Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.III/WP.157

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
24 January 2019
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа III (Реформирование системы урегулирования споров между инвесторами и государствами)
Тридцать седьмая сессия
Нью-Йорк, 1–5 апреля 2019 года

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

Финансирование третьими сторонами

Записка Секретариата

Содержание

		Стр.
I.	Введение	2
II.	Финансирование третьими сторонами	2
	A. Определение и правовые основы	2
	1. Определение и формы финансирования третьими сторонами	2
	2. Правовые основы	4
	B. Основные вопросы	6
	1. Коллизия интересов и раскрытие информации	6
	2. Контроль и влияние третьих сторон	8
	3. Конфиденциальность и юридические привилегии	8
	4. Издержки и обеспечение для покрытия издержек	8
	5. Последствия для необоснованных исков	10
III.	Вопросы для рассмотрения	10

V.19-00409 (R) 180219 180219

Просьба отправить на вторичную переработку

I. Введение

1. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа высказала мнение о том, что Секретариат может i) подготовить перечень проблем в области урегулирования споров между инвесторами и государствами (УСИГ), затронутых в ходе ее тридцать четвертой и тридцать пятой сессий, ii) определить возможную основу для будущих обсуждений и iii) рассмотреть вопрос о том, какую дополнительную информацию можно было бы представить государствам в отношении охвата некоторых проблем (A/CN.9/935, пункты 99 и 100).

2. На своей тридцать шестой сессии Рабочая группа приступила к рассмотрению проблем, касающихся УСИГ, на основе документа A/CN.9/WG.III/WP.149, в котором в порядке общего обзора рассматриваются вопросы i) и ii), а также документов A/CN.9/WG.III/WP.150–A/CN.9/WG.III/WP.153, в которых предоставлена справочная информация по вопросам последовательности арбитражных решений, принимаемых судами по УСИГ, и смежным вопросам, о независимости, беспристрастности и механизмах назначения арбитров, а также о стоимости и длительности УСИГ[1].

3. На той же сессии Рабочая группа также приняла к сведению замечания, в том числе по вопросам, вызывающим обеспокоенность, которые были высказаны по теме финансирования третьими сторонами, и постановила рассмотреть на своей следующей сессии вопрос о целесообразности проведения ЮНСИТРАЛ реформ в области финансирования третьими сторонами (A/CN.9/964, пункты 134 и 136).

4. Цель настоящей записки — представить дополнительную информацию для оказания содействия государствам в оценке масштабов проблем, связанных с финансированием третьими сторонами. Как и другие документы, представленные Рабочей группе, настоящая записка подготовлена с учетом широкого круга информационных материалов, опубликованных по данной теме, и не представляет собой попытку выразить какое-либо мнение по вопросу целесообразности проведения реформ, рассмотреть который должна сама Рабочая группа[2].

II. Финансирование третьими сторонами

A. Определение и правовые основы

1. Определение и формы финансирования третьими сторонами

5. Финансирование третьими сторонами обычно определяется как согласие какого-либо субъекта («третья сторона, осуществляющая финансирование»), не являющегося стороной в споре, предоставить средства или другую материальную поддержку стороне в споре (обычно истцу или представляющей его юридической фирме) в обмен на вознаграждение, размер которого зависит от исхода спора. Вознаграждение может выплачиваться в различных формах, хотя обычными формами являются многоразовые платежи, выплаты определенного

[1] Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что документ A/CN.9/WG.III/WP.150 посвящен вопросам последовательности и смежным вопросам, документы A/CN.9/WG.III/WP.151 и A/CN.9/WG.III/WP.152 — вопросам, касающимся арбитров и лиц, принимающих решения в контексте УСИГ, а документ A/CN.9/WG.III/WP.153 — вопросам, касающимся стоимости и длительности механизмов УСИГ.

[2] Настоящая записка подготовлена с учетом широкого круга информационных материалов, опубликованных по данному вопросу, включая Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration) (April 2018) (Доклад Целевой группы МСТА и Лондонского университета им. королевы Марии по вопросу о финансировании третьими сторонами в международном арбитраже); the Handbook on Third-Party Funding in International Arbitration, Nikolaus Pitkowitz Editor; и Expansive Disclosure: Regulating Third-Party Funding for Future Analysis and Reform, by Rachel Denae Thrasher (Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8, Reforming International Investment Law, 2018).

процента от поступлений, установленная фиксированная сумма либо сочетание вышеупомянутого.

6. Финансирование третьими сторонами обычно полностью или частично покрывает расходы на разбирательство, например судебные издержки (включая гонорары экспертов, арбитров и арбитражного учреждения) и расходы, связанные с последующими действиями по обеспечению исполнения решения либо апелляциями. Финансирование третьими сторонами может быть организовано как по одному иску, если речь идет об одном конкретном деле, либо по портфелю исков[3].

7. На тридцать пятой сессии Рабочей группы была представлена информация, свидетельствующая о том, что практика финансирования третьими сторонами получает все более широкое распространение в рамках УСИГ (A/CN.9/935, пункт 89). В последние годы происходило дальнейшее развитие системы финансирования третьими сторонами как в плане увеличения числа действующих фондов и спонсоров, так и в плане роста объема доступного капитала.

8. На этой сессии было также указано, что финансирование третьими сторонами является сложным вопросом и что существуют разные формы или виды финансирования (A/CN.9/935, пункт 90). Даже охват определения как третьих сторон, осуществляющих финансирование, так и финансирования третьими сторонами в контексте международного арбитража различается в зависимости от источника, включая законодательство, договоры, учреждения и ненормативные документы[4]. Это определение продолжает оставаться предметом активного обсуждения, поскольку финансирование третьими сторонами может обеспечиваться через самые различные структуры[5]. Основное значение имеют вопросы, касающиеся степени раскрытия информации и регулирования.

---

[3] Существует два основных вида механизмов портфельного финансирования: финансирование, организованное по линии юридической фирмы, когда истцами могут выступать различные клиенты такой фирмы, или финансирование, организованное для корпоративного истца, выступающего стороной в нескольких спорах (см. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, p. 38).

[4] Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению определения понятия финансирования третьими сторонами, содержащиеся в рабочих документах ряда организаций либо в специализированных кодексах поведения финансирующих сторон в судебных спорах; например, согласно докладу МСТА и Лондонского университета им. королевы Марии о финансировании третьими сторонами в контексте международного арбитража термин «финансирование третьими сторонами» означает согласие какого-либо субъекта, не являющегося стороной в споре, предоставить другой стороне, аффилированному лицу этой стороны или представляющей ее юридической фирме: a) средства или иную материальную поддержку для полного или частичного финансирования расходов на разбирательство либо отдельно, либо в рамках конкретного набора дел, и b) такая поддержка или финансирование предоставляется либо в обмен на вознаграждение или возмещение, полностью или частично зависящие от исхода спора, либо безвозмездно или в счет премиального платежа. См. также General Standard 6(b), IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration; еще одним примером является England and Wales Voluntary Code of Conduct for Litigation Funders (Добровольный кодекс поведения Англии и Уэльса для финансовых доноров в судебном производстве), изданный Ассоциацией доноров в судебном производстве, в котором предусматривается, что: «Финансирование судебного производства предполагает предоставление третьей стороной финансовых ресурсов, позволяющих провести судебное или арбитражное разбирательство, требующее больших расходов. Сторона в споре получает средства для полного или частичного покрытия своих судебных издержек от частного коммерческого донора в судебном производстве, который не имеет непосредственного интереса в данном производстве. В случае успешного исхода дела донору выплачивается согласованная часть поступлений от иска. В случае неудачи донор теряет свои деньги, а сторона в споре освобождается от любых выплат».

[5] Существуют, например, различные мнения по поводу того, должно ли это определение, помимо финансирования в прямых экономических интересах, охватывать также некоммерческих доноров. См. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, p. 46, см. также “Third-Party Funding in International Arbitration in Europe: Part 1 – Funders’ Perspectives”, by M. Scherer, A. Goldsmith and

9. Для иллюстрации различных форм и видов можно указать на многообразные механизмы, разработанные для оказания поддержки сторонам в споре, включая оплату непредвиденных расходов, страхование ответственности, портфельное финансирование, финансирование юридических фирм, страхование до наступления события и после наступления события, кредиты на судебное разбирательство и благотворительную помощь. Некоторые определения финансирования третьими сторонами включают такие виды финансирования[6], в то время как другие определения основываются на более узком подходе, исключая, в частности, некоммерческих доноров (например, частных лиц), безвозмездное финансирование, а также страхование до наступления события и после наступления. Определения, которые основываются на более узком подходе, исключают формы финансирования, обычно регулируемые другими правовыми режимами[7]. Помимо этих давно существующих форм финансирования имеется целый набор других моделей финансирования, которые были разработаны совсем недавно и быстро развиваются, предлагая все новые и более совершенные варианты. В некоторых определениях основное внимание уделяется не формам финансовых механизмов, а оценке рисков, которые финансирующие третьи стороны берут на себя в связи с данным делом, и степени контроля, которым они обладают в отношении дела.

10. Бенефициарами финансирования третьими сторонами выступают как мелкие и средние предприятия, так и крупные компании. Следует отметить тот факт, что финансирование третьими сторонами в рамках УСИГ — это особый контекст, поскольку государства всегда выступают в роли ответчика, а частные инвесторы в роли истца. Финансирование третьими сторонами осуществляется как одностороннее финансирование, предоставляемое инвесторам, что создает дисбаланс.

2. Правовые основы

11. Определения, содержащиеся в различных источниках права, свидетельствуют об упомянутых выше различиях в подходах, а также об изменениях, происшедших в сфере международного арбитража.

Национальное законодательство

12. Использование практики финансирования третьими сторонами началось в контексте внутреннего судебного и арбитражного производства и только потом было перенесено в сферу международного коммерческого и инвестиционного арбитража. Хотя правовые основы финансирования при урегулировании споров созданы, насколько известно, в лишь некоторых юрисдикционных системах[8], в ряде других юрисдикционных систем[9] такая практика продолжает возникать и ее применение расширяется. Вместе с тем во многих таких системах финансирование международных судебных и арбитражных разбирательств третьими сторонами никак не регламентировано и остается предметом дискуссий о том,

---

C. Flecher, размещено по адресу https://www.transnational-dispute-management.com/news/20120312.pdf.

[6] См. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, Chapter 3 (Definitions), и IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

[7] См. Civil Law (Amendment) Act 2017, Singapore, Section 2, где третья сторона-донор квалифицируется как любой субъект, «осуществляющий в Сингапуре или ином месте в качестве основной деятельности финансирование расходов на производство по урегулированию спора, стороной которого она не является» и «имеющий оплаченный уставной капитал в размере не менее 5 млн сингапурских долларов или эквивалентную сумму в иностранной валюте в управляемых активах.

[8] К таким юрисдикционным системам относятся Австралия, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии и Соединенные Штаты Америки.

[9] Например, Сингапур, Китай (особый административный район Гонконг), юрисдикционные системы в Латинской Америке и в Европе.

должно ли финансирование третьими сторонами, и в какой степени, разрешаться или регулироваться.

Инвестиционные договоры

13. В последнее время в рамках инвестиционных договоров предпринимались попытки выработать определения понятия финансирования третьими сторонами, как правило, с использованием широкого подхода[10], с тем чтобы обеспечить основу для рассмотрения вопроса о возможной коллизии интересов.

Арбитражные регламенты

14. Большинство арбитражных учреждений, за редким исключением, не используют каких-либо положений, содержащих прямое определение или затрагивающих вопрос о финансировании третьими сторонами[11].

15. Особое внимание следует обратить на Правила и положения Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). В октябре 2016 года Секретариат МЦУИС приступил к процессу внесения поправок в эти Правила и положения[12]. В свое предложение по поправкам Секретариат МЦУИС включил определение понятия финансирования третьими сторонами[13], а также

[10] Например, в статье 2 Торгового и инвестиционного соглашения между ЕС и Вьетнамом предусматривается следующее: «Финансирование третьими сторонами означает любое финансирование, предоставляемое физическим или юридическим лицом, которое не является стороной в споре, но которое заключило с одной из сторон в споре соглашение для частичного или полного финансирования расходов, связанных с производством, в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода спора, или в форме дотации или субсидии». См. также статью 8.1 Всеобъемлющего экономического и торгового соглашения (СЕТА) между ЕС и Канадой, в которой говорится, что: «Финансирование третьими сторонами означает любое финансирование физическим или юридическим лицом, которое не является стороной в споре, но которое заключает с одной из сторон в споре соглашение с целью частичного или полного финансирования расходов, связанных с производством, либо в форме дотации или субсидии, либо в обмен на вознаграждение, зависящее от исхода спора».

[11] См. административное постановление № 18 ЦАП-ТПБК Бразилии от 20 июля 2016 года, в котором финансирование третьими сторонами определяется как ситуация, «когда юридическое или физическое лицо, которое не является стороной арбитражного разбирательства, предоставляет одной из сторон, в полном объеме или частично, ресурсы, с тем чтобы дать возможность или помочь произвести оплату расходов на арбитражное производство, получая в обмен часть или долю любых доходов, получаемых в результате вынесения решения или достижения соглашения». См. также Оперативную записку Сингапурского международного арбитражного центра от 31 марта 2017 года, в которой «внешнее финансирование» и «прямой экономический интерес» определяются как «интерес в арбитражном разбирательстве, возникающий в результате предоставления стороной, не являющейся стороной спора, одной из сторон спора финансирования для вынесения решения в рамках арбитражного производства или гарантии возмещения издержек по такому решению». См. также Руководящие принципы в отношении финансирования третьими сторонами в арбитражных разбирательствах (23 мая 2016 года) Гонконгского центра Китайской международной экономической и торговой арбитражной комиссии (КМЭТАК), в пункте 1.2 которых финансирование третьими сторонами описывается следующим образом: «финансирование третьими сторонами возникает в тех случаях, когда специализированное третье лицо или организация предоставляет средства или иную материальную поддержку одной из сторон арбитражного спора и имеет прямой экономический интерес в решении, которое будет вынесено в результате арбитражного разбирательства».

[12] The ICSID Rules Amendment Process, см. https://icsid.worldbank.org/en.Pages/about/Amendment-of-ICSID-Rules-and-Regulations.aspx.

[13] Финансирование третьими сторонами определяется следующим образом: «Предоставление физическим или юридическим лицом, не являющимся стороной в споре (“третья сторона-донор”), другой стороне в разбирательстве, ее аффилированному лицу или представляющей ее юридической фирме средств и другой материальной поддержки для представления исков или возражений в процессе разбирательства. Такие средства или материальная поддержка могут быть предоставлены: либо a) в форме дотаций или субсидий, либо b) в обмен на премиальную выплату или вознаграждение или же полное или частичное возмещение в зависимости от исхода разбирательства".

сохранил обязательство сообщать Секретариату наименование третьей стороны, обеспечивающей финансирование[14]. В этом предложении затрагивается также вопрос о влиянии финансирования третьими сторонами на обеспечение для покрытия издержек (см. ниже пункт 33).

B. Основные вопросы

16. На тридцать пятой сессии Рабочей группой было отмечено, что практика финансирования третьими сторонами поднимает этические вопросы и может иметь отрицательные последствия для всей процедуры УСИГ. Было также отмечено, что третьи стороны, осуществляющие финансирование, могут получить чрезмерный контроль или влияние над арбитражным процессом, что может привести к подаче необоснованных исков и препятствовать достижению урегулирования (A/CN.9/935, пункт 89). Вопросы, поднятые в связи с финансированием третьими сторонами, включают возможную коллизию интересов, контроль или влияние третьих сторон на процедуры УСИГ, последствия для конфиденциальности, издержек и обеспечения для их издержек, а также спекулятивные, маргинальные и/или необоснованные иски.

1. Коллизия интересов и раскрытие информации

Примеры коллизии интересов

17. Коллизия интересов между арбитрами и осуществляющими финансирование третьими сторонами является одним из вопросов, которые в первую очередь привлекают к себе внимание в свете его потенциальных последствий для возможности исполнения арбитражных решений и объективности арбитражного процесса и законности международного арбитража в целом.

18. К ситуациям, которые могут приводить к коллизии интересов, относятся ситуации, когда арбитры действуют в качестве консультантов финансирующих сторон и когда арбитр или юридическая фирма арбитра поддерживают устойчивые отношения с третьей стороной, осуществляющей финансирование в связи с разбирательством с участием этого арбитра, и такой арбитр или такая фирма получают доход в результате этих отношений.

19. На тридцать пятой сессии Рабочей группы было отмечено, что вопрос коллизии интересов между арбитром и третьей стороной, осуществляющей финансирование, тесно связан с отсутствием доступной информации и прозрачности в отношении финансирования третьими сторонами. Было отмечено, что этот вопрос является таким же важным, как и вопрос коллизии интересов между арбитром и той или иной стороной (A/CN.9/935, пункт 90).

Требования раскрытия информации и степень раскрытия

20. В этой связи возникают вопросы о том, должно ли производиться, каким образом, в какой степени и кем раскрытие информации о финансировании третьими сторонами, с тем чтобы арбитры, стороны и учреждения могли оценить возможные или фактические коллизии интересов, затрагивающие финансирующие стороны[15]. Еще один вопрос состоит в том, должен ли арбитр,

---

См. Proposals for Amendment of the ICSID Rules" prepared by the ICSID Secretariat, dated 2 August 2018, размещено по адресу https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_English.pdf и https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf.

[14] "Proposals for Amendment of the ICSID Rules" prepared by the ICSID Secretariat, dated 2 August 2018, см. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_English.pdf and https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf.

[15] См. "2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration" (Queen Mary, University of London and White & Case): по мнению 76 процентов респондентов, раскрытие информации о наличии финансирования третьими сторонами должно быть обязательным; 63 процента сочли обязательным конкретное указание

поддерживающий отношения с третьей стороной, осуществляющей финансирование в связи с арбитражным разбирательством, продолжать участвовать в этом разбирательстве. Последний вопрос тесно связан с вопросами, касающимися беспристрастности арбитров.

21. Спорным остается вопрос о том, следует ли сообщать только об осуществлении финансирования и указывать наименование донора или же необходимо также предоставлять информацию об условиях соглашения о финансировании.

22. Режимы регулирования, как правило, предусматривают требование о раскрытии факта финансирования и наименования финансирующих сторон, с тем чтобы арбитры смогли принять надлежащее решение в отношении коллизии интересов. Принятое в последнее время законодательство о финансировании третьими сторонами предусматривает подобное раскрытие информации[16]. Аналогичным образом обязательство указывать наименование и адрес третьей стороны, осуществляющей финансирование, предусмотрено в недавно принятых инвестиционных договорах[17]. Арбитражные регламенты, в которых этот вопрос затрагивается, также предусматривают раскрытие такой информации, при этом используются различные формулировки, либо разрешающие третейскому суду требовать раскрытия факта существования и наименования третьей стороны-донора[18], либо обязывающие стороны, получающие финансирование, предоставлять информацию о существовании и характере такого механизма финансирования[19]. Наличие финансирования и наименование третьей стороны-донора, как правило, не подпадают под какие-либо юридические привилегии; тем не менее вопрос о том, каким образом и когда должно происходить раскрытие информации и должно ли это осуществляться систематически, по-прежнему остается спорным.

23. Раскрытие информации об условиях соглашения между стороной спора и третьей стороной-донором позволяет, с одной стороны, установить характер участия третьих сторон-доноров, что может быть одним из факторов при оценке отношений между арбитром и донором; с другой стороны, в связи с раскрытием информации могут возникать вопросы, касающиеся конфиденциальности договора, и это может дать определенные преимущества противоположной стороне при проведении переговоров об урегулировании в результате раскрытия экономических условий. В большинстве случаев национальные законы об арбитраже и арбитражные регламенты в основном оставляют решение таких вопросов на усмотрение арбитров, которые обычно в значительной степени контролируют проводимое ими производство, в том числе по вопросу применения любых привилегий в отношении запрашиваемых документов и возможности отмены таких привилегий[20].

наименования доноров и 71 процент указали, что не следует раскрывать все условия соглашения о финансировании.

[16] Arbitration and Mediation Legislation (Third-Party funding) (Amendment) Ordinance 2017, Hong Kong Special Administrative Region, Section 98T (1)(a)-(b); Civil Law (Amendment) Act 2017, Singapore, Section5(b)(2).

[17] См., например, Всеобъемлющее экономическое и торговое соглашение между Канадой и ЕС (CETA).

[18] См. Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC), articles 24(10) and 33.1. См. также инструкции МТП «International Chamber of Commerce (ICC) Guidance Note on ICC Rules of Arbitration, 2017», в которых указывается, что для целей раскрытия информации арбитрам следует принимать во внимание «отношения с любым субъектом, имеющим прямой экономический интерес в споре или несущей обязательства по выплате возмещения стороне в связи с принятием арбитражного решения».

[19] См. China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Rules on Investment Arbitration, Article 27.

[20] Из имеющихся решений следует, что арбитражные суды просят стороны сообщать о существовании третьей стороны-донора и указывать ее наименование (*EuroGas Inc and Belmont Resources Inc v. Slovak Republic,* ICSID Case № ARB/14/14; *South American Silver v. Bolivia,* PCA Case № 2013-15), а в некоторых случаях информировать также о деталях

2. Контроль и влияние третьих сторон

24. Другой дискутируемый вопрос связан с возможным влиянием, которое третья сторона-донор может оказывать на производство, в том числе на переговоры по урегулированию, особенно в тех случаях, когда возмещение донору зависит от результатов производства. Основным элементом при рассмотрении этого вопроса является структура соглашения о финансировании и то, в какой степени третьи стороны-доноры контролируют производство по делу.

3. Конфиденциальность и юридические привилегии[21]

25. Получение финансирования у третьих сторон, как правило, требует раскрытия информации, которую в противном случае требуется раскрывать судам или другим органам, поскольку получающая финансирование сторона может обмениваться с донорами конфиденциальными сообщениями или аналитическими материалами по делу. Это вызывает беспокойство, поскольку третьи стороны-доноры не всегда связаны обязательствами в отношении обеспечения конфиденциальности, и им не запрещается использовать такую информацию в другом споре, по которому они обеспечивают финансирование, независимо от любой возможной коллизии интересов.

26. Другой вопрос состоит в том, не приведет ли раскрытие информации третьей стороне-донору к отказу от принципа конфиденциальности, что позволит направлять запросы о раскрытии такой информации в рамках арбитражного разбирательства или иного смежного производства в национальных судах. Существуют различные мнения по поводу того, должны ли применимыми стандартами конфиденциальности в международном арбитраже быть нормы национального законодательства или же могут быть определены и применены международные нормы. В большинстве юрисдикционных систем не дается однозначного ответа на вопрос об обеспечении защиты информации, предоставленной третьей стороне-донору[22]. В большинстве законов об арбитраже и арбитражных регламентов вопросы о защите конфиденциальной и закрытой информации не рассматриваются, и их решение в основном оставлено на усмотрение самих арбитров. Кроме того, решения по этим вопросам могут различаться в зависимости от правовых традиций.

4. Издержки и обеспечение для покрытия издержек

Вопросы, касающиеся расходов

27. Финансирование третьими сторонами также может иметь свои последствия в плане издержек[23] и обеспечения для покрытия издержек.

28. Что касается издержек, то осуществление финансирования третьими сторонами может влиять на определение возмещаемых издержек, в частности, установление того, могут ли быть возмещены расходы на юридическое представительство и другие судебные издержки, оплаченные третьей стороной-донором. Обычно арбитражные суды пользуются широкой свободой действия при принятии решения об установлении размеров возмещаемых издержек и их распределении, в силу чего такие решения могут быть самыми различными[24].

механизма финансирования (*Muhammet Cap & Sehil Insaat Endustri ve Tivaret Ltd Sti v. Turkmenistan,* ICSID Case № ARB/12/6).

[21] Понятие «юридические привилегии» охватывает профессиональные обязанности по обеспечению конфиденциальности и сохранению профессиональной тайны.

[22] Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, p. 123.

[23] Причинно-следственная связь между повышением издержек международного арбитража и финансированием третьими сторонами остается невыясненной.

[24] См. дела *Supplier v. First distributor, Second distributor* (ICC Case No. 7006), Final Award (1992), 4 ICC Bulletin (May 1993), в котором арбитражный суд МТП отметил, что судебные издержки ответчика, оплаченные третьей стороной (страхователем), подлежали бы

29. Еще один вопрос, по которому высказываются различные точки зрения, связан с тем, должен ли арбитражный суд требовать от третьей стороны-донора оплаты судебных расходов другой стороны в случае проигрыша по финансируемому делу. Учитывая, что третья сторона-донор обычно не является стороной арбитражного соглашения и формально не участвует в проводимом арбитражном разбирательстве по делу между двумя сторонами, можно утверждать, что арбитражные суды не обладают юрисдикцией выносить постановления об оплате издержек третьей стороной. В этой связи также высказываются и противоположные мнения[25].

30. Предметом дискуссий является также ряд других вопросов, например, вопрос о том, может ли и должен ли арбитражный суд распределять издержки, связанные с мобилизацией финансирования третьими сторонами.

Обеспечение для покрытия издержек

31. В связи с обеспечением для покрытия издержек основной вопрос состоит в том, должно ли финансирование третьими сторонами влиять на вынесение постановления об обеспечении для покрытия издержек. Использование истцом финансирования третьими сторонами может свидетельствовать о несостоятельности последнего. Вместе с тем можно отметить, что финансирование третьими сторонами часто применяется в качестве инструмента управления рисками сторонами, которые обладают достаточными ресурсами и могут использовать собственные средства в производстве по своему иску, но предпочитают обратиться к внешнему финансированию, например, с целью минимизации рисков, и направить собственные средства на выполнение первоочередных задач в рамках своей коммерческой деятельности.

32. Арбитражные суды правомочны требовать предоставления обеспечения для покрытия издержек либо в соответствии с законами об арбитраже и/или арбитражными регламентами, в которых специально оговариваются такие полномочия, либо в соответствии с общими положениями об обеспечительных мерах (см. A/AN.9/WG.III/WP.153, пункты 33–37). Когда арбитражный суд получает заявление относительно предоставления обеспечения для покрытия издержек, он обычно обеспечивает баланс между интересами истца в получении доступа к арбитражному производству и интересами ответчика в возмещении его издержек в случае выигрыша дела. Эксперты отмечают, что суды, как правило, требуют предоставления достаточных доказательств того, что текущее финансовое положение истца таково, что он не сможет покрыть издержки ответчика по завершении производства[26].

33. Так, в рабочем документе о предлагаемых поправках, подготовленном Секретариатом МЦУИС в связи с реформой регламента МЦУИС, отмечается, в частности, следующее: «Предлагаемая поправка к правилу 51 об обеспечении для покрытия издержек является новой нормой и не затрагивает последствий [финансирования третьими сторонами]. Вместо этого, согласно этой поправке, суд обязан принять во внимание способность ответчика выполнить решение суда

возмещению в случае вынесения решения в пользу ответчика; *Essar Oilfields Services Ltd v. Norscot Rig Management Pvt Ltd*, Queen's Bench Division (Commercial Court) 15 September 2016, [2016] EWHC 2361 (Comm), в котором Английский высокий суд заявил, что толкование фразы «прочие издержки» в подпункте 59(1)(c) Закона об арбитраже 1996 года и фразы «арбитражные издержки» в подпункте 63(3), как включающих издержки финансирования, оставляется на усмотрение арбитра; *Kardassopoulos and Fuchs v. The Republic of Georgia* (ICSID Case Nos. ARB/05/18 and ARB/07/15), Award (3 March 2010), в котором арбитражный суд отметил, что «[ему] не известно о наличии какого-либо принципа, согласно которому какое-либо подобное соглашение о финансировании третьими сторонами должно приниматься во внимание при определении истцам суммы возмещения понесенных ими издержек».

[25] См. Hong Kong Law Reform Commission's Final Consultation Paper (2015)

[26] См. Report of the ICCA-Queen Mary Task Force on Third-Party Funding in International Arbitration, p. 180.

об оплате издержек другой стороны и определить с учетом всех обстоятельств, является ли вынесение постановления об обеспечении необходимым. Таким образом, согласно поправке к правилу 51 сам факт [финансирования третьими сторонами], без соответствующего доказательства неспособности выполнить решение об оплате издержек другой стороны не будет достаточным основанием для вынесения постановления о предоставлении обеспечения для покрытия издержек. С другой стороны, наличие [финансирования третьими сторонами] с учетом других соответствующих обстоятельств может стать частью соответствующих фактических обстоятельств, которые будут приняты во внимание судом при вынесении постановления о предоставлении обеспечения для покрытия издержек. В каждом случае такое определение будет выноситься, исходя из конкретных обстоятельств дела"[27].

5. Последствия для необоснованных исков

34. Часто возникает вопрос о возможных последствиях использования финансирования третьими сторонами в плане количества подаваемых против государств исков в рамках инвестиционного арбитража, включая спекулятивные, маргинальные и/или необоснованные иски. В результате одного исследования был сделан вывод о том, что финансирование третьими сторонами в целом приводит к увеличению количества исков по УСИГ. Был также сделан вывод о том, что третьи стороны-доноры предоставляли финансирование по делам, связанным с новыми вопросами и более рискованными и неопределенными исковыми требованиями[28]. Тем не менее другое исследование свидетельствует о том, что расширение доступа к финансированию не приводит к увеличению общего количества исков[29].

III. Вопросы для рассмотрения

35. В настоящей записке рассмотрены некоторые аспекты вопроса о финансировании третьими сторонами, а также основания для беспокойства в этом отношении. С учетом имеющейся информации Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности проведения ЮНСИТРАЛ работы по разработке реформ для решения вопросов, вызывающих беспокойство, в частности с учетом необходимости обеспечения баланса между очевидной потребностью в финансировании, с одной стороны, и гарантированием объективности арбитражного процесса, а также обеспечением исполнения решений судов по УСИГ, с другой стороны.

36. В качестве справочной информации следует упомянуть, что в ходе обсуждений, проведенных Рабочей группой на предыдущих сессиях, было признано, что финансирование третьими сторонами может быть полезным средством обеспечения доступа к правосудию, особенно для малых и средних предприятий, хотя при этом была высказана озабоченность в отношении последствий такого финансирования в плане стоимости и продолжительности процедур УСИГ и отсутствия или кажущегося отсутствия независимости и беспристрастности арбитров. Было указано, что финансирование третьими сторонами затрагивает различные аспекты УСИГ, в отношении которых Рабочая группа уже пришла к

---

[27] См. “Proposals for Amendment of the ICSID Rules” prepared by the ICSID Secretariat, dated 2 August 2018, paragraphs 267 and 530; размещено по адресу https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Synopsis_English.pdf and https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_Two.pdf.

[28] См. D. L. Chen, “Can Markets Stimulate Rights?”, 46 RAND Journal of Economics (2015, No. 1), p. 23 at p. 42.

[29] M. G. Faure, T. Hartlief and N. J. Philipsen, “Funding of Personal Injury Litigation and Claims Culture: Evidence from the Netherlands”, 2 Utrecht L. Rev. 1 (2006) (установлено, что в период 1999–2003 годов количество полисов страхования судебных издержек увеличилось более чем на 30 процентов, при сохранении стабильного количества персональных исков в связи с несчастными случаями.

выводу о целесообразности реформирования (A/CN.9/964, пункт 120). Было указано также, что такое финансирование создает перекос в режиме УСИГ, поскольку оно, как правило, не доступно для государств-ответчиков. В этой связи было упомянуто о мерах, принимаемых государствами и учреждениями (включая МЦУИС) для снятия беспокойства по поводу финансирования третьими сторонами (A/CN.9/935, пункты 44 и 91; и A/CN.9/964, пункты 80 и 120).

37. Для дальнейшего рассмотрения были предложены следующие возможные решения: i) полное запрещение финансирования третьими сторонами в рамках УСИГ; ii) регулирование порядка финансирования третьими сторонами, например, посредством внедрения механизмов для обеспечения прозрачности процедур (которые могут также способствовать обеспечению беспристрастности арбитров). Было достигнуто общее согласие относительно включения вопросов финансирования третьими сторонами, вопросов отсутствия прозрачности и раскрытия информации, а также вопросов, касающихся обеспечения для покрытия издержек, в перечень вопросов, вызывающих обеспокоенность и нуждающихся в дальнейшем рассмотрении (A/CN.9/935, пункт 92).