; ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/07/30. Решение по предложению дисквалифицировать арбитра королевского адвоката Л. Ив Фортье, 27 февраля 2012 года.

³¹ Согласно стандартным правилам основных арбитражных учреждений, гонорары арбитров обычно выплачиваются сторонами в споре, а вознаграждение председательствующего арбитра распределяется между ними поровну.

³² См. Gaukrodger, D. (2017), “Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement”, OECD Working Papers on International Investment, No. 2017/05, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

назначившим их сторонам или адвокатам или, наоборот, что арбитры выбираются не на произвольной основе, и поэтому особые мнения сами по себе не свидетельствуют о предвзятом отношении. Кроме того, похоже, нет консенсуса относительно того, каков может быть «правильный» уровень особых мнений и может ли наличие или уровень особых мнений указывать на предвзятость. Говорилось также, что, как показывают статистические данные МЦУИС, высказывание особого мнения снижает шансы на повторное назначение в качестве председательствующего арбитра. К тому же решения по большинству дел в рамках УСИГ принимаются единогласно, и это свидетельствует о том, что в этом большинстве случаев либо арбитр, назначенный инвестором, соглашается отклонить требования инвестора, либо назначенный государством арбитр соглашается сделать вывод, направленный против государства.

b) Решение проблемы потенциального отсутствия независимости и беспристрастности: обязанность арбитров раскрывать информацию

43. Основным механизмом регулирования, призванным обеспечить независимость и беспристрастность арбитров, является требование о том, чтобы они раскрывали все интересы или другие отношения, которые могут носить «проблематичный» характер, то есть приводить к потенциальной коллизии интересов. В соответствии и с Регламентом МЦУИС, и с Регламентом ЮНСИТРАЛ арбитры обязаны раскрывать любые обстоятельства, которые могут вызвать сомнения в независимости и беспристрастности арбитра³³. Это включает подписание заявления, в котором раскрываются любые прошлые или настоящие взаимоотношения со сторонами и любые другие обстоятельства, которые могут вызвать у стороны вопросы по поводу надежности арбитра в плане вынесения независимых решений во время назначения³⁴. Поэтому обязательство раскрывать информацию сохраняется, включая своевременное информирование о любых соответствующих обстоятельствах, которые возникли после назначения.

44. Правовые основы также включают документы, не носящие обязательного характера, такие как Руководящие принципы МАЮ. Эти руководящие принципы предусматривают более детальные требования к раскрытию информации, поскольку в них указаны количественные, объективные и основанные на фактах категории информации. Эти руководящие принципы, в которых использованы различные примеры, могут помочь определить, являются ли отношения в тех или иных случаях проблематичными. Однако они не затрагивают все области, имеющие отношение к УСИГ, в частности отношения между арбитрами, с одной стороны, и адвокатами и сторонами в споре — с другой.

45. Арбитражные учреждения также прилагали в последнее время усилия к тому, чтобы дополнить существующие правовые основы путем подготовки не имеющих обязательной юридической силы рекомендаций. Одним из примеров является подготовленная МТП в 2016 году «Директивная записка по вопросу раскрытия арбитрами информации о коллизии интересов», призванная обеспечить «проявление арбитрами готовности и прозрачности при раскрытии ими информации о потенциальной коллизии интересов»³⁵. МТП объясняет, что в этой

³³ См. правило 6(2), Регламент МЦУИС; статья 13(2), Регламент дополнительного механизма МЦУИС; статья 11, Регламент ЮНСИТРАЛ. Можно отметить, что в рамках текущего процесса пересмотра Регламента МЦУИС этот вопрос затрагивается; в соответствии с предлагаемым изменением были расширены требования к раскрытию информации в заявлениях и в отношении финансирования третьими сторонами. Это поможет избежать коллизии интересов в процессе отбора и даст сторонам более полную информацию о том, оправдано ли ходатайство о дисквалификации. (См. «Proposals for amendment of ICSID rules — Synopsis», в пункте 34, размещено на сайте https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf.)

³⁴ См. правило 6(2), Регламент МЦУИС; см. Приложение, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ.

³⁵ См. <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. В отношении дополнительных разъяснений, полученных от МТП, см. <https://iccwbo.org/>

записке она исходит из «основополагающего принципа, согласно которому стороны в арбитражном разбирательстве имеют законное право получать исчерпывающую информацию обо всех фактах или обстоятельствах, которые, по их мнению, могут иметь отношение к данному делу, для того чтобы быть уверенными в том, что потенциальный арбитр или третейский судья является и остается независимым и беспристрастным, или, если они того пожелают, дополнительно изучить этот вопрос и/или принять возможные меры, предусмотренные Регламентом МТП»³⁶.

46. Если брать международные суды и трибуналы, то Международный Суд предусматривает, что, «если по какой-либо особой причине» член Суда считает, что он не должен участвовать в разрешении определенного дела, он сообщает об этом Председателю³⁷. Принципы Берг-Хаус требуют от судей «раскрывать суду и, в соответствующих случаях, сторонам в разбирательстве любые обстоятельства, о которых им стало известно в любое время и к которым применим любой из принципов 7–13». Принципы также требуют от судов устанавливать «надлежащие процедуры, позволяющие судьям раскрывать суду и, в соответствующих случаях, сторонам в разбирательстве вопросы, которые могут повлиять — или могут создать резонное впечатление того, что они влияют — на их независимость или беспристрастность в связи с любым конкретным делом». Они также допускают наличие механизма отказа от требований, аналогичного тому механизму, что предусмотрен в Руководящих принципах МАЮ: «судьи не могут быть лишены возможности рассматривать дело, если они надлежащим образом раскрыли какие-либо факты, которые привели в действие любой из этих Принципов, и если суд не высказывает возражений, а стороны дают свое ясное и осознанное согласие на работу судьи» (принцип 15)³⁸.

47. В соответствии с ПРС ВТО члены органа по апелляциям (как и другие соответствующие лица) должны быть «независимыми и беспристрастными, должны избегать прямой или косвенной коллизии интересов и соблюдать конфиденциальный характер работы органов согласно механизму урегулирования споров, с тем чтобы посредством соблюдения таких норм поведения способствовать поддержанию объективности и беспристрастности этого механизма»³⁹. Применение этого механизма отличается от ситуации в рамках УСИГ: Рабочие процедуры рассмотрения апелляций ВТО, которые применяются к процедуре обжалования решений в ВТО, ограничивают требование раскрывать информацию, предъявляемое к соответствующим судьям, предусматривая, что вопросы, имеющие небольшую значимость, раскрывать не нужно, и при этом также соблюдается право судей на неприкосновенность частной жизни⁴⁰.

48. На международном уровне вопрос о том, насколько активно арбитры обязаны изучать потенциальную коллизию интересов, неясен. Некоторые суды установили, что арбитры могут считаться беспристрастными, если они не знают об определенной коллизии интересов, и что арбитры не обязаны проводить расследование, однако другие требовали от арбитров расследовать потенциальную коллизию интересов. Руководящие принципы МАЮ предусматривают, что «(н)ераскрытие информации о потенциальном конфликте интересов не может быть оправдано незнанием, если арбитр не предпринял разумных усилий

[media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/](https://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm).

³⁶ Там же.

³⁷ Статут Международного Суда, статья 24(1).

³⁸ В отношении информации о Принципах Берг-Хаус см. сноску 3 выше.

³⁹ «Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes», 1996, размещено на сайте https://www.wto.org/English/tratop_e/dispu_e/rc_e.htm.

⁴⁰ Правило VI. Это правило позволяет соотнести важность раскрытия информации с другими действующими факторами, но, согласно правилам, любые сомнения должны трактоваться в пользу раскрытия информации.

для его выявления»⁴¹. Однако обычно то, что может считаться «разумными усилиями для выявления», зависит от обстоятельств.

с) Общие черты механизма отвода арбитров

49. Еще одной важной гарантией обеспечения независимости и беспристрастности со стороны арбитров являются стандарты и процедуры отвода сторонами кандидатур арбитров на основании реального или кажущегося отсутствия независимости или беспристрастности. Эффективный механизм отвода должен выполнять две функции. Его первая функция заключается в том, чтобы придать реальный вес требованию в отношении независимости и беспристрастности и, соответственно, заинтересованности общества в наличии справедливых процедур: то есть он должен допускать дисквалификацию ангажированных арбитров. Во-вторых, он должен быть достаточно разумным, для того чтобы не препятствовать рассмотрению дел.

50. Обычно результатом выявления факта несоблюдения этических норм после назначения арбитра является отстранение и замена соответствующего арбитра. Почти все законы об арбитраже и арбитражные регламенты содержат положения о процедурах отвода арбитров ввиду несоблюдения этических требований. Сюда также входят гарантии, направленные на недопущение злоупотребления сторонами процедурой отвода арбитров (например, попытки затянуть разбирательство)⁴².

51. В Регламенте ЮНСИТРАЛ также предусматривается согласие стороны, назначившей оспариваемого арбитра, на отвод этого арбитра, а вторым вариантом, который может реально привести к процессу замены арбитра, является отставка арбитра, кандидатура которого оспаривается (статья 11.3). Эта процедура требует, чтобы сторона или арбитр, кандидатура которого оспаривается, признали легитимность оснований, на которых базируется отвод. Пример такой отставки можно найти в материалах Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов⁴³.

52. В отсутствие руководящих принципов, аналогичных вышеупомянутым рекомендациям, не имеющим обязательной юридической силы, некоторые разъяснения в отношении стандартов, применяемых в реальной жизни согласно регламентам МЦУИС и ЮНСИТРАЛ, можно найти в судебной практике, связанной с отводами. Обычно решения по отводам публикуются не всеми судами⁴⁴, поэтому приведенные примеры всегда являются специфическими. Кроме того, эти отводы отражают факты и обстоятельства каждого дела, а предварительные решения носят рекомендательный, а не обязательный характер, поэтому экстраполирование тенденций на их основе требует осторожного подхода.

i) Кто инициирует отвод и несет бремя доказывания? Кто принимает решение по отводу?

53. Сторона, добивающаяся отвода арбитра, должна сообщить об этом всем заинтересованным сторонам. Просьба о дисквалификации должна быть составлена в письменной форме, и в ней необходимо указать факты и обстоятельства, на которых она основана. Правила большинства учреждений, равно как и правила ЮНСИТРАЛ, предусматривают, что отвод должен быть заявлен в течение определенного срока с момента назначения арбитра или получения информации о факте, который послужил основанием для отвода. В случае инвестиционных

⁴¹ Общий стандарт 7(d).

⁴² В свете требования или возможности приостановить разбирательство согласно регламентам МЦУИС и ЮНСИТРАЛ, соответственно.

⁴³ См. Letter Iranian Agent to Moons, 20 Iran-United States Claims Tribunal at 181 (Sept. 13, 1988).

⁴⁴ Решения МЦУИС о дисквалификации публикуются на сайте <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>. Для публикации требуется согласие сторон.

споров в рамках Конвенции МЦУИС в Правилах процедуры арбитражного разбирательства МЦУИС (Арбитражном регламенте МЦУИС) сроки не определены, однако указано, что предложение о дисквалификации должно быть сделано своевременно, но в любом случае до закрытия процедуры⁴⁵. Эти временные рамки выполняют важную защитную функцию.

54. Бремя доказывания наличия фактов, которые вызывают достаточные сомнения в отношении независимости или беспристрастности арбитра, возлагается на сторону, заявляющую отвод. Однако мнение относительно того, вызывает ли тот или иной факт обоснованные сомнения в независимости арбитра или нет, может меняться по мере развития дела.

55. Согласно Регламенту МЦУИС, если отвод относится к единственному арбитру или к большинству членов третейского суда, решение по нему принимается Председателем Административного совета МЦУИС, которым *ipso jure* является президент Всемирного банка. Однако если отвод направлен против одного (или меньшинства) из предлагаемых арбитров, то решение принимается большинством голосов. Согласно Регламенту ЮНСИТРАЛ, если не все стороны соглашаются с отводом или если арбитр, в отношении которого заявлен отвод, сам не отказывается от должности, решение по отводу принимает компетентный орган (см. статью 13).

ii) *Каковы стандарты доказательства и порог для дисквалификации?*

56. В соответствии со статьей 57 Конвенции МЦУИС заявляющая отвод сторона должна продемонстрировать «отсутствие» (помимо прочего) «[возможности] выносить независимые решения»⁴⁶. Как отмечалось выше, в Типовом законе ЮНСИТРАЛ говорится о наличии обстоятельств, «которые могут вызвать оправданные сомнения в беспристрастности или независимости [арбитра]» (статья 12(2)).

57. Существует общее мнение, что доказательства фактической зависимости или предвзятости не требуются. Наоборот, «достаточно установить видимость зависимости или предвзятости»⁴⁷. Видимость должна быть очевидной или наглядной (то есть не умозрительной или основанной на умозаключениях или просто на убеждении); отмечалось, что это должно быть очевидно для суда и без помощи адвоката; это должно основываться на фактах, и эта норма «возлагает сравнительно тяжелое бремя доказывания» на заявляющую отвод сторону. Более того, согласно одному решению по отводу, вынесенному компетентным органом в Трибунале по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, «лицо, кандидатура которого подвергается сомнению, должно

⁴⁵ Можно отметить, что в рамках текущего процесса пересмотра Регламента МЦУИС этот вопрос затрагивается; в соответствии с предлагаемым изменением для подачи ходатайства о дисквалификации устанавливается конкретный срок в 20 дней вместо прежнего требования о «своевременной» подаче ходатайства. (См. «Proposals for amendment of ICSID rules — Synopsis», в пункте 34, размещено на сайте https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf).

⁴⁶ В отношении перечня решений МЦУИС по дисквалификации см. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>.

⁴⁷ Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, дело № ARB/13/13 МЦУИС, решение по предложению дисквалифицировать г-на Бруно Боеша (20 марта 2014 года), размещено на сайте <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3133.pdf>, в пункте 57. Этими соображениями руководствовался также Председатель МЦУИС в двух предыдущих решениях: Blue Bank v. Venezuela (Blue Bank Int'l & Trust (Barbados) Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela, дело № ARB/12/20 МЦУИС, решение по предложениям сторон дисквалифицировать большую часть членов суда, пункты 22–26 (12 ноября 2013 года)) и Burlington v. Ecuador (Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, дело № ARB/08/5 МЦУИС, решение по предложению дисквалифицировать профессора Франсиско Орrego Векунья (13 декабря 2013 года), размещено на сайте <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3028.pdf>).

пользоваться презумпцией невиновности в том, что касается подлинности утверждений, приводимых в поддержку отвода его кандидатуры»⁴⁸.

58. Точное значение термина «явное отсутствие» в разных делах неодинаково. Хотя ни в статье 14, ни в статье 57 Конвенции МЦУИС ничего не говорится о таком критерии, как «разумные сомнения», или об объективном наблюдателе, являющемся третьей стороной, некоторые решения МЦУИС показывают, что «разумных сомнений» — а это стандарт ЮНСИТРАЛ — достаточно⁴⁹. Соответственно говорилось, что если «третья сторона установит, что существует очевидная или наглядная видимость отсутствия беспристрастности или независимости, на основе разумной оценки фактов в данном деле», то можно делать умозаключение о явной предвзятости. Другие решения показывают, что слово «явное» означает более высокий стандарт, так что коллизия должна быть очевидной или наглядной⁵⁰.

59. В целом, как показывают данные, очень небольшая доля ходатайств об отводе удовлетворяется, независимо от того, берется ли общий объем дел или только ходатайства об отводе⁵¹, хотя, поскольку арбитры могут подать в отставку при оспаривании их кандидатур, эти цифры могут и не давать реальной картины эффективности работы этого механизма. Рабочая группа, возможно, пожелает также отметить, что ограниченное число опубликованных решений еще раз свидетельствует об их связанном с конкретными фактами характере, поскольку они содержат примеры ситуаций, в которых отсутствуют признаки беспристрастности и независимости, вместо того чтобы служить комплексным руководством по применению стандартов на практике.

60. Общие основания для заявления отвода возникают в тех случаях, когда у арбитра и назначившей его стороны или адвоката имелись до этого или сохраняются постоянные личные или профессиональные отношения за рамками данного назначения, что может поставить под угрозу способность арбитра вынести решение по делу на независимой и беспристрастной основе. Оценка этих так называемых «проблемных» взаимоотношений производится с учетом таких моментов, как близость, продолжительность и финансовые последствия отношений, а также того, стали ли они достоянием прошлого или все еще продолжаются.

61. Дела МЦУИС позволили установить, что угрозу для независимости и беспристрастности создают следующие взаимоотношения: если зарубежное отделение юридической компании арбитра выступало против ответчика в другом арбитражном разбирательстве, и арбитр, кандидатура которого оспаривалась, получал вознаграждение от других отделений компании; если данный арбитр был также назначен арбитром в смежном деле, в котором затрагивались дублирующие друг друга вопросы права и факта, и от арбитра трудно было ожидать

⁴⁸ Просьба об отводе члена первой палаты г-на Ассадоллы Нури в деле № 248, 24- Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, в 309–324 (2 марта 1990 года).

⁴⁹ *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, дело № ARB/97/3 МЦУИС, решение по отводу Председателя Комитета (3 октября 2001 года); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, дело № ARB/01/13 МЦУИС.

⁵⁰ То есть коллизия является «самоочевидной, явной, понятной с первого взгляда или даже несомненной, не является продуктом тех или иных надуманных толкований, не характеризуется уязвимостью перед теми или иными аргументами и не требует проведения сложного анализа». *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary (Electrabel)*, дело № ARB/07/19 МЦУИС, решение по предложению истца дисквалифицировать члена суда (25 февраля 2008 года).

⁵¹ Примерно 3 процента ходатайств об отводе кандидатур в МЦУИС и 22 процента в коммерческих арбитражных разбирательствах в Лондонском арбитражном суде (оба показателя основаны на опубликованных решениях). См. также материалы, представленные ППТС в документе [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), пункт 60.

проявления объективности и открытости⁵²; если адвокат и арбитр работают в одних и тех же палатах после изменений в составе команды ответчика, произведенных с целью включить барристера в качестве адвоката после начала разбирательства⁵³.

iii) *Решения по отводу арбитров в международном арбитраже, национальных системах и международных судах и трибуналах*

62. В более широком контексте международного арбитража среди других взаимоотношений, которые, как было установлено, создают «обоснованные сомнения» в отношении независимости и беспристрастности, можно назвать следующие: неоднократные назначения, когда у арбитра нет диверсифицированных источников назначений; и существовавшие ранее взаимоотношения между сторонами и юридической компанией арбитра (одни предоставляли не имеющие отношения к данному делу юридические консультации в прошлом, другие давали рекомендации по контракту, который является предметом арбитражного разбирательства). Важный вопрос заключается в том, насколько арбитр материально зависит от структуры или лица, с которыми он или она поддерживает отношения. Если арбитр имеет значительную финансовую заинтересованность в исходе дела или если неоднократные назначения указывают на его финансовую зависимость от стороны или адвоката, он или она может быть подвергнут дисквалификации.

63. На национальном уровне некоторые суды считали, что член правления не может выступать в качестве арбитра в делах, связанных с соответствующей компанией, однако Апелляционный суд Англии заявил, что в такой ситуации никакого риска предвзятости нет⁵⁴.

64. В «Перечнях ходатайств» в Руководящих принципах МАЮ не указаны какие-либо взаимоотношения за рамками данного арбитражного разбирательства как случаи, включенные в Красный список ходатайств, от которых можно или от которых нельзя отказаться⁵⁵. Такие взаимоотношения входят в перечень «конкретных ситуаций, которые, в зависимости от обстоятельств данного дела, могут, по мнению сторон, вызвать обоснованные сомнения в беспристрастности или независимости арбитра» (то есть в Оранжевый список)⁵⁶. Сюда входят юридические консультации, предоставлявшиеся ранее одной из сторон, или осуществлявшаяся для нее ранее работа в качестве адвоката; более двух предыдущих назначений в течение трех лет; более трех назначений, продолжающихся, но не связанных с юридическими консультациями, предоставляемыми юридической компанией арбитра; членство в одних палатах с барристером в качестве совместно работающего арбитра или адвоката; выполнение функций совместно

⁵² Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan, дело № ARB/13/13 МЦУИС, решение по предложению дисквалифицировать г-на Бруно Боеша (20 марта 2014 года).

⁵³ Hroatska Elektroprivreda, d.d. v. Slovenia, дело № ARB/05/24 МЦУИС, распоряжение относительно участия адвоката, пункт 34 (6 мая 2008 года). И наоборот, на основании дел МЦУИС было установлено, что следующие взаимоотношения не приводили к отсутствию независимости или беспристрастности: не наделенное исполнительными полномочиями руководство компании, которое является миноритарным акционером сторон; если сотрудник юридической компании арбитра консультировал истца по сделке, не связанной с арбитражным разбирательством (но не давал стратегических или общих юридических советов); если арбитр давал консультации по налоговым вопросам основному акционеру в корпорации истца и имел соглашение о разделе прибыли с адвокатами, действовавшими в интересах истца, до его назначения, но больше не занимает эти должности; если арбитр работал ранее в качестве адвоката совместно с назначающим адвокатом; мимолетное и давнее знакомство арбитра и адвоката одной из сторон во время совместного обучения; и случайные социальные контакты между истцом и назначенным его стороной арбитром.

⁵⁴ W Limited v. M Sdn Bhd [2016] EWHC 422 (Comm).

⁵⁵ В отношении краткого изложения различных перечней ходатайств в соответствии с Руководящими принципами МАЮ см. сноску 13 выше.

⁵⁶ Там же.

работающего адвоката, а также другие моменты, свидетельствующие о финансовой зависимости.

65. Рабочая группа, возможно, пожелает также отметить, что Руководящие принципы МАЮ, несмотря на их все более широкое признание, не всегда приемлемы как устанавливающие соответствующие нормы⁵⁷. Например, в деле Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии единственный арбитр в деле, связанном с международным коммерческим арбитражем, был партнером юридической фирмы, которая в ходе соответствующего арбитражного разбирательства оказывала существенные юридические услуги дочерней компании ответчика и получала от нее существенное вознаграждение. Судья постановил, что никакой явной предвзятости нет, хотя и согласился с тем, что данная коллизия явно подпадает под пункт 1.4 Красного списка ходатайств, от которых нельзя отказаться⁵⁸. Высказывая мнение, что «трезво мыслящий и информированный наблюдатель» (соответствующий стандарт в английском праве) не смог бы прийти к заключению, что существует реальная вероятность проявления арбитром предвзятости, судья заявил, что в пункте 1.4 ненадлежащим образом упускается из виду вопрос о том, «могут ли конкретные факты реально оказать какое-либо воздействие на беспристрастность или независимость», и в частности в данном деле, где арбитр не был осведомлен о наличии взаимоотношений⁵⁹.

66. В Международном остаточном механизме для уголовных трибуналов имеется база данных по делам, в которую включены и ходатайства о дисквалификации⁶⁰. В этих делах планка для дисквалификации установлена достаточно высоко; в решениях говорится, что «существует презумпция беспристрастности, которой пользуется судья или суд, и, соответственно, факт предвзятости должен быть установлен на основе адекватных и надежных доказательств»; в отсутствие доказательств обратного следует исходить из предположения, что судьи международного суда «могут абстрагироваться от любых неуместных личных убеждений или предрасположений»⁶¹.

67. Опубликованная информация свидетельствует о том, что в Трибунале по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов с начала его работы в 1981 году было пять случаев отвода кандидатур. Компетентный орган, отвечавший за принятие решений по отводам согласно регламенту Трибунала, ни разу не удовлетворил ходатайство об отводе. Однако в двух таких

⁵⁷ Например, как отмечалось в справочной информации по Руководящим принципам МБА, подход, которого придерживаются в английском общем праве и который изложен в материалах *Porter v Magill* [2001] UKHL 67, заключается в том, «сможет ли трезво мыслящий и информированный наблюдатель после рассмотрения фактов прийти к заключению, что существует реальная вероятность проявления судом предвзятости»; в Швеции — существуют ли обстоятельства, которые могут «уменьшить уверенность в беспристрастности арбитра»; и в Соединенных Штатах — «очевидная предвзятость».

⁵⁸ Пункт 1.4 регулирует ситуации, в которых «арбитр или его или ее фирма регулярно консультируют сторону или аффилированную компанию стороны, и арбитр или его или ее фирма извлекают из этого существенный финансовый доход».

⁵⁹ *W Ltd. v. M SDN BHD* ([2016] EWHC 422 (Comm)). Однако Кассационный суд Франции придерживался другого мнения, считая, что нераскрытие единственным арбитром информации о роли его фирмы в сделке с материнской компанией одной из сторон в арбитражном разбирательстве «носило такой характер, что вызывало разумные сомнения в отношении независимости и беспристрастности арбитра» (Cour de Cassation, Civ. 1, 16 December 2015, N D14-26.279).

⁶⁰ Размещено на сайте <http://cld.irmct.org/?q=en/cases/ictr-icty-case-law-database>.

⁶¹ См. дела на сайте <http://cld.irmct.org/notions/show/1027/judges#> и краткое изложение позиции в решении по делу *Rutaganda v. Prosecutor*, размещено на сайте <http://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-3>.

случаях арбитры сами отказались от ведения дела или их кандидатуры были сняты назначившей их стороной⁶².

3. Целесообразность реформ

Цели реформ

68. На тридцать пятую сессии Рабочей группы было отмечено, что:

- следует приветствовать любое улучшение, направленное на обеспечение независимости и беспристрастности арбитров, поскольку это будет отвечать интересам и государств, и инвесторов;
- работа по совершенствованию основ, призванных обеспечить независимость и беспристрастность арбитров, ведется на постоянной основе; поэтому при рассмотрении возможных решений на более позднем этапе следует принимать во внимание преимущества и ограничения существующих основ и результатов работы, проведенной другими учреждениями; и
- следует обеспечивать учет интересов всех участников в системе УСИГ, и любые решения должны обеспечивать баланс интересов участников (A/CN.9/935, пункт 62).

69. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о целесообразности учета возможных перекрестных выгод между реформами в целях повышения независимости и беспристрастности арбитров в том, что касается других элементов режима УСИГ, в том числе в плане последовательности и слаженности арбитражных решений в рамках УСИГ и стоимости и длительности процедуры УСИГ.

Предварительные мнения, выраженные государствами

70. На своей тридцать пятую сессии Рабочая группа заслушала некоторые предварительные мнения о возможных путях более надежного обеспечения независимости и беспристрастности арбитров.

71. Что касается конкретных подходов, то было выражено общее мнение относительно важности кодексов поведения и других этических требований к арбитрам. С учетом числа существующих текстов, касающихся поведения арбитров (включая документы «мягкого права»), была упомянута необходимость предпринимать усилия на многостороннем уровне. В этой связи были высказаны мнения о том, что ЮНСИТРАЛ и МЦУИС могли бы сотрудничать в разработке такого кодекса. Было высказано еще одно мнение, согласно которому было бы полезно разработать кодекс поведения для адвокатов и экспертов (A/CN.9/935, пункт 64).

72. Другие предложения касались следующих вопросов: i) обеспечение того, чтобы все заинтересованные стороны понимали пороговые величины, которые необходимо учитывать, когда считается, что независимости и беспристрастности был нанесен ущерб; ii) разработка требований в отношении квалификации арбитров, их роли и требований в отношении разнообразия или соответствующего регионального представительства; и iii) рассмотрение различных способов назначения арбитров, включая более широкое использование компетентных органов или использование реестров, созданных государствами (A/CN.9/935, пункт 65).

Вопросы для рассмотрения

73. При рассмотрении вопроса о том, в какой степени существующий режим УСИГ обеспечивает достаточные гарантии независимости и беспристрастности

⁶² См. Challenge request from the United States Agent to Appointing Authority Moons, 7 Iran-United States Claims Tribunal at 289-301 (Sept. 17, 1984), и Letter Iranian Agent to Moons, 20 Iran-United States Claims Tribunal at 181 (Sept. 13, 1988).

со стороны арбитров и лиц, принимающих решения, и любых возможных реформ, которые могут быть сочтены необходимыми, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание характерные черты других систем, о которых говорилось выше, а также проводимые в них сейчас реформы.

74. Рабочая группа, возможно, пожелает также отметить, что приводимые ниже дополнительные вопросы для рассмотрения обсуждаются также в документе [A/CN.9/WG.III/WP.149](#), в котором излагается общая основа для рассмотрения целесообразности проведения реформ.

- *Понятия независимости и беспристрастности*

75. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что понятия независимости и беспристрастности являются довольно расплывчатыми, поскольку при анализе правовых проблем эти термины используются в нескольких различных значениях. Можно выделить по крайней мере четыре понимания независимости и беспристрастности: в различные периоды времени они могут означать особенности менталитета, институциональные условия, ценности, связанные с верховенством права, или обязанности (которые действуют, в зависимости от контекста, либо как нормы, либо как принципы). Различие между этими значениями может быть ключевым фактором в любой дальнейшей работе в области этики⁶³.

76. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть последствия особой значимости индивидуальной (в отличие от институциональной) независимости в рамках УСИГ. В системе УСИГ не существует обычных гарантий институциональной независимости (самостоятельный бюджет, внутренняя организация, прозрачные процессы набора персонала, объективное распределение дел, защищенность и установленный срок пребывания в должности, а также фиксированные условия). Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, может ли эта особенность хоть частично объяснить противоречия между механизмами назначения и понятиями независимости и беспристрастности, как они трактуются применительно к судам и судьям.

77. Кроме того, в сфере УСИГ относительно мало специалистов по сравнению с числом специалистов в области коммерческого арбитража в целом. В исследовании 2017 года, в основу которого легли 1 039 дел, хранящихся в базах данных «Pluricourts» и МЦУИС, были сделаны выводы о том, что ведущие позиции в системе занимает небольшая группа из 25–30 человек (один процент юристов)⁶⁴. Поэтому к урегулированию спора может быть привлечено то или иное лицо, решение которого может оказаться связанным с другими делами, в которых этот специалист выступает в качестве адвоката или находится в тесных профессиональных отношениях с адвокатом. Эти особенности УСИГ означают, что на практике необходимо тщательно взвешивать обстоятельства дела, для того чтобы определить, не нарушает ли арбитр, у которого ранее уже были профессиональные отношения с одной из сторон, свою обязанность проявлять независимость и беспристрастность.

78. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть последствия все более широкого использования международного арбитража, которое привело к диверсификации сторон, участвующих в арбитражном процессе. Как таковое, восприятие сторонами этики и поведения арбитров могут существенно отличаться, и ожидания одних сторон могут расходиться с ожиданиями других сторон из другой правовой системы или с общей практикой международного арбитража. Растущая сложность недавних споров с участием нескольких сторон и наличие сложных сделок ведут к появлению новых и более тонких вопросов, связанных с этическими требованиями. Ужесточение регулирования

⁶³ Issues in contemporary jurisprudence 28.2016, Rule of Law, Independence, *Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication*, Diego M. Papayannis.

⁶⁴ Network of arbitrators and lawyers in investment treaty arbitration. Langford, Behn, and Lie (2017); см. <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/news/research-news/double-hatting.html>.

арбитражного процесса и повышение его прозрачности также оказывают воздействие на ожидания сторон в отношении этики и поведения арбитров.

79. Кроме того, несмотря на кажущееся общее согласие в отношении основополагающих этических норм, на практике оценка соблюдения таких норм может проводиться совершенно по-разному в зависимости от того, какие тексты считаются применимыми, а также от того, проводится ли оценка самими арбитрами, сторонами, арбитражными учреждениями или национальными судами. К тому же этические нормы, которые в силу своего характера развиваются параллельно с практической реальностью, как правило, не содержат пояснений относительно их практических последствий. Помимо этого, арбитражные суды могут быть связаны несколькими этическими нормами в зависимости от гражданства арбитров, участия в ассоциациях адвокатов и места проведения арбитражного разбирательства. Поэтому могут применяться одновременно многие нормы без четкого указания в отношении того, какие из них имеют преимущественную силу в случае коллизии.

- *Раскрытие информации и отвод арбитров*

80. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, достаточно ли четкими и предсказуемыми являются процедуры раскрытия информации и отвода кандидатур, для того чтобы арбитры могли на практике решить, какую информацию следует раскрывать, а стороны – принять решение о том, следует ли оспаривать назначение арбитра или же добиваться отмены арбитражного решения или выступать против приведения его в исполнение ввиду того факта, что арбитр не раскрыл необходимую информацию.

81. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что требования к раскрытию информации могут предусматривать раскрытие сведений, которые не всегда будут служить основанием для дисквалификации. Требования к раскрытию информации в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ применяются к обстоятельствам, которые «могут вызвать оправданные сомнения» в отношении независимости и беспристрастности арбитра, в то время как отвод арбитру может быть заявлен, если имеются «обстоятельства, вызывающие оправданные сомнения в его беспристрастности или независимости»⁶⁵. Точно так же понятие «надежности арбитра в плане вынесения независимых решений» согласно правилам МЦУИС в отношении раскрытия информации, как утверждается, шире, чем «явное отсутствие» этого качества, которое может привести к дисквалификации⁶⁶.

82. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что, хотя применимые нормы требуют проявления независимости и беспристрастности со стороны арбитров и других лиц, принимающих решения, они не содержат подробных указаний относительно применения и толкования независимости и беспристрастности на практике. Как показывает приводимое выше обсуждение опубликованных решений по отводам, предсказать, как будут применяться нормы на практике, может быть довольно сложно. Поэтому Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, могут ли сами эти решения стать достаточным руководством в отношении норм, касающихся раскрытия информации и дисквалификации.

83. Как отмечалось выше, эффективность механизма отвода кандидатур зависит от желания сторон или их адвокатов ходатайствовать о дисквалификации арбитра и от эффективности процедуры в тех случаях, когда они идут на это. Ключевыми элементами являются то, что подача ходатайств имеет предсказуемый результат и что решения по ним принимаются быстро и без последствий для оспаривающей стороны (независимо от результата). Примеры специальных дел свидетельствуют о том, что сторона, ходатайствующая о дисквалификации,

⁶⁵ Статьи 11 и 12, Регламент ЮНСИТРАЛ.

⁶⁶ Правило 6(b), Регламент МЦУИС.

опасается негативных последствий для себя, и это означает, что некоторые ситуации, в которых может иметь место отсутствие независимости и беспристрастности, не рассматриваются. Кроме того, есть мнение, что коллизия интересов недостаточно подробно рассматривается в рамках существующих механизмов.

84. Есть специальный комментарий относительно того, что в международном арбитраже число отводов вообще и число отводов по тактическим, мелочным или явно необоснованным соображениям в целом, вероятно, увеличивается⁶⁷. В одном деле, рассматривавшемся в рамках УСИГ, в период с октября 2011 года по февраль 2016 года было заявлено пять отдельных отводов по одному арбитру, и все эти отводы были отклонены⁶⁸.

85. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, насколько процессуальные элементы, выходящие за рамки ЮНСИТРАЛ и МЦУИС, могут обеспечивать дополнительную поддержку эффективному функционированию механизма. В ходе некоторых институциональных арбитражных разбирательств, например, арбитражное учреждение рассматривает ходатайство об отводе, и процедура предусматривает представление в письменной форме ходатайств и замечаний противостоящих сторон и арбитров.

86. В свете того, что решения по отводам в УСИГ регулярно не публикуются, Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, не следует ли повысить прозрачность в этих вопросах. Для сравнения, Лондонский суд международного арбитража (ЛСМА) в режиме онлайн публикует решения по отводам арбитров в международном коммерческом арбитраже, а также сборник решений⁶⁹.

⁶⁷ См., например, LCIA Reference No. 5660 (5 August 2005).

⁶⁸ ConocoPhillips Company and others v. Bolivarian Republic of Venezuela, дело № ARB/07/30 МЦУИС.

⁶⁹ Размещено на сайте <http://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx>. Сюда входят дела, рассматриваемые согласно Регламенту ЛСМА, и арбитражные разбирательства, проводимые в соответствии с Регламентом ЮНСИТРАЛ, когда ЛСМА является назначающей стороной.